Francisco Celis Mendoza Ayma

LA NECESIDAD DE UNA IMPUTACIÓN CONCRETA EN LA CONSTRUCCIÓN DE UN PROCESO PENAL COGNITIVO

Zela
Puno - 2019

LA NECESIDAD DE UNA IMPUTACIÓN CONCRETA
en la construcción de un proceso penal cognitivo

© Francisco Celis Mendoza Ayma

© ZELA Grupo Editorial E.I.R.L.
Jr. Arica N° 120, Huancané, Puno - Perú
Teléfonos: 973215878
RUC: 20601832926
e-mail: zelagrupoeditorial@gmail.com

3ª edición corregida y aumentada: febrero 2019

Tiraje: 1000 ejemplares

Hecho el depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú
N° 2019-00310
ISBN: 978-612-47869-2-1

Diseño y diagramación: Enrique M. Tello Paravecino

Impresión y encuadernación:
Talleres gráficos de ZELA Grupo Editorial E.I.R.L.

Todos los derechos reservados.
Queda rigurosamente prohibida la reproducción, copia o transmisión, ya sea parcial o total de esta obra, por cualquier medio o procedimiento, incluidos la reprografía y el tratamiento informático, sin la autorización previa y por escrito de los titulares del Copyright.

Impreso en Perú / Printed in Peru

A las víctimas de la violencia punitiva

ÍNDICE

Presentación a la tercera edición 15
Presentación a la segunda edición 17
Presentación a la primera edición 19
Prólogo a la segunda edición 21
Prólogo a la primera edición 27

La imputación y el nuevo proceso penal 35

CAPÍTULO I

CONSTITUCIONALISMO Y PROCESO PENAL

1. Del Estado legal al Estado constitucional 41
   1.1. La supremacía de la constitución 45
   1.2. El redimensionamiento constitucional del principio de legalidad. 51
   1.3. La funcionalización constitucional de los poderes públicos 53
2. Estado constitucional y jurisdicción 54
3. Jurisdicción e interpretación 58
4. Un paradigma constitucional del proceso penal 61
5. La autonomía del proceso penal constitucionalizado 62
6. A manera de síntesis 64

CAPÍTULO II

INTERPRETACIÓN Y CONSTRUCCIÓN DEL MODELO PROCESAL

1. La sociedad como sistema o conflicto 69
   1.1. La sociedad como sistema 70
   1.2. La sociedad como conflicto 71
2. Concepción del derecho e interpretación 73
   2.1. El derecho como regla 74
   2.2. El derecho como praxis, principios y reglas 76
3. Teorías interpretativas 77
   3.1. Teoría subjetiva 77
   3.2. Teoría objetiva 80
4. Entre el cognoscitivismo legal y la ideología constitucional .. 83
   4.1. El cognoscitivismo legal 83
   4.2. La ideología constitucional 86
5. En síntesis 88

CAPÍTULO III

LA APROXIMACIÓN A LA VERDAD PRESUPUESTO DE UN PROCESO PENAL CONSTITUCIONALIZADO

1. El problema de la verdad 93
   1.1. Relación entre el ser y pensar 93
   1.2. Cognoscibilidad del mundo 94
2. La verdad como concepto jurídico 94
3. La verdad como correspondencia 95
4. La verdad consensual 101
5. Verdad procesal 104
6. Constitución política y verdad 105
7. Construcción del modelo procesal y la verdad en debate 109

CAPÍTULO IV

IMPUTACIÓN CONCRETA APROXIMACIÓN RAZONABLE A LA VERDAD

1. El carácter cognitivo del proceso penal 115
2. Concepto 119
3. Estructura de la imputación concreta 121
4. Imputación y elementos de convicción 123
5. La imputación concreta del dolo 126
6. Operatividad funcional: etapas 129
   6.1. Imputación e investigación preparatoria 130
   6.2. Imputación y etapa intermedia 133
   6.3. Imputación y juicio oral 137
7. Perversión de la imputación concreta 138
8. Formulismo e imputación 143

CAPÍTULO V

AUDIENCIA Y APROXIMACIÓN A LA VERDAD

1. Nociones previas 149
2. Concepto de audiencia 153
   2.1. El fundamento de la audiencia 154
   2.2. Objetivo de la audiencia 158
3. Audiencia: juez y contradictorio 162
4. Las técnicas de litigación oral y el concepto de audiencia 168
5. Dogmática penal y audiencia 171

CAPÍTULO VI

FORMULISMO PROCEDIMENTAL Y DEFORMACIÓN DE LA VERDAD

1. Introducción 177

2. Entre el formalismo procedimental y el finalismo procesal ... 178
3. Formulismo y expediente ... 180
3.1. Investigación preparatoria ... 182
3.2. Etapa intermedia ... 185
3.3. Etapa de juzgamiento ... 186
4. Formulismo y litigio indirecto ... 188
4.1. Litigio indirecto e investigación preparatoria ... 190
4.2. Litigio indirecto y etapa intermedia ... 191
4.3. Litigio indirecto y juzgamiento ... 193
5. Lucha contra el formalismo ... 195
6. A manera de reflexión ... 197

CAPÍTULO VII

LA CONSTRUCCIÓN DE LA IMPUTACIÓN ENTRE EL FORMULISMO Y LA ESTRATEGIA

1. Necesidad de un diagnóstico actual ... 201
2. Centralidad de la investigación ... 202
3. El formulismo inquisitivo ... 204
4. Retroalimentación de la cultura del expediente ... 208
5. Un nuevo modelo de investigación ... 210
6. Deformalización de la investigación: cues-tión estratégica ... 213

CAPÍTULO VIII

LA ETAPA INTERMEDIA CONFIGURACIÓN OPERATIVA

1. Introducción ... 217
2. Naturaleza de la etapa intermedia ... 220
2.1. Cuestionamientos a su jurisdiccionalidad ... 220
2.2. El saneamiento como deber jurisdiccional ... 223
3. Función de control o saneamiento ... 225

3.1. Control negativo 225
3.1.1. Contradictorio y fase escrita 227
3.1.2. Contradictorio y fase oral. Audiencia preliminar. 228
3.1.3. Técnicas de dirección y litigación. Audiencia preliminar 229
3.1.4. Decisiones 230
3.2. Control positivo 232
3.2.1. Contradictorio y control positivo 234
3.2.2. *Non bis in idem* y sobreseimiento parcial 234
3.2.3. Contradictorio y fase escrita 243
3.2.4. Contradictorio y fase oral. Audiencia preliminar. 249
3.2.5. Dirección y litigación en la audiencia preliminar. 252
3.2.6. Decisiones 255

CAPÍTULO IX

PRESUPUESTOS PROCESALES E IMPUTACIÓN CONCRETA

1. El procedimentalismo y la reforma 261
2. Perspectiva procesal y procedimental 263
3. Objetivos procesales 268
4. Propuesta de una nueva dirección judicial de la audiencia preliminar 269
5. Construcción de la dirección judicial de audiencia preliminar 275
6. En síntesis 278

CAPÍTULO X

IMPUTACIÓN CONCRETA APROXIMACIÓN PROBATORIA

1. Introducción 283

2. Prueba ¿qué es la prueba? 285
3. Objeto de prueba 286
3.1. Objeto abstracto de prueba. ¿Qué puede probarse? 287
3.2. Objeto concreto de prueba ¿qué debe probarse? 288
3.3. Objeto concreto de prueba e imputación penal 290
3.3.1. Tipicidad y objeto de prueba 291
3.3.2. Antijuridicidad y objeto de prueba 293
3.3.3. Culpabilidad y objeto de prueba 295
3.3.4. Individualización de pena y objeto de prueba 296
4. Convenciones probatorias 298
4.1. Puntos controvertidos 300
5. Tema probatorio 301
6. El control de la prueba 303
6.1. Requisitos de fondo 303
6.2. Requisitos de forma 310

CAPÍTULO XI

IMPUTACIÓN CONCRETA
OMISIÓN O DEFECTOS ESTRUCTURALES
EFECTOS JURÍDICOS

1. Abordaje procesal 317
2. El hecho punible. Objeto del proceso penal 320
3. Disposición de formalización de la investigación preparatoria 322
4. La etapa intermedia y postulación 326
5. Acusación, imputación y consecuencias jurídicas 327
6. Juzgamiento. Imputación y consecuencias jurídicas 334
6.1. Defectos de inadmisibilidad 334
6.2. Defectos de procedencia 335
6.3. Excepción de improcedencia de acción 336
7. Segunda instancia 337

CAPÍTULO XII

IMPUTACIÓN CONCRETA Y ¿CORRUPCIÓN Y JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA?

1. Imputación: ¿política, mediática o concreta? 341
2. La imputación concreta como límite 342
3. Estándar de información mínima e hipótesis de imputación 343
4. Cifra negra y criminalidad funcionarial 343

Bibliografía 345

ANEXOS

Sentencia de Casación N° 564-2016/Loreto 355
Sentencia de Casación N° 247-2018/Ancash 369
Imputación Necesaria 381
Expediente : 03273-2009-25-0401-JR-PE-03 393
Expediente : 03478-2009-15-0401-JR-PE-03 407
Expediente : 03064-2010-40-0401-JR-PE-02 429
Expediente : 00393-2010-43-0401-JR-PE-01 441
Expediente : 02360-2010-77-0401-JR-PE-01 453
Expediente : 02214-2012-72-0401-JR-PE-02 467
Expediente : 02878-2012-94-0401-JR-PE-02 475
Sala Penal Permanente R.N. N° 956-2011-Ucayali 483
Expediente N°. 01459-2010-10 521
Expediente N°. 3978-2009 547
Expediente : 1818-2012-39-0401-JR-PE-03 591
Expediente : 04118-2010-23-0401-JR-PE-02 597
Acuerdo Plenario N° 6-2009/CJ-116 603
Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116 613

Casación N° 01-2011 (Sentencia) Piura 625
Expediente : 014923-2013-0-1801-JR-C1-05 635
Extradición Act. N° 11-2015 Lima 675
Juzgado Criminal y Correccional Federal 7
Secretaria N° 14 CFP 5295/2013 695

PRESENTACIÓN A LA TERCERA EDICIÓN

La corrección teórica de la imputación concreta se expresa en su operatividad; su cuestionamiento semántico[1] solo alcanza ese plano; en efecto, la imputación concreta es solo la expresión nominal de la pretensión procesal, que constituye el desarrollo más acabado de la teoría del proceso, en ese orden, es irresponsable la temeridad de quienes pretenden su cuestionamiento con desconocimiento de las bases procesales.

Esta formidable herramienta de límite al poder es epistémica; en efecto, la necesidad de construir los fundamentos de la pretensión penal exige datos de la realidad, y estos son el límite de cualquier pulsión autoritaria contra epistémica. El autoritarismo inquisitivo pretende justificar el uso de términos genéricos e indeterminados no susceptibles de control epistémico; así las meras estimaciones subjetivas toman centralidad y habilitan el despliegue campante de los "buenos" del momento contra sus enemigos.

El pensamiento autoritario e inquisitivo es contra epistémico, pues se funda en sospechas y conjeturas, y esta subjetividad ya defi-

---

1 La semántica tiene por objeto el estudio de las palabras y de sus formas gramaticales, pero en nuestra cultura se ha pervertido en un recurso típico de los que pretenden decir algo y no dicen nada. Muchos de los que la usan, lo hacen partiendo de la premisa de que los interlocutores desconocen su significado; y se utiliza el recurso con la intención de engañar o confundir.

ne responsabilidad antelada, y justifica toda acción que corrobore su sospecha; su unilateralidad es pasmosa y no repara en considerar al propio imputado como fuente de información para su propia desgracia; es "bueno" entonces arrinconarlo en un contra examen, evidenciando contradicciones con sus actos defensivos previos.

La verdad como límite al autoritarismo es piedra angular en un proceso cognitivo. La búsqueda de la verdad y ésta como límite no corresponde a un pensamiento abolicionista, sino a un minimismo penal; son dos opciones cualitativamente diferentes. Solo los extravíos diletantes pueden confundir dos concepciones distintas.

La imputación concreta exige proposiciones fácticas que describan un segmento de la realidad, conforme a las características normativas que definen el tipo; este es el presupuesto para una actividad probatoria, eje epistémico para una valoración objetiva y racional de la prueba, alejado de los estándares subjetivos de íntimas convicciones y demás calenturas punitivistas.

Adicionamos a esta edición un capítulo relacionado a las consecuencias legales previstas por nuestro ordenamiento procesal, por omisión o estructura defectuosa de la imputación; los efectos, legales han sido previstos por el legislador y no es voluntad discrecional de los operadores decidir si lo aplican o no, pues se trata de reglas imperativas y deben cumplirse como tal.

PRESENTACIÓN A LA SEGUNDA EDICIÓN

Desde la primera edición, conforme al contexto de la dinámica de la reforma procesal, se han suscitado muchos cambios, entre estos la preocupación de las Salas Penales Supremas, respecto al concepto de la imputación necesaria expresada en el Acuerdo Plenario N° 2-2012-CJ-116 y en la Casación, expedida por la Sala Penal Permanente en el R.N.N°956-2011 Ucayali con calidad de Jurisprudencia Vinculante.

La importancia operativa de este concepto no ha sido cuestionada; las críticas han sido más nominales que de fondo; en efecto, no cabe duda que la imputación del hecho punible constituye el núcleo de la pretensión punitiva y ésta constituye la piedra angular de la teoría general del proceso; esto no está en cuestión. Otro sector de la crítica se orienta por cuestionar precisamente su carácter procesal y su aparente inconexión con el derecho penal material; empero, desde esa perspectiva no se comprende que la imputación concreta *–necesaria o suficiente–*, es la imputación de un hecho punible, y ello presupone, por lo menos, dos categorías de dogmática penal: **i)** el juicio de tipicidad del hecho punible; y **ii)** las bases normativas de intervención delictiva *–autoría y participación–*.

Se ha pretendido cuestionar la exigencia de una imputación concreta en la etapa inicial del proceso y su carácter provisional; empero, no se repara que esa provisionalidad está referida a la calificación jurídica no a los fácticos que deben configurarse como hipótesis de inves-

tigación y, por, tanto la necesidad de proposiciones fácticas hipotéticas pero bien definidas que orienten la actividad investigativa.

La reedición de la presente obra está construida en base a la línea de dar operatividad a conceptos como la aproximación razonable a la verdad, la imputación concreta y la audiencia, en definida clave política funcional de reducción de la violencia punitiva estatal, precisamente estos tópicos por su carácter central son los que han merecido una notable actualización en cuanto a su contenido.

Estos aspectos son abordados en la reedición de esta obra en la expectativa de seguir generando debate en el contexto de la reforma procesal para optimizar su desarrollo; en ese orden, se presenta una actualización de dos temas centrales: la imputación y la audiencia trabajadas al calor de la reforma.

El autor

PRESENTACIÓN A LA PRIMERA EDICIÓN

El presente trabajo tiene como finalidad proveer conceptos operativos como la aproximación razonable a la verdad, la imputación concreta y la audiencia, en clave política funcional de reducción de la violencia punitiva estatal; en efecto, precisamente estos conceptos permiten configurar un proceso fuertemente cognitivo, que condicione verdaderas contenciones a los procesos penales difusos y de sospecha, que terminan muchas veces condenando a los procesados sin que exista una imputación concreta y menos que esta sea probada en el proceso. Qué duda cabe que la postulación de un proceso de carácter cognitivo sólo se puede realizar en el contexto valorativo de un Estado Constitucional, porque precisamente es exigencia de este la limitación de la violencia punitiva, pero a su vez positivamente irradiar los valores constitucionales en todo el ordenamiento jurídico en general, y en el proceso en particular. Creemos que sólo definido esta finalidad se podrá conscientemente superar el viejo paradigma inquisitivo pletórico del viejo formulismo legal que anula el carácter cognitivo del proceso y particularmente del proceso penal. En ese sentido se pone también fuertemente énfasis en las categorías como los presupuestos procesales para incidir fuertemente en el carácter cognitivo del proceso; en efecto, es a la luz de estas categorías y su exigencia que se podrá configurar un proceso penal democrático. Siempre en ese programa cognitivo es importante destacar y desarrollar nuevas prácticas que reconfiguren los conceptos tradicionales de la teoría de la prueba; en efecto, estos están en la esencia de un proceso de conocimiento penal.

PRÓLOGO A LA SEGUNDA EDICIÓN

América Latina protagoniza, desde hace varios años, una profunda transformación en sus sistemas de justicia penal. Lo hace con la finalidad de dejar en el pasado unos modelos procesales escritos, formalistas, secretos y autoritarios y para concebir y afianzar otros más compatibles con los derechos fundamentales y la democracia y, por lo tanto, orales, públicos y garantistas. En últimas, se trata de dar un giro desde unas prácticas procesales heredadas y replicadas desde la Colonia, hasta unos sistemas consistentes con estándares normativos internacionales, caracterizados por la intensificación del principio acusatorio, la reserva judicial de las libertades y la concepción del proceso como sinónimo, ya no de expediente, sino de juicio justo.

Esta transformación debe sortear muchas dificultades: la crónica indisponibilidad de recursos económicos, la pretensión no poco frecuente de que todo se limite a una transliteración de modelos extranjeros, lo problemático que resulta imprimirle a cada sistema el sello impuesto por las particulares necesidades en materia de justicia penal, la fuerza inercial de unas prácticas procesales obsoletas, la dificultad para remover modelos mentales incompatibles con el Estado constitucional de derecho, la ausencia de una verdadera dogmática del derecho procesal penal, las ostensibles deficiencias que se advierten en la formación de los abogados y de los administradores de justicia y la tendencia a modificar los nuevos regímenes sin que haya tenido al menos el tiempo necesario para que tomen forma, entre otras.

Pero aún en medio de tantos inconvenientes, América Latina ha asumido el reto de rediseñar sus sistemas de procedimiento penal en el entendido que se trata de una exigencia de civilidad del hombre contemporáneo y por eso muchos países pueden acreditar hoy las bondades, aunque también los nuevos problemas, de sus sistemas de justicia penal. La experiencia peruana es una grata muestra de ello: para dar ese paso fue necesario un gran esfuerzo, que, entre otras cosas, requirió de una nueva Constitución Política y de nuevos Códigos de Procedimiento Penal, pero gracias a él, lo que hace unos años era un anhelo de la justicia y el pueblo peruanos, hoy es una esperanzadora realidad que, si bien no es ajena a nuevos conflictos, sí constituye un claro avance hacia a construcción de un modelo de justicia penal más humano y democrático.

En este camino, cuando se pasó de los fundamentos y las formulaciones legales, a las prácticas procesales, se hizo evidente la necesidad de una dogmática del proceso penal: el universo de problemas jurídicos al que se enfrentaron los administradores de justicia no podía resolverse tópicamente y con el auxilio propiciado por la vieja caja de herramientas del formalismo jurídico, sino que se necesitaba un modelo conceptual basado en principios normativos superiores extractados del Derecho Internacional de Derechos Humanos, del Derecho Penal Internacional y del constitucionalismo contemporáneo; orientado a racionalizar el proceso de expedición y aplicación de normas procesales y, en consecuencia, a garantizar la igualdad de las personas ante la ley y a hacer cierto el principio de seguridad jurídica. Y con razón: solo la sujeción a un conjunto articulado de principios normativos superiores sustrae al proceso penal y a la administración de justicia del más puro decisionismo y de la más absoluta arbitrariedad.

En este punto, el compromiso de la academia es muy grande: tiene el deber de ofrecer modelos de fundamentación que sean compatibles con los cimientos de las democracias constitucionales y capaces de orientarse a la solución razonable del universo de problemas generado por el tránsito de sistemas procesales a que se asiste en América Latina y debe hacerlo superando las lecturas silogísticas de las normas procesales, nutriéndose de las valiosas enseñanzas del derecho comparado

pero, al mismo tiempo, sin renunciar a la historia, a la autenticidad y a las necesidades de justicia de cada uno de nuestros países. En el caso colombiano, este reto ha sido sorteado por centros académicos como la Universidad Externado de Colombia, la que, desde antes de la entrada en vigencia del nuevo sistema procesal, en múltiples foros, textos especializados y cursos de formación avanzada, ha promovido una lectura del proceso penal en clave constitucional y de Derecho Internacional de Derechos Humanos y que han tenido una reconocida influencia en la doctrina y en la práctica judicial.

Es aquí donde debe ubicarse el valioso trabajo del profesor FRANCISCO CELIS MENDOZA AYMA, *LA NECESIDAD DE UNA IMPUTACIÓN CONCRETA EN LA CONSTRUCCIÓN DE UN PROCESO PENAL COGNITIVO*, que me honro en prologar. Su reflexión, seria y coherente, atiende el llamado que la sociedad hace a la academia en tiempos de crisis y está concebida de tal forma que conduce desde los fundamentos de las democracias constitucionales, hasta las prácticas procesales compatibles con ellos. En efecto:

- Hace una presentación de la evolución del Estado legal al Estado constitucional de derecho; enfatiza en los tres pilares de éste –la supremacía de la Carta Política, el principio de legalidad constitucional y la funcionalización constitucional de los poderes públicos– y plantea que el proceso penal debe redimensionarse, a partir de esos nuevos fundamentos, como proceso penal constitucionalizado, superando así las concepciones legalistas del mismo.

- Asume, de manera estructurada, que el proceso penal debe renunciar a la verdad formal y a la verdad material y, en cambio, comprometerse con un concepto de verdad configurado con datos de la realidad, funcional a los fines del proceso y capaz de contribuir a la contención del poder punitivo.

- Con apoyo en todo ello y de forma compatible con la doctrina constitucional más autorizada, plantea la necesidad de una imputación concreta, entendida como el deber del Ministerio Público de imputar a una persona natural, un hecho punible, afirmando

proposiciones fácticas vinculadas a la realización de todos los elementos de un tipo penal y susceptible de un control judicial estricto, pues solo así se evita que el juicio oral degenere en un debate ético o moral, se garantiza el ejercicio cierto del derecho de defensa y se propicia un espacio para la contención de la violencia implícita en el ejercicio del poder punitivo.

- Propone un concepto de audiencia como metodología para la toma de decisiones judiciales, pero no orientada a la persuasión emocional como base para la decisión de un conflicto; sino dirigida al convencimiento racional del juzgador en torno a una aproximación razonable a la verdad, que, a su vez, le suministre el fundamento fáctico de su decisión y que no sea refractaria a los aportes conceptuales de una dogmática penal practicable.
- Evidencia la tensión existente entre un finalismo realizador de valores y principios, que promueve un esfuerzo interpretativo de la ley en clave constitucional, y un legalismo formalista reductor del derecho a simple reglamentarismo e inclinado a privilegiar el registro escrito de las actuaciones procesales.
- Apuesta por una fase intermedia vigorosa en el proceso penal, concebida como control de constitucionalidad de la acusación y orientada a promover un punto de equilibrio entre el legítimo ejercicio de la acción penal por el Estado y la proscripción de la injerencia injustificada en los derechos fundamentales del acusado.
- Propone una metodología para la dirección judicial de las audiencias preliminares con el fin de sustraerlas del formalismo y orientarlas a la realización cierta de los fines del proceso penal, metodología cuyas bondades se han confirmado ya en el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de Arequipa.
- Por último, argumenta a favor de una concepción cognoscitiva de la prueba, comprometida con la aproximación razonable a la verdad como fundamento de la decisión judicial y con incidencia en las categorías dogmáticas y en la punibilidad, y se pronuncia en contra de una concepción persuasiva, ajena a ese compromiso.

Aportes tan valiosos como estos, son necesarios y esclarecedores y deben ser apropiados por la doctrina y la judicatura, pues son útiles para superar el frío texto de la ley y para aproximarse al modelo de proceso penal que se infiere de los estándares internacionales y del constitucionalismo. Más aún en contextos, como el latinoamericano, en los que el sistema jurídico es permanentemente retado por una realidad social y política no solo difícil, sino también agobiante y por virtud de la cual los discursos tienden a envilecerse: contra lo que pudiera creerse, hay quienes le apuestan al constitucionalismo penal, pero no como barrera de contención del poder punitivo del Estado, sino como pretexto para expandirlo, sacrificar los principios de legalidad y seguridad jurídica y reformular el derecho penal autoritario pero ya no desde la ley, sino desde la Constitución. El serio trabajo del profesor FRANCISCO CELIS MENDOZA AYMA da sólidos argumentos para alejarse de estos riesgos y para persistir en el empeño de construir un proceso penal compatible con la dignidad del hombre y la democracia.

Tuve la fortuna de conocer al profesor MENDOZA AYMA con ocasión de los intercambios académicos, cada vez más frecuentes, entre nuestros dos países y en virtud de los cuales, desde hace más de seis años, he tenido la oportunidad de conocer de cerca y participar en el proceso de implementación del sistema acusatorio en Perú. Por ello, así como en otro momento fue motivo de satisfacción saber que nos identificamos en torno a los cimientos a partir de los cuales creemos se debe construir el proceso penal en América Latina, así también hoy dejo testimonio de gratitud por una amistad sostenida en la distancia y que me ha permitido ahora conocer con detenimiento el valioso fruto de un trabajo académico gestado en la Ciudad Blanca de Arequipa y llamado a incidir mucho más allá de las fronteras peruanas.

Bogotá.

José Joaquín Urbano Martínez
Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá
Profesor de la Universidad Externado de Colombia

PRÓLOGO A LA PRIMERA EDICIÓN

El destacado jurista peruano Francisco Celis Mendoza Ayma, me ha solicitado prologar la presente obra, que ha titulado "La Necesidad de una Imputación Concreta en la Construcción de un Proceso Penal Cognitivo", encargo que he aceptado con especial beneplácito.

En primer lugar, resulta reconfortante constatar cómo los países hermanos de Latinoamérica han ido asumiendo el desafío de adecuar sus sistemas de enjuiciamiento criminal al paradigma normativo del Estado Constitucional de Derecho. En efecto, nuestras Cartas Fundamentales dejaron de ser un mero catálogo de derechos públicos sin trascendencia real y efectiva para las personas, texto que, además, describía los órganos y funciones del poder estatal, para pasar a convertirse en la norma que estructura el resto del ordenamiento jurídico, sea éste derecho público o privado, disponiendo la observancia por los entes estatales de los derechos y principios esenciales de la persona, a través de medios eficaces para sancionar todo atentado a los mismos.

El Constitucionalismo al que aludimos y la teoría que propugna tienen como razón de ser el reconocimiento y promoción, la defensa y protección de la dignidad de la persona y de los derechos humanos; dota a la autoridad pública de potestades para cumplir esa finalidad, pero a su vez le impone restricciones que debe respetar con relación a tales derechos y a su ejercicio. Lo anterior supone la reconstrucción de todo el ordenamiento jurídico, transformando a los derechos fun-

damentales en el eje central del mismo, irradiando sus efectos sobre todas las demás normas e instituciones jurídicas. Es un modelo constitucional de democracia con ingredientes sustantivos y no meramente formales, donde la Carta Magna se presenta como la fuente primera de los derechos y de las obligaciones, como el núcleo normativo definidor del estatuto de persona. Bajo el método positivista legalista anterior, los derechos fundamentales sólo valían en el ámbito de la ley, en tanto que el neoconstitucionalismo propugna que las leyes sólo valen en el ámbito de los derechos fundamentales.

En este nuevo contexto el operador jurídico debe adaptarse a los desafíos que impone la consideración de la Constitución como norma suprema de aplicación directa y la relevancia que asume la promoción y respeto de los derechos fundamentales de las personas.

Ilustradoras son al respecto las palabras de Valentín Thury al expresar que "la norma deja de responder a las características formales del siglo pasado y se nutre cada vez en mayor medida de valores materiales, que no pueden hacerse concretos a priori, con lo cual la instancia de aplicación asume una función creadora que le era desconocida en el pasado. Asimismo, la multiplicidad de nuevas situaciones y casos frente a normas cada vez más vagas e indeterminadas no hace sino acrecentar la dinámica del sistema jurídico hacia la resolución de las controversias en manos del juez".

La vigencia del nuevo Código Procesal Penal en el Perú ha generado un debate natural acerca de la correcta interpretación y aplicación de las nuevas instituciones y normas que contiene, enfrentando a la cultura preexistente con los afanes reformistas. Pasarán varias generaciones de juristas y justiciables antes de que podamos afirmar que el nuevo sistema procesal penal se encuentra afianzado, en el trayecto cada sujeto procesal, cada policía, Fiscal, Defensor o Juez irá definiendo el rol que le corresponde desempeñar en este nuevo modelo de justicia criminal.

Dado lo anterior el libro que me honro en prologar constituye un aporte en la definición de la naturaleza del sistema y, por ende, del rol del juez y de los litigantes en las distintas etapas del procedimiento.

Demostrando un profundo estudio y análisis el profesor Celis Mendoza propugna la visión de un sistema procesal penal constitucionalizado, donde el juicio cognoscitivo (oral, público, inmediado y contradictorio) es la figura central del modelo, cuya impronta se irradia a cada etapa del procedimiento a través de la exigencia de una imputación concreta.

En el Capítulo I el autor desarrolla la necesaria conexión que debe existir entre la definición política de un Estado Constitucional de Derecho y el Proceso Penal, entendiendo a este último como un "Proceso Penal Constitucionalizado" que respeta los derechos y garantías fundamentales y, además, sirve de contención al poder punitivo estatal. Destaca los efectos que ello genera en la dimensión del principio de legalidad, bajo los sustratos de validez formal y sustancial, de modo que no basta con la mera sujeción a la letra de la ley vigente, sino a la ley válida, es decir conforme a la Constitución. Señala, además, los desafíos que el Constitucionalismo del derecho presenta al juez, quien no debe limitarse a determinar la validez formal de la ley, sino fundamentalmente a emitir juicios de valor para establecer la validez sustancial de las normas, posibilitando una interpretación alternativa del texto legal desde la Constitución, esto es, llegando a soluciones constitucionalmente justas, que impliquen la consideración de los principios y valores fundamentales, sin perder su imparcialidad en la labor de adjudicación.

En el Capítulo II se hace cargo de la importancia de la interpretación jurídica en la construcción del modelo procesal penal, propugnando una metodología coherente con el sistema político establecido por el constituyente. No basta con una mera subsunción formal, sino que se requiere, además, de la consideración de la carga axiológica de una sociedad compleja y pluralista, utilizando instrumentos que den cuenta de la realidad en toda su dimensión dinámica y contradictoria. Postula una concepción del Derecho que integra valores, reglas y praxis, lo que determina su adhesión a una teoría objetiva de la interpretación, que abarca como objeto de la misma el complejo integrado por los principios, reglas y el contexto factual que será impactado directamente con el resultado interpretativo. En el ámbito específico de la

obra, sostiene que las reglas procesales a interpretar constituyen una voluntad legislativa (política), insumo necesario para la construcción de un saber procesal de contención de la potestad punitiva estatal. Propone una permanente construcción de ese saber procesal, que oriente una práctica realizadora de principios y valores constitucionales que den sentido valioso a las reglas procesales, siempre en clave política de contención del poder punitivo. En consecuencia interpretar no es sólo una labor lógica, sino también axiológica.

En el Capítulo III el profesor Celis Mendoza fundamenta la afirmación de que la aproximación a la verdad es presupuesto necesario de un derecho procesal constitucionalizado. Adscribe a un cognoscitivismo procesal, esto es, a un concepto jurídico de verdad como correspondencia, una verdad aproximativa, que considera los datos de la realidad objetiva, funcional a los fines del proceso, pues entiende que esa teoría se corresponde con las exigencias de un proceso garantista. Afirma que no se trata de resolver conflictos a cualquier costo, sino de anteponer la verdad como muro de contención frente a la violencia estatal. En palabras de Ferrajoli un modelo penal garantista equivale a un sistema de minimización del poder y de maximización del saber judicial, en cuanto condiciona la validez de las decisiones a la verdad, empírica y lógicamente controlable, de sus motivaciones. Advierte el autor que, en todo caso, la verdad material no legitima el proceso penal, sino que su función es reducir o limitar la violencia punitiva.

En el Capítulo IV explica cómo la imputación concreta permite aproximarse razonablemente a la verdad. Asevera que la imputación debe ser un hecho unívocamente descrito, que comprenda las proposiciones fácticas relativas al hecho punible y a la atribución del mismo al imputado, de modo que resulte susceptible de prueba y que permita su control empírico. La verificabilidad o refutabilidad de la hipótesis acusatoria y su prueba empírica son condiciones esenciales de un verdadero juicio cognoscitivo y fundamento de la sentencia penal.

En el Capítulo V el autor conecta la visión cognoscitiva del proceso con la ritualidad de las audiencias. Expresa que la audiencia oral es una metodología para la adopción de decisiones judiciales que optimiza

el contradictorio y, por ende, la aproximación a la verdad, obteniendo información de calidad para resolver. Para delinear un concepto de audiencia coherente con un proceso penal constitucionalizado recurre al fundamento y objetivo del mismo. Entonces, tomando como base un proceso garantista, cuyo fundamento esa una aproximación razonable a la verdad y cuyo objetivo es convencer a un juez profesional a través de razones fácticas y jurídicas, expresadas finalmente mediante una decisión fundada, las audiencias deben promover un debate dialéctico que permita obtener información de calidad para la adopción de decisiones justas. Lo anterior implica la figura de un juez que dirige eficientemente ese debate y de litigantes que emplean técnicas idóneas para los fines señalados.

En el Capítulo VI, titulado "Formalismo Procedimental y Deformación de la Verdad", describe la tensión existente entre dos percepciones ideológicas opuestas del Derecho, a saber, el finalismo procesal y el formalismo procedimental. Afirma que este último genera prácticas que se oponen al proceso cognitivo constitucionalizado, razón por la cual llama a luchar contra ese formalismo mediante una adecuada capacitación y la rectificación de las nuevas prácticas.

En el Capítulo VII, bajo el epígrafe "La Construcción de la Imputación", el autor manifiesta que un proceso cognitivo constitucionalizado implica no solo un cambio normativo de la rutina o del trámite procedimental, sino un cambio cualitativo de la cultura e idiosincrasia jurídica, para la configuración de un proceso que materialice operativamente los principios y garantías procesales, principalmente la aproximación razonable a la verdad y el contradictorio. Añade que por eso es necesario un diagnóstico del formalismo actual, para evitar el riesgo de reproducir prácticas inquisitivas que permanecen bajo un nuevo ropaje normativo, tales como la centralidad de la investigación, el formulismo procedimental, la reducción a un expediente, la burocratización e investigación sin planificación estratégica. Dicho lo anterior se da a la tarea de señalar cómo se construye adecuadamente la imputación concreta.

En el Capítulo VIII, el autor defiende la configuración jurisdiccional de la Etapa Intermedia, dado que el Juez a cargo, es uso de sus po-

testades ordenatorias, dicta resoluciones respecto de la disposición de sobreseimiento planteada por el persecutor estatal o del enjuiciamiento del imputado contenida en la acusación. El control y saneamiento del proceso son los fines de esta etapa, en tutela de los derechos fundamentales involucrados. El juez de investigación preparatoria tiene la responsabilidad de habilitar el desarrollo del juicio oral, en tanto y en cuanto exista causa probable, para no someter al imputado innecesariamente al escarnio público si no está configurada una imputación concreta; debe resguardar que la persecución penal sea eficaz y razonable, de modo que no traspase los límites de la dignidad humana; en consecuencia, debe controlar la verosimilitud de la imputación dirigida contra el acusado y la probabilidad de una condena a la luz de un examen fáctico y jurídico de la acusación. Se trata de un control negativo que da vigencia al principio penal de mínima intervención. También destaca el control positivo que se efectúa en esta fase del procedimiento, ante la solicitud de sobreseimiento del Ministerio Público, pudiendo generar el llamado forzamiento jurisdiccional de la acusación.

En el Capítulo IX el profesor Celis Mendoza conecta los presupuestos procesales con la noción de imputación concreta, afirmando que la evaluación del juez en la audiencia preliminar debe ser sistemática y comprender un control integral de los presupuestos procesales de la pretensión punitiva (formal y de fondo), para determinar la existencia de una relación procesal válida, presupuesto ineludible para el desarrollo de un juicio oral organizado. Continúa expresando que sin imputación concreta no hay proceso, ya que los elementos de la estructura interna de dicha imputación son los criterios determinantes de la validez o invalidez de una relación jurídica. Propone un orden lógico de análisis de tales presupuestos, a la luz de la imputación concreta, comenzando con el examen de la acusación propuesta en forma, continuando con la competencia del juez, la imputabilidad del acusado y su capacidad procesal, la imputación del hecho punible, la proponibilidad objetiva de la imputación y, finalmente, el interés procesal. Metodología de suyo interesante en cuanto permite al juez realizar en una sola actividad un juicio positivo o negativo, como consecuencia de la concurrencia o no de los presupuestos procesales. Si es positivo, declarará

la existencia de una relación jurídica procesal válida y si es negativo, dictará sobreseimiento en la causa.

Finalmente, en el Capítulo X se dedica a desarrollar el tema de la "Imputación Concreta. Aproximación Probatoria", volviendo a insistir respecto de la primacía de una concepción cognitiva de la prueba, en procura de una aproximación razonable con la verdad. Se hace cargo del concepto de la prueba procesal, esto es, aquella actividad que busca alcanzar la certeza del juzgador con los datos aportados por las partes; del objeto de la prueba, consistente en el hecho afirmado al modo de proposiciones fácticas, proposiciones que deberán abarcar todas las categorías de imputación penal y también los factores de determinación de pena; de las convenciones probatorias, y de la necesidad de fijar puntos controvertidos en la delimitación del debate probatorio, controlando la admisibilidad de los elementos de convicción ofrecidos por las partes a la luz de los requisitos de fondo de constitucionalidad en su obtención, pertinencia, conducencia y utilidad, más el requisito formal de contener la petición de prueba la especificación del probable aporte a obtener para el mejor conocimiento del caso, señalando el núcleo temático que cubrirán.

Desde esta apretada síntesis podemos ya vislumbrar la utilidad práctica del libro que prologamos el que, sin lugar a dudas, se convertirá en un referente para la sistemática interpretación y aplicación del nuevo Código Procesal Penal para el Perú, toda vez que entrega a los operadores jurídicos herramientas teóricas y metodologías concretas para la correcta configuración de un verdadero proceso penal constitucionalizado.

Rodrigo Cerda San Martín
Ministro de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Arica, Chile.

LA IMPUTACIÓN Y EL NUEVO PROCESO PENAL

Para ir al grano diré que el sorprendente libro del juez y profesor de Derecho Constitucional Francisco Celis Mendoza, "La necesidad de una imputación concreta en la construcción de un proceso penal cognitivo", tiene varias excelencias. Desde la actitud personal frente a la investigación que transluce todo su libro, la posición ético política, hasta el problema planteado, la forma de abordarlo, el orden y los puntos elegidos que conforman estructuralmente el trabajo, por mencionar algunos. Hay varios aportes de forma, temáticos y en otros planos; en el metodológico es muy interesante que se una y se haga ver la unidad sin reduccionismos, de todas las facetas de la vida jurídica, a partir de un problema puntual y concreto: la aplicación de un nuevo código procesal penal.

Desde la práctica pura en el juzgado, hasta la discusión sobre el sentido de la verdad; de lo más concreto y real, pragmático o empírico, hasta el buen vuelo filosófico que en el derecho es intrínseco (pero expulsado de la mente legalista) especialmente tratándose de la defensa de la democracia y del Estado constitucional de derecho, como en este caso. El Derecho Constitucional es justamente el punto donde derecho y filosofía revelan su unicidad indisoluble e indiscernible, aquí vinculado a un asunto adjetivo penal, gracias a los amplios y justos paradigmas jurídicos del autor. Pero hay muchas más razones por las cuales este libro puede y debe ser leído por un público más amplio que el de la mera especialidad.

Todo el libro gira en torno al concepto de imputación. Sigamos en esto a Kelsen en su *Teoría Pura, no* solo porque es la opinión de un jurista de justificada fama mundial, sino porque es el único que conozco que se ha ocupado de estos conceptos tan completa y claramente. *La* Imputación es una operación de interpretación, o creación de sentido. En el caso del derecho, un acto jurídico mental que consiste en una atribución de responsabilidad por la consecuencias de un hecho a alguien o a algo –y no una operación esencialmente cognitiva. Su estructura lógico condicional o hipotética y todo lo que tiene que ver *con S entonces P,* es fundamental para entender el libro y sus comentarios críticos en las diferentes etapas del proceso penal. Su fórmula, la del principio de imputación, es: "si se produce una condición establecida por el supuesto de una norma, debe producirse una consecuencia llamada sanción". Sanción puede ser entendida como premio, ya que, como el castigo, también es consecuencia de un supuesto (hipotético) que se verifica en la realidad Y como todo el libro se mide a partir de este concepto clave, las consecuencias para su inteligibilidad son importantes, la afectan cada vez que en este trabajo se utiliza el concepto de "imputación concreta" que aparece en todo el libro. Y también la idea abstracta, el concepto de "concreto" en concreto. Y de ahí el título del libro.

Como sostengo, regionalmente, el problema de la generalizada confusión entre Ciencias sociales causales y Derecho (disciplina no cognitiva ni especializada sino más bien normativa, interpretadora o imputadora) hace necesario el esclarecimiento de esa palabra. La imputación es la piedra de toque para distinguir el Derecho de las ciencias, cuyo método es el de la causalidad y no precisamente el de la imputación, como dice Kelsen. Y la imputación es, como ya se dijo, una interpretación, es decir creación de sentido y no conocimiento. El aludido esclarecimiento implica facilitar la compresión de las abundantes y atinadas observaciones y propuestas alternativas que se plantean en este libro en el acto mismo de desarrollar su crítica, especialmente la de "un proceso penal constitucionalizado", que todo magistrado demócrata debería asumir personalmente, si estamos en una democracia republicana.

El proceso penal, debe asentarse en la calidad de la información y de la elección de los datos de la realidad, pero el trabajo del juez no es esencialmente cognitivo sino interpretativo, creador de sentido, mucho más constructivo o productivo que la pura descripción causal de meros hechos, teniendo en cuenta, además, que elegir ciertos datos de la realidad y no otros ya es interpretación. Y si es interpretación es básicamente subjetiva, aunque con obligación jurídica e intelectual de objetivarse en un discurso bien argumentado (y sin que "subjetivo" tenga sentido peyorativo).

Todo lo cual no niega la necesidad de "construir una imputación con proposiciones fácticas verificables y refutables", como señala el autor, lo que a su turno no niega sino más bien complementa, los puntos críticos de este libro: la denuncia clara y precisa del "formulismo inquisitivo", de la "burocratización", del "registro formulario", de la "investigación sin investigadores", en fin, de "la cultura del expediente", etcétera: los paradigmas jurídicos tradicionales, positivistas, que se mantienen a pesar de los cambios legales. Y en este libro eso se esclarece muy bien a partir del problema concreto: la aplicación de un Código sin cambio de paradigmas jurídicos y no sólo los paradigmas de Derecho Adjetivo.

Con respecto al concepto de "verdad" y de "objetividad", se habla solo de "aproximaciones", de "aproximaciones a la verdad", más cautamente. Hay un sano escepticismo en el reconocimiento de que se trata siempre de "aproximaciones" (el concepto de verdad y objetividad han sido muy cuestionados en el siglo XX, no el del relativismo sino el de la Relatividad). Pero más importante que esos juegos lógicos es que esos conceptos de verdad y objetividad se delimiten claramente con respecto a la imputación. Por supuesto que esto requiere discusión, lo que casi nunca se da por estas tierras.

Es mérito de este libro el dar una nueva y muy útil mirada a la realidad procesal penal integralmente, lo que posibilita el buen funcionamiento del nuevo Código, porque propone nuevos paradigmas que reivindican la importancia de los paradigmas en el derecho, es decir, en la vida social o humana. Para que los abogados, jueces, fiscales, etc., se

adapten al espíritu y no sólo a la forma del nuevo dicho Código: el Derecho Penal constitucionalizado. Como dije antes, un libro excelente, en la forma y en el fondo.

Juan Carlos Valdivia
Docente de la Universidad Nacional de San Agustín

Capítulo I
Constitucionalismo y proceso penal

Sumario: *1. Del estado legal al estado constitucional – 2. Estado constitucional y jurisdicción – 3. Jurisdicción e interpretación – 4. Un paradigma constitucional del proceso penal – 5. La autonomía del proceso penal constitucionalizado – 6. A manera de síntesis*

1. DEL ESTADO LEGAL AL ESTADO CONSTITUCIONAL

La ideología jurídica del siglo XVIII, tenía la pretensión que el orden jurídico era coherente, completo, sin vacíos que necesiten ser integrados; postulaba una concepción mecánica de los operadores jurisdiccionales, impedidos de realizar una función deliberativa y valorativa, limitados a aplicar la ley de manera literal.

El siglo XIX fue el siglo del Estado de Derecho Legislativo, que se caracterizó según Zagrebelsky,[1] por la supremacía de la ley y la subordinación mecánica a ésta. Enseña bien Aulis Aarnio[2] que este Estado de Derecho formalista estaba integrado por 7 elementos:

- La separación del poder en Ejecutivo, Legislativo y Judicial, para eliminar la arbitrariedad a partir de la expedición de las leyes ex ante.
- La profesión jurídica como monopólica de las cuestiones jurídicas de la sociedad.
- La idea de protección jurídica, supone que el ciudadano tiene que estar protegido contra actos de otros ciudadanos y del Estado.

---

1 ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia.* 3ra. Edición. Editorial Trotta. Madrid. 1999. p. 24.

2 AARNIO, Aulis. *Derecho, racionalidad y comunicación social. Ensayos sobre filosofía del derecho*; Fontamara, S.A. México. 2000, pp. 38-41

- La certeza jurídica en el Estado de Derecho, buscó la permanencia de ciertos principios formales, plasmado mediante reglas.
- La estructura de las normas se encuentran plasmadas mediante reglas. Los principios, no son constitutivos del ordenamiento jurídico, se encuentran subordinados a las reglas.
- La estructura de la argumentación, supone que las decisiones jurídicas están compuestas de silogismos.
- La idea de justicia formal: es el fin del derecho y significa que las normas jurídicas deben establecer reglas cuyo cumplimiento era justo.

No obstante, que el Estado de Derecho Legislativo surgió en el siglo XIX, su alcance formal se mantiene durante el siglo XX, en el Perú[3]; así es fácil identificar la actualidad de estos elementos, que se manifiestan en el carácter conservador de los jueces, quienes en su quehacer procesal reclaman, la idea de certeza jurídica *–dicen seguridad jurídica–* que es el taparrabos de los operadores jurisdiccionales formalistas, quienes pretextan que interpretar el sentido abierto de un dispositivo jurídico rompe la certeza jurídica y la predictibilidad de las decisiones. Para esta cultura judicial conservadora los principios no son de aplicación práctica inmediata[4].

Recién a comienzos de este siglo, se impulsa el desarrollo operativo del Estado Constitucional de Derecho. Motivado por la desnaturali-

---

3 "Podemos afirmar que la ideología judicial imperante en la cultura jurídica en el Perú corresponde a la decisión vinculante, es decir, al pensamiento del positivismo jurídico. A los jueces les corresponde aplicar las leyes más no crearlas. Esto supone un fuerte formalismo y literalismo interpretativo que un buen sector de nuestra judicatura practica hasta nuestros días" (Academia de la Magistratura. 2005. Ética judicial, Lima s/e.)

4 En efecto, las normas de la Constitución de 1979, con relación a la libertad individual, nunca adquirieron plena operatividad, son ejemplos las interpretaciones perversas en desmedro de la libertad individual en las resoluciones denegatorias de las pretensiones constitucionales de Hábeas Corpus.

zación de los caracteres definitorios y la disfuncionalidad del clásico Estado de Derecho. Bajo este contexto el Estado Constitucional de Derecho supone una reestructuración de los postulados más característicos del Estado de Derecho, sin que signifique ruptura o superación radical de los principios básicos del Estado de Derecho[5]. No constituye en forma alguna un nuevo techo ideológico, toda vez que el liberalismo sigue siendo su línea rectora sólo que expresada en forma más radical. Esto implica colocar en la práctica jurídica –no en el discurso académico– a la Constitución en un estrato normativo superior a la Ley. La Constitución emerge como norma suprema del ordenamiento jurídico y va dejando de ser considerada un simple símbolo sin operatividad práctica[6].

Al respecto el Tribunal Constitucional señaló: "El tránsito del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional supuso, entre otras cosas, "(...) superar la concepción de una pretendida soberanía parlamentaria, que consideraba a la ley como la máxima norma jurídica del ordenamiento, para dar paso –de la mano del principio político de soberanía popular– al principio jurídico de supremacía constitucional, conforme al cual, una vez expresada la voluntad del Poder Constituyente con la creación de la Constitución del Estado, en el orden formal y sustantivo presidido por ella no existen soberanos, poderes absolutos o autarquías. Todo poder devino entonces en un poder constituido por la Constitución y, por consiguiente, limitado e informado, siempre y en

---

5 Señala ZAGREBELSKY: "Quién examine el derecho de nuestro tiempo seguro que no consigue descubrir en él los caracteres que constituían los postulados del Estado de derecho legislativo. La importancia de la transformación debe inducir a pensar en un auténtico cambio genético, más que en una desviación momentánea en espera y con la esperanza de una restauración. La respuesta a los grandes y graves problemas de los que tal cambio es consecuencia, y al mismo tiempo causa, está contenida en la fórmula del *Estado Constitucional*. La novedad que la misma contiene es capital y afecta la posición de la ley" (Ibídem. ZAGREBELSKY, Gustavo, pp. 33, 34)

6 Un dejar de ser que puede suponer varias décadas, considerando la fragilidad de las instituciones en el proceso de un, siempre inconcluso, proceso de construcción de la democracia.

todos los casos, por su contenido jurídico-normativo"[7]. Se propone la aplicación directa de la Constitución y con ello la aplicación de los derechos independientes de la ley; los derechos no requieren de una ley de desarrollo para su ejercicio. Se toma alguna conciencia de que el Código deja de proporcionar todas las respuestas a los jueces y se torna indispensable la necesidad de interpretar la ley en función de una sociedad permanentemente cambiante.

El paradigma del Estado Constitucional de Derecho supone la reformulación, del Derecho en su naturaleza, en su interpretación y aplicación, incluyendo las fuentes, la hermenéutica, el rol del Estado en el ordenamiento jurídico, las conexiones con la Sociedad Civil en democracia y otros vectores de semejante importancia[8].

Se puede bosquejar tres importantes características del modelo de Estado Constitucional: a) la supremacía constitucional y de los derechos fundamentales, de naturaleza liberal o social; b) la consagración del principio de legalidad constitucional como sometimiento efectivo al derecho de todos los poderes públicos, sin excepción, c) la funcionalización de los poderes del Estado a la garantía del disfrute de los derechos de carácter liberal y de la efectividad de los derechos de carácter social.

---

7 Expediente N° 5854-2005-PA/TC, FJ 3.

8 "El paradigma constitucional también recibe el nombre de "neoconstitucionalismo", como movimiento jurídico teórico y dogmático que destaca la omnipresencia de la constitución y sus consecuencias jurídicas. Como destaca GUASTINI, R., *La costituzionalizazione dell ordinamento italiano*, RP, núm. 11, 1998, pp. 185 y ss., el paradigma constitucional caracteriza a los sistemas jurídicos por los siguientes rasgos: 1) la presencia de la Constitución rígida; 2) garantías jurisdiccionales en defensa del texto constitucional; 3) el carácter normativo de la Constitución; 4) sobreinterpretación de ésta a partir de argumentos finalistas y el recurso a los principios generales del Derecho; 5) el efecto directo de la Constitución; 6) interpretación conforme a la Constitución en todos los casos; y la expansión de la Constitución como norma en el foro político" (SARMIENTO RAMIREZ –ESCUDERO, Daniel. *El Control de Proporcionalidad de la Actividad Administrativa*. Edit Tirant Lo Blanch. Valencia. 2004. p. 45)

1.1. La supremacía de la Constitución

La idea esencial que caracteriza y configura a este modelo es **la primacía constitucional**, colocándola en un plano de juridicidad superior, vinculante e indisponible[9], en línea de principio, para todos los poderes del Estado, además de la aserción de vínculos y límites jurídico-constitucionales, tanto de carácter formal como sustancial, que condicionan y subordinan todos los actos de producción o ejecución jurídicos[10]. Las constituciones crean un referente indisponible de legitimidad para el ejercicio del poder político y su exclusión en los supuestos de afección de los derechos fundamentales.

a) El carácter normativo

El reconocimiento del carácter normativo en nuestro margen latinoamericano es nota generalizada; en palabras AGUIAR DE LUQUE "probablemente por influencia estadounidense, la percepción de la Constitución como norma jurídica surge antes en el mundo iberoamericano que en el constitucionalismo europeo" agrega este autor "no faltan textos constitucionales del pasado siglo, e instituciones consagradas en los mismos, que denotan la aceptación de unas concepciones que en el

---

9 Desde la perspectiva de los derechos fundamentales: "precisamente porque están igualmente garantizados para todos y sustraídos a la disponibilidad del mercado y de la política, forman la *esfera de lo indecidible que* y de lo *decidible que no*; y actúan como factores no sólo de legitimación sino también y, sobre todo, como factores de deslegitimación de las decisiones y de la no-decisiones. (FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías, la Ley del más débil.* Edit. Trota. segunda edición. Madrid. 2001. p. 24)

10 En ese sentido FERRAJOLI, sostiene que: "El paradigma del Estado Constitucional de derecho – o sea, el modelo garantista – no es otra cosa que la doble sujeción del derecho al derecho, que afecta a ambas dimensiones de todo fenómeno normativo: la vigencia y la validez, la forma y la sustancia, los signos y los significados, la legitimación formal y la legitimación sustancial (...)"(FERRAJOLI, Luigi, Op. Cit. p. 22)

viejo continente no aparecerán consolidadas, como es sobradamente sabido, hasta el periodo entre guerras"[11].

Sin embargo, esta prelación temporal del reconocimiento normativo de la Constitución, no ha tenido su correspondencia con la operatividad de los valores constitucionales, sirviendo por el contrario como "cobertura a regímenes políticos abiertamente autoritarios y negadores de los más elementales derechos"[12]. Por ello se ha generado un recelo, en los sectores políticos y jurídicos, respecto de la eficacia normativa de la Constitución.

La simple cognición del carácter normativo de la Constitución y su supremacía respecto de otras normas del derecho no es suficiente, es necesario comprender[13] este concepto –en el sentido fuerte del término *comprender*– pues no por ser harto conocido suponen su internalización por los operadores del derecho. Los operadores jurídicos tienen la doble tarea de vencer el recelo subyacente, luego internalizar y asumir *militantemente* el compromiso de defensa de la norma constitucional, en palabras de LOEWENSTEIN, el desarrollo de un sentimiento constitucional.

La Constitución como norma regula la validez del sistema jurídico, y determina las bases organizativas del Estado. Entendemos la norma jurídica como la hipótesis de conducta humana y de todo hecho o circunstancia relacionada con aquella. Pero la norma jurídica tiene

---

11 AGUIAR DE LUQUE, Luis. En Estudio de Derecho de Derecho Constitucional, Homenaje al profesor Dr. Joaquín García Morillo. *"La Noción de derechos fundamentales desde la perspectiva del constitucionalismo iberoamericano"*. Edit Tirant Lo Blanch. Valencia. 2001, pp. 139 a 140

12 Ibidem. AGUIAR DE LUQUE, Luis. p. 140

13 Comprensión en el sentido fuerte que le asigna Zaffaroni: "Por comprender no puede entenderse sólo conocer. El conocimiento es un grado anterior a la comprensión (...) *comprender implica, pues, conocer y también internalizar, porque la internalización requiere el conocimiento previo...*" (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal. T. II. Ediciones Jurídicas. 1986, pp. 529 a 530)

como característica fundamental la coercitividad. No sólo son supuestos de hecho, sino que su consecuencia jurídica radica fundamentalmente en su naturaleza de imperativo reforzada con una coacción institucional externa[14]. Esto es, el mecanismo de una voluntad que obliga a todas las demás voluntades a respetar una norma jurídica, de ahí el carácter imperativo de la disposición.

Destacando este carácter normativo de la Constitución, señala FERRAJOLI, que la Constitución "no representa solo el complemento del Estado de derecho a través del principio de legalidad a todos los poderes, incluso el legislativo, también son un programa normativo para el futuro: la imposición a todos los poderes de imperativos negativos y positivos como su fuente de legitimación, pero también, y diría, sobre todo, de deslegitimación"[15], sobre todo de deslegitimación cuando los actos de los operadores estaduales se aparten de los principios y valores constitucionales.

La Constitución como norma establece principios y mandatos que rigen, regulan y limitan el desenvolvimiento de todos los individuos, grupos y fuerzas sociales y políticas que evolucionan dentro de la estructura del Estado. Esos principios y mandatos disponen de un contenido ideológico determinado en el momento en que se expidió la Constitución por los grupos sociales[16] y que, por lo mismo, expresa el "querer ser" legitimado por la comunidad. Sin embargo, durante el desarrollo de la vigencia de la Constitución, los grupos, y fuerzas sociales y políticas siguen luchando por hacer predominar sus valores e intere-

---

14 Norberto BOBBIO, señala "que lo que caracteriza la norma jurídica respecto de las normas morales y sociales es el ser una norma con *eficacia reforzada*" (BOBBIO, Norberto. *Teoría General del Derecho.* Segunda Edición. Edit. Temis. Bogotá.1999, p. 112)

15 FERRAJOLI, Luigi. *El Garantismo y la filosofía del derecho.* Edit. Universidad Externado de Colombia. primera edición, Bogotá. p. 171.

16 De los sectores sociales que pudieron acceder al debate constituyente; obviamente no todos, menos los más vulnerables económicamente, que verán limitados su participación a un sufragio compulsivo y formal.

ses a tal grado que siempre pretenden la identificación de éstos con el querer ser prescrito en la Constitución aunque normalmente no tienen nexos comunes de identidad.

b) La eficacia normativa

Considerar a la ***Constitución como norma jurídica suprema***, equivale a otorgar a sus normas eficacia directa, ello supone: a) la Constitución es la primera norma que debe ser tenida en cuenta por todos los operadores jurisdiccionales, para resolver los conflictos e incertidumbres con relevancia jurídica. Los aplicadores del derecho no pueden esperar a que el órgano legislativo regule o desarrolle el derecho que se aplique, debe aplicar la Constitución en cada caso concreto examinando la constitucionalidad de la ley que se aplica; b) Los operadores jurisdiccionales en un sistema de eficacia directa son jueces de la constitucionalidad; por tanto, están obligados también a interpretar todo el ordenamiento jurídico de conformidad con la Constitución, en cada caso dado que en virtud de la eficacia directa los operadores judiciales no sólo aplicaran la constitucionalidad conjuntamente con la leyes y demás normas sino que en ocasiones se verán obligados a aplicar la Constitución contra la ley por asumir que es contraria al contenido constitucional[17]. Por esta eficacia directa los operadores judiciales están obli-

17 Refiere CASTILLO CÓRDOVA: "Si la Constitución es norma jurídica, y además fundamental, es necesario atribuirle un carácter adicional a efecto que su finalidad de limitación al poder político no se vea desacreditada. Tal carácter, como regla general, es el de aplicabilidad inmediata, particularmente de las normas referidas a derechos constitucionales. Lo contrario supondría dejar su efectividad en manos (y al arbitrio) de aquel a cuyo control y limitación va precisamente dirigida la norma constitucional, pues se estaría supeditando el cumplimiento de las normas constitucionales en general, y las referidas a una futura legislación en particular, a una futura legislación o reglamentación, ya del órgano legislativo, ya de la Administración pública. (CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *El carácter normativo Fundamental de la Constitución Política de la Constitución Peruana*, en Revista Jurídica del Perú No 63. Edit Normas legales. Lima. 2005. p. 45)

gados a considerar a la Constitución como premisa, en su decisiones concretas; no se trata de considerarlas como una *norma normarum* sino una norma aplicable al caso concreto; no son pues normas meramente programáticas porque poseen *eficacia directa*, y aún si las normas de rango legal omitan su contenido, los jueces no pueden sustraerse a su aplicación. Así si el art. 139.22 de la Constitución dispone que la pena tiene como fin la resocialización del penado[18], entonces, por su eficacia directa los jueces penales están vinculados a su aplicación; a este efecto, deberán considerar el carácter contrafáctico de este precepto.

Al respecto el Tribunal Constitucional ha precisado que: "Hoy en día no es materia de debate o controversia que la Constitución sea considerada como la norma jurídica suprema, jurisdiccionalmente aplicable, y que garantice la limitación del poder para asegurar que éste, en cuanto se deriva del pueblo, no se imponga inevitablemente sobre la condición libre de los propios ciudadanos. En tanto norma jurídica, la Constitución posee en la actualidad un contenido dispositivo compuesto por valores, principios y derechos fundamentales capaz de vincular a todo poder público, a los particulares y a la sociedad en su conjunto"[19].

La eficacia conecta de forma inmediata y rotunda con el concepto de Constitución considerada norma jurídica y jerárquicamente superior obliga a los jueces a realizar un juicio de constitucionalidad de la ley que se aplica para determinar si esa norma se ajusta o no a la Constitución, dado que ésta es considerada norma jurídica y como tal está dotada de eficacia directa[20].

---

18 En la Constitución se usa el término reinserción social.

19 Expediente 0012-2006-PI/TC.

20 Como advierte ROSALES: "Esto significa que el modelo actual de Estado Constitucional ha venido madurando la asunción de la fuerza normativa de la Constitución trascendiendo al Estado Legal y con ello superando la sujeción a la ley formal, en pro de la garantía efectiva de los derechos humanos. Pareciera que esta evolución constitucional aunada al fortalecimiento del sistema de derechos humanos podría ser más intensamente aprovechados para enfrentar la acometida de las leyes penal bélicas y en general, el des-

c) La interpretación conforme a la Constitución

Otra de las consecuencias prácticas que se derivan del principio de supremacía constitucional[21], es la interpretación de la totalidad de las normas que integran el ordenamiento jurídico conforme a la norma constitucional, llamado sintéticamente como principio de interpretación conforme con la Constitución. En efecto, si la Constitución es la norma jurídica fundamental del Estado, entonces, la totalidad de las normas del ordenamiento jurídico tendrán que ser interpretadas conforme a la Constitución. Ciertamente tiene directa relación con la interpretación de las normas infraconstitucionales, en la medida en que limita el abanico de las interpretaciones legítimas, y porque el deber constitucional de motivación de las decisiones judiciales proscribe el decisionismo circunscrito a un legalismo, tan arraigado en los viejos hábitos judiciales[22].

La interpretación de la ley desde la Constitución presupone reconocer su valor normativo; señala con acierto el profesor Palomino Manchego: "En efecto, no tendría ningún sentido que se postule una tarea interpretativa de parte de los operadores del Derecho sin que previamente no se define el valor y los caracteres que se aparejan respecto de aquel instrumento, que precisamente se desea interpretar"[23]. Sin embargo, este reconocimiento de ese carácter normativo no supone

---

bordamiento del poder punitivo..." (ROSALES, Elsie. *Sistema penal y Estado Constitucional en Venezuela. CC*, vol.33, No.4, Dic. 2005. pp. 469-515. ISSN 0798-9598.)

21 La consideración de la Constitución como norma fundamental y como base del entero ordenamiento jurídico, ha sido recogida en el texto de la Constitución peruana. En efecto, en ella se establece que la Constitución es la norma jerárquicamente superior, por encima de las demás normas que conforman el ordenamiento jurídico peruano (Artículo 51 de la Constitución)

22 IBAÑEZ, Perfecto Andrés. "Prólogo", en Ferrajoli, Derechos y garantías..., cit, nota 11, pp. 11-12

23 SAGÚES, Nestor Pedro y PALOMINO MANCHEGO, José. *Imprevisión y Reforma: Dos Problemas Contemporáneos del Derecho Constitucional*. Primera Edición. Edit. Grijley, Lima. 1995. p. 37.

desconocer el contenido ideológico y político de sus normas porque solamente al tomarlo en cuenta podemos entender la relación existente entre la "normatividad" y la realidad.

No obstante, la aceptación teórica del carácter normativo de la Constitución es pacífica, el resultado en la práctica de los operadores jurídicos sigue siendo muy escasa; pues más allá de las mecánicas argumentaciones, en pedidos o decisiones judiciales, respecto de la primacía y el consecuente carácter normativo de la Constitución, es notorio en nuestro medio la predominancia de una estrecha cultura legalista[24]. Y es en esta dimensión práctica que la reclamada eficacia normativa de la Constitución se difumina en argumentaciones huecas. Bien señala PALOMINO MANCHEGO, que "(...) la primera y elemental manifestación del carácter normativo de la Constitución viene representada, sin lugar a dudas, por el hecho de su *aplicabilidad,* en la medida que una Constitución se aplica, puede predicarse de ella su valor normativo como premisa fundamental"[25].

1.2. El redimensionamiento constitucional del principio de legalidad

En el diseño teórico de este modelo de Estado opera un redimensionamiento del principio de legalidad. La premisa de esta operación deriva del reconocimiento **que el substrato del principio de legalidad en el Estado Constitucional de Derecho no es ya sólo formal sino también sustancial**. En esta nueva formulación todos los actos de producción y ejecución jurídica llevados a cabo por cualquiera de los poderes del Estado están, de diversos modos, sometidos al derecho en todos sus aspectos, esto es, tanto en los aspectos formales o procedi-

---

24 Probablemente esta cultura jurídica legalista responda a mecanismos de protección (conscientes o inconscientes) respecto de los poderes fácticos; en efecto, la cobertura legal brinda la seguridad de aplicar la ley justa o injusta, constitucional o inconstitucional, pero finalmente es la ley.

25 Ibidem. SAGUES, Nestor Pedro y PALOMINO MANCHEGO, José. p. 40

mentales como materiales, en esa línea la regulación de la producción y ejecución del derecho positivo no sólo en cuanto a las formas sino también en cuanto a los contenidos producidos.

Según esta nueva formulación, el principio de legalidad es entendido como fuente jurídica tanto de los modelos de legalidad como del modelo de legitimación (formal o sustancial), razón por la cual en él descansa la función garantista del derecho. Este cambio paradigmático operado por el Estado constitucional supone, además, una revisión cualitativa del sentido de la validez. Ésta deja de ser un atributo estable de las normas para pasar a convertirse en una situación con contenido complejo. La validez opera como una función integrante del sistema jurídico complejo y fragmentado en distintos planos de normatividad, desde los que establecen relaciones la simple atribución de competencia por la norma superior y la determinación de un procedimiento para la producción normativa, hasta la exigencia en determinados aspectos materiales vinculantes desde los planos superiores[26].

En esa línea se considera, desde la perspectiva garantista, que el concepto de validez separa dos dimensiones conceptuales: la validez propiamente dicha y la vigencia. La validez es considerada como una cuestión de coherencia o compatibilidad de las normas producidas con las normas jurídicas que disciplinan su producción en el nivel normativo superior. El juicio de validez material es en relación al contenido normativo, y afecta a la relación de la norma con las determinaciones existentes en niveles superiores del ordenamiento: su vinculación a valores y principios constitucionales es lo que motiva que sea un juicio complejo pero de carácter jurídico. La vigencia, o validez formal, es considerada en relación con las condiciones o procedimientos formales de los actos productivos de normas. Es un juicio técnico-jurídico, pues se limita a constatar que la norma cumple con los requisitos formales que le son exigibles[27].

---

26 Ferrajoli, Luigi, Op. Cit, p. 23

27 En la línea expuesta FERRAJOLI distingue la simple validez formal de las normas jurídicas de la compleja validez sustancial, refiere que "la existencia

1.3. La funcionalización constitucional de los poderes públicos

Otra importante innovación de este nuevo modelo normativo es la asignación de una dimensión axiológica a la democracia como modelo de organización política del Estado constitucional de derecho. Se parte de distinguir entre dos modelos de democracia: la *democracia formal*, cuyo principio mayoritario es fuente absoluta de legalidad, donde se establece la validez de toda decisión, cualquiera sea su contenido; y *la democracia sustancial*, que está formada por el conjunto de reglas que determinan cómo y quién decide, en el marco de un Estado de derecho y, por tanto, vinculada estructural y funcionalmente a la tutela y garantía de los derechos e intereses de los ciudadanos. Estas reglas condicionan la validez de las normas jurídicas y las posibilidades de decisión democrática. FERRAJOLI ha propuesto un modelo multidimensional de democracia constitucional que comprende una redefinición jurídica de la democracia conforme con la cual una democracia representativa sustentada en los principios de sufragio universal y de mayoría constituye una condición necesaria, más no suficiente, de la democracias, toda vez que resulta insostenible la idea de democracia como régimen político basado en un conjunto de reglas que aseguran el poder omnímodo de la mayoría[28].

En definitiva, la conexión continua de la dimensión formal y sustancial, tanto en lo referente al modelo jurídico como al modelo políti-

---

de normas invalidas puede ser fácilmente explicada con sólo distinguir dos dimensiones de la regularidad o legitimidad de las normas; la que se puede llamar vigencia o existencia, que hace referencia a la forma de los actos normativos y que depende de la conformidad o correspondencia con las normas formales y la validez propiamente dicha o, si se trata de leyes, la constitucionalidad, que, por el contrario tiene que ver con su significado o contenido y que depende de la coherencia con las normas sustancias de producción". (FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías, La ley del más débil*. Edit. Trotta. Segunda edición. 2001. p. 23)

28 FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Trad, de Antonio Del CABO y Gerardo Pisarello. Edit.Trota. Madrid. 2000, p. 37).

co del Estado Constitucional, es el vector básico que permite controlar tanto la producción y ejecución formal como sustancial de los patrones normativos. Este último modelo es el que corresponde a las exigencias y principios del Estado constitucional de derecho, asume estructuralmente la existencia de límites respecto del poder de decisión y; por tanto, hace posible la síntesis de los principios que exigen la limitación del poder del Estado y, por otro lado, la legitimidad de sus decisiones democráticas.

En ese sentido, un Estado Constitucional debe tener presente que el proceso pretende contener el poder punitivo y; por tanto, su programa constitucional se habilitó solo, en tanto y en cuanto, contenga la irracionalidad del poder punitivo y permita, en lo posible la convivencia de los hombres en sociedad, respetando contenidos fundamentales básicos como la dignidad de las personas a quienes se les impone la pena[29].

2. ESTADO CONSTITUCIONAL Y JURISDICCIÓN

En el modelo de Estado Constitucional Democrático de Derecho, todos los órganos del poder público se encuentran sujetos a la Constitución, que es la norma suprema del ordenamiento, y, por tanto, subordina doblemente a la Constitución, tanto en un plano formal como en un plano sustancial.

ATIENZA, sintetizando, señala que en el desarrollo de esta nueva concepción del Derecho en los Estados Constitucionales, se pueden destacar algunos rasgos: a) el reconocimiento de la importancia de los principios como un componente esencial del orden jurídico; b) la incorporación del modelo del constitucionalismo, lo que implica, entre otras consecuencias, concebir la validez jurídica en términos sustantivos y no simplemente formales; c) una nueva idea de sujeción a la ley, ya no como una sujeción a la letra de la ley sino una sujeción a la ley válida, es decir, conforme a la Constitución, y d) la atención creciente a la ar-

29 MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal y control social*. Ed. Fundación Universitaria de Jeréz de la Frontera. España. 1985, p. 40.

gumentación jurídica, es decir, la necesidad de que los fallos judiciales estén fundados en razones, "como característica esencial de una sociedad democrática en la que sea poder el que se someta a la razón, y no la razón al poder[30].

Es bajo este modelo del Estado Constitucional, que la idea de sujeción a la ley varió; no se trata de una sujeción a la letra de la ley, sino a la ley válida, es decir conforme con la Constitución. De ahí que la interpretación de la ley que realizan los operadores jurisdiccionales, constituye una reinterpretación de la ley a la luz de la Constitución y, en caso de una contradicción entre la norma inferior y la norma constitucional, el juzgador deberá inaplicar la primera[31] y, ante una eventual laguna legislativa, aplicar directamente la Constitución, o bien, resolver una cuestión interpretativa, en la que estén en juego diversas posibilidades, en favor de aquella que se encuentre conforme a la Constitución. En el Estado Constitucional prevalece ante todo una sujeción a la Constitución; empero, es importante señalar que el principio de constitucionalidad da valioso contenido cualitativo, más no reemplaza, al principio de legalidad. El operador jurisdiccional no se limitará a determinar la validez formal de la ley, sino fundamentalmente a emitir juicios de valor para establecer la validez sustancial de la normas, posibilitando una interpretación alternativa de la ley desde la Constitución. Legalidad y legitimidad convergen, validez formal y validez material se encuentran en este nuevo Estado Constitucional que exige operadores jurisdiccionales que ofrezcan soluciones constitucionalmente justas.

El Estado Constitucional posibilita una aplicación directa de los principios[32], que dejan de ser percibidos como meros criterios auxiliares de integración de la actividad judicial, determinado la posibilidad de

---

30 ATIENZA; Manuel. *El sentido del Derecho*. Edit. Ariel. Barcelona. 2001, pp. 309-310

31 Artículo 138° de la Constitución Política del Estado.

32 Los principios son normas constitutivas que no atienden a la lógica tradicional del "todo o nada". Su significado no puede ser determinado en abstracto, ya que sólo en los casos concretos se precisa su alcance.

apartarse de la regla cuando es contrario a un principio constitucional requiriéndose de la técnica de la ponderación, para encontrar soluciones por medio de una relación adecuada de medios y fines en atención a las circunstancias y valores vigentes en la sociedad.

Y es precisamente la aplicación de estas normas en los casos concretos, la que condiciona el cambio del antiguo juez esclavo de la letra de la ley y esclavo frente a modelos estáticos de interpretación y siervo incondicional de una ley aplicada literalmente, por un juez que adecue sus funciones a las necesidades que impone el Estado Constitucional.

Se trata de superar el modelo tradicional del juez como *máquina de subsunción* del caso particular en la regla general expresada en un texto normativo como el legal. El texto no puede estar por encima del intérprete, y con ello no se propone un subjetivismo caprichoso[33]. El texto normativo no debe concebirse bajo esquemas cerrados; como expresión objetivada se emancipa de la voluntad del creador[34], para luego ser dotado de significación concreta por parte del intérprete, se libera de su creador y se transforma en un ser objetivo[35], sin que pueda ser desconocida una zona determinada en el texto que siempre fija unos límites en el operador jurídico para poder interpretar de manera coherente. Una buena interpretación no violenta el texto, empero, realiza los principios constitucionales, sin acudir exclusivamente a las premisas de la lógica formal, construidas sobre modelos exclusivamente deductivos.

Es en esta sujeción del juez a la Constitución y, por tanto, en su rol de garante de la principios y derechos fundamentales que sus normas sustancialmente establecen, donde radica uno de los principales fun-

---

33 No se postula un mero decisionismo judicial, el que sólo puede generar inseguridad e incertidumbre.

34 En ese sentido señala CALAMANDREI que: "la ley es como un hijo que abandona la casa paterna para ir al encuentro de la vida, defraudando o sobrepasando todas las esperanzas del padre" citado por CASTILLO ALVA, José Luis, *Razonamiento Judicial*, Edit, Gaceta Jurídica. Lima. 2004, p. 38

35 Ibídem. CASTILLO ALVA, José Luis, p. 38

damentos que legitiman la función jurisdiccional en una democracia constitucional. Ser garantista, en esta línea, no es exigir una posición heroica, sino simplemente ser consecuente con el techo ideológico liberal del Constitucionalismo. Se trata de exigir que los operadores jurisdiccionales asuman como programa jurisdiccional mínimo la plasmación de la Constitución y superen el recelo por aceptar operativamente el carácter normativo de la Constitución. El juez, interpreta, en perspectiva de rescatar el pluralismo y la diversidad cultural de nuestras sociedades y, así con la correspondiente decisión judicial, en armonía con los postulados esenciales de un Estado Constitucional, democrático, pluralista y tolerante lograr la justicia del caso por medio de resoluciones que expresen su capacidad de adecuar los textos a los hechos. Se conecta, por tanto, de manera coherente el signo contenido en el texto con el caso, con la vida misma, lo que supone destruir el positivismo neutral y dogmático[36].

Se debe fomentar el rol de los jueces en el nuevo paradigma, venciendo los recelos que se levantan en contra de un presunto activismo judicial; se debe, ayudar a la Magistratura explicándole su rol en el Estado Constitucional de Derecho[37] y capacitándola en la argumenta-

---

36 Desde esta perspectiva el positivismo se observa como un cadáver para efectos de la vida jurídica, aunque siga emanando su pestilencia.

37 Es muy alentador el contenido del Oficio Circular No. 021-2007-SG-CS-PJ, de fecha 17 de enero del 2007 remitido por la Secretaría General de la Corte Suprema, entre sus fundamentos señala que "Hoy en día los jueces no sólo están sometidos a la Ley, como en el primigenio Estado Liberal de Derecho, sino, y con mayor intensidad, a la Constitución, da la plena virtualidad jurídica de esta última, su eficacia vinculante frente a los particulares y a todos los poderes públicos. Este extremo ha sido y es doctrina jurisprudencial constante y uniforme de nuestro Tribunal Constitucional. A ello debe entonces aunar sus más grandes esfuerzos el Poder Judicial en tanto depositario no sólo de la jurisdicción constitucional, la cual comparte con el Tribunal Constitucional, y por las exigencias mismas del Estado Constitucional y Democrático de Derecho, del cual la judicatura ordinaria constituye un ente titular."

ción, ponderada y razonada, de cada caso que comprometa los derechos fundamentales como la libertad. Es menester demostrar que el Derecho puede aproximarse a un sistema cuando los valores y principios constitucionales se irradian hacia todos los confines del régimen normativo.

3. JURISDICCIÓN E INTERPRETACIÓN

Desde una perspectiva teórica, este problema ha sido regularmente abordado. El problema se presenta en la casi nula aplicación por parte de los operadores judiciales, en razón de "la ausencia de una tradición judicialista comprometida con la defensa de la Constitución y, por tanto, con las técnicas de control de constitucionalidad, ciertamente se han reflejado en la jurisprudencia nacional"[38].

Es consustancial a la labor interpretativa determinar, *prima facie,* si una ley es conforme a la Constitución, así se afirma que: "El poder de los tribunales de resolver sobre la constitucionalidad de las leyes es de la misma esencia de la función judicial. Según la famosa expresión de Marshall, es terminantemente de la incumbencia y el deber del departamento judicial interpretar la ley. **El poder de interpretar la Ley (...) necesariamente implica el poder de determinar si una ley es conforme con la constitución."**[39] Y la conformidad con la Constitución "no sería lo que es sin los derechos fundamentales"[40].

---

38 CARPIO MARCOS, Edgar, Segundo Curso de Formación: Código Procesal Constitucional, *"Modulo 4: Control Difuso e Interpretación Constitucional.* AMAG. 2004, p. 27

39 BERNARD Schuartz. *Los poderes del gobierno. Poderes federales y estatales.* Tomo 1. UNAM. México. 1996, p. 528. (el resaltado es nuestro)

40 PÉREZ LUÑO, señala: "las normas que sancionan el estatuto de los derechos fundamentales, junto a aquellas que consagran la forma de Estado y las que establecen el sistema económico, son las decisivas para definir el modelo de constitucional de sociedad" (PÉREZ LUÑO, Enrique. *Los Derechos Fundamentales.* Quinta Edición. Edit. Tecnos. Madrid.1995, p. 19)

Se pretende la observancia radical del Estado Constitucional de Derecho; se orienta a la inaplicación de normas legales contrarias a la Constitución. En todo caso dentro del marco de la Constitución alternativamente se propone críticas a una determinada forma dominante de interpretación y consiguiente aplicación expresada en su más clara manifestación: *el formalismo jurídico.* El constitucionalismo alternativo no pone énfasis en las clásicas formas de interpretación y propuesta de dogmática que se agotan en meras operaciones de deducción formal. Se trata de la aplicación radical de las normas constitucionales.

Ciertamente existe consenso en aceptar operativamente el carácter normativo de la Constitución y la sujeción interpretativa, de cualquier norma del ordenamiento jurídico, siempre desde la Constitución. Empero recién se presenta un problema insoluble en muchos casos. En efecto sería iluso sostener que considerando a la Constitución como prisma interpretativo las respuestas siempre serán únicas y correctas. La pluralidad de percepciones que tenga cada operador intérprete va a determinar una pluralidad de métodos de interpretación y todas estas pueden dar distintas respuestas, todas jurídicamente aceptables.

Es cierto que existe una aceptación casi consensuada de adoptar posturas garantistas al conceptuar a la Constitución como el único referente de interpretación judicial y el único parámetro de legitimidad o ilegitimidad de la norma. Sin embargo, es tarea pendiente el esfuerzo por superar la neutralidad y el dogmatismo incorporando la realidad y su proceso histórico en la intelección del derecho, aprendiendo a leer el derecho de un modo distinto a los textos legales[41].

Se presenta una pluralidad de percepciones respecto del contenido axiológico-valorativo de la Constitución, y, ello constituye un serio problema[42]. Se pretende encontrar un contexto valorativo común y se

---

41 No se trata de entender el uso alternativo como la posibilidad de distintas interpretaciones de un texto legal para los efectos de ganar pleitos.

42 Se afirma que se genera cierta inseguridad, en ese sentido PÉREZ LUÑO, cita a FORSTHOFF: "cuando la interpretación de los derechos fundamenta-

postula –de manera genérica– el que subyace en la Constitución y los Derechos Humanos; sin embargo, este marco axiológico de referencia es muy amplio, no es posible considerar que la Constitución contenga un marco normativo que amalgame valores sociales antagónicamente contrapuestos. El discurso es ciertamente sugerente, pero se queda en una suerte de pretendida aprehensión de valores etéreos. Se señala: "en el mundo moderno una determinada concepción de la moralidad, una moral de la libertad y de la dignidad, y una concepción política –también propia del mundo moderno, que asume esos valores morales y los convierte en valores políticos, los propios de una democracia pluralista, de un Estado social y democrático de Derecho– coinciden en un ordenamiento cuyos valores jurídicos son los derechos fundamentales (...)"[43]; no obstante, se tiene que dejar claro que estos estándares valorativos son muy amplios, demasiado genéricos para solucionar problemas de una realidad histórica concreta. De nada sirve una Constitución atiborrada de principios y valores respecto de los cuales sólo existe coincidencia terminológica pero no conceptual.

Sin embargo, ese nudo problemático viene a constituir la clave de bóveda, para aceptar como legítima, desde una perspectiva constitucional un pluralismo interpretativo que nos aproxime al uso alternativo del derecho[44] con una definida posición de justicia material para los vulnerables económicamente.

---

les deja de ser una actividad jurídica basada en normas, para convertirse en una tarea filosófica de intuición de valores, el propio proceso interpretativo pierde su racionalidad y evidencia y amenaza la propia certeza de la Constitución" (PÉREZ LUÑO, Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Quinta Edición, Edit. Tecnos. Madrid. 1995.)

43 PÉREZ LUÑO, Enrique, Op. Cit, p. 62

44 Como señala PÉREZ LUÑO, de la denuncia de la politización en la aplicación de la Constitución, manifestada en el predominio de los intereses de la clase dominante o burguesa en la aplicación del derecho. Para evitar esta situación la postura alternativa se pronuncia por una interpretación que potencie y extraiga las máximas consecuencia prácticas permitidas por la norma constitucional, a través de una interpretación avanzada de sus principios

4. UN PARADIGMA CONSTITUCIONAL DEL PROCESO PENAL

La construcción del modelo procesal no supone sólo un cambio de disposiciones normativas que regulan el procedimiento penal, tampoco una variación nominal de un modelo inquisitivo a un modelo acusatorio procesal, sino un cambio profundo del paradigma de la forma de hacer justicia penal, un cambio ideológico que supondrá no sólo una revisión de las prácticas operativas desarrolladas por los operadores del sistema penal; sino lo más difícil, *un cambio cultural*. Éste último aspecto es el más complejo y, seguramente el que inercialmente opondrá una fuerte resistencia a un cambio de paradigma, a un cambio ideológico dado que el operador penal generalmente no es consciente de ello y asume como generalmente válida la ideología procesal vigente.

Cuando se insiste en un cambio cultural e ideológico paradigmático no se indica cuál es el contenido ideológico de recambio. Digámoslo de una vez: es la ideología del neoconstitucionalismo y su compromiso práctico en la construcción de un Estado Constitucional de Derecho que se corresponde directa y esencialmente con la constitucionalización del ordenamiento jurídico.

El modelo acusatorio procesal sólo se corresponde con un Estado Constitucional. No es posible construir un modelo procesal constitucionalizado en un contexto de un sedicente Estado Legislativo. El modelo procesal penal constitucionalizado no corre, no puede desarrollarse en un contexto de un Estado Legislativo y de un Ordenamiento Jurídico de puras reglas legales. Es un modelo procesal constitucionalizado. Y ese es el término con el que debemos de identificar el modelo a construir.

Se trata de la construcción de un modelo procesal orientado a la reducción y contención del poder punitivo y asumir decididamente que,

---

y cláusulas más progresistas. (PÉREZ LUÑO, Antonio. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid. Tecnos. 1995, pp. 249-283)

en el Estado Constitucional de Derecho, fundamento del Derecho Procesal Penal debe ser la seguridad jurídica de los ciudadanos, amenazada por el ejercicio ilimitado del poder punitivo. Así, el Derecho Procesal Penal se convierte en la rama del saber jurídico que, mediante la interpretación de las leyes procesales penales, propone a los jueces un sistema orientador de decisiones que contengan y reduce el poder punitivo, para impulsar el progreso del Estado Constitucional de Derecho.

La línea ideológica constitucional es clara: su objetivo **"La constitucionalización de la justicia penal".** Y sólo se logrará a través de un proceso penal constitucionalizado. La ubicación ideológica constitucionalizada determina la asunción de distintos métodos de interpretación. Es cierto que la ideología neoconstitucional no es homogénea; sin embargo, se legitima porque propone una práctica judicial distinta a la tradición legalista, fundamentada en un hecho incontrovertible: si toda decisión judicial de un hecho conflictivo se fundamenta en la aplicación de normas previamente elaboradas por un órgano de naturaleza política –Congreso–, entonces, indudablemente la aplicación del derecho a un caso concreto tiene necesariamente implicancias políticas. Desde esta perspectiva no es aceptable la pregonada unidimensionalidad del normativismo que ve al derecho como una entidad independiente de la sociedad.

5. LA AUTONOMÍA DEL PROCESO PENAL CONSTITUCIONALIZADO

Para la configuración y construcción de un proceso penal constitucionalizado, se debe dejar de lado la concepción instrumental del proceso; en efecto, desde la perspectiva de los partidarios del legalismo lo central no es el derecho procesal sino el derecho material; esa es la razón por la que sin ningún rubor emplean el término *"adjetivo"* para referirse al derecho procesal y el término *"sustantivo"* para referirse al derecho material. Obviamente este empleo terminológico corresponde a un definido paradigma, aquel que considera que el Proceso es un mero instrumento para la realización del derecho material y que, por tanto, se encuentra supeditado a la realización de ese fin. Este carácter instru-

mental del derecho procesal está íntimamente vinculado a una concepción legalista del derecho. Desde esa perspectiva, el mayor dominio de los dispositivos legales permitirá un mayor manejo del instrumento. Legalismo e instrumentalismo están coimplicados, el resultado de ambos es el *procedimentalismo*.

En la construcción del nuevo modelo procesal es necesario diagnosticar este viejo procedimentalismo y ser claros en señalar que este paradigma es actualmente el predominante; en tal sentido la preocupación de los legalistas de siempre, será el conocimiento obcecado de los dispositivos normativos y, por ello, los principios pasan a un segundo orden de importancia peor aún son prescindidos intencionalmente.

El nuevo paradigma de un proceso cognitivo constitucionalizado reclama su autonomía, pero no solo sobre la base de los presupuestos procesales[45], el derecho procesal adquirió autonomía. Esta razón que exponen los procesalistas ciertamente es necesaria pero no es suficiente para demostrar un paradigma distinto al *instrumental legalista*.

Las razones que se deben evaluar para construir un nuevo paradigma tienen que tomarse de la realidad; no se pueden construir conceptos jurídicos y sus razones sin datos de la realidad. En esta línea, se tiene que partir de una constatación real, que la violencia punitiva estatal tiene predominantemente presencia extra proceso; en efecto, las expresiones de violencia estatal se han manifestado en su crudeza desde los genocidios, desapariciones forzadas, torturas, etc. que fueron la expresión configurada de una violencia estatal sin límites. En ese sentido, los ciudadanos víctimas de esa violencia tenían un derecho a un Proceso (debido proceso y tutela jurisdiccional); el proceso aparece como un extraordinario catalizador de contención y filtro de la violencia punitiva. Si el Estado quiere punir que lo haga, pero que esto sea a través de un proceso es lo mínimo que reclama el afectado quien tiene derecho a que sea en un Proceso donde se declare su culpabilidad y sea enjaulado, pero nunca desaparecido extra proceso.

---

45 Propuestos por Oscar Von Bülow.

Qué duda cabe que desde esta perspectiva el proceso adquiere un redimensionamiento cualitativo, pues su exigencia de ejercicio democrático permite que los ciudadanos opongan este Derecho al Proceso cuando tengan el riesgo de sufrir en persona la violencia estatal. En esta línea, el reclamo de la autonomía del proceso recién adquiere sentido.

Esta característica democrática del proceso, está consustancialmente vinculada con los principios constitucionales. No es posible construir este nuevo paradigma desde la legalidad, solo es posible su configuración conforme la Constitución. El proceso desde esa perspectiva, deja de ser un mero instrumento de realización del derecho penal material y pasa a convertirse en un plexo de valores que filtra y resiste la violencia estatal punitiva. Esta perspectiva constitucional obviamente no puede hacer sentido en la cabeza de los legalistas pues su *perspectiva estatutaria* del derecho los lleva a considerar que este paradigma de un nuevo proceso sólo genera impunidad.

Este nuevo paradigma tiene directa operatividad, dado que se asume en serio una justicia procesal, así en el caso de la prueba prohibida es indiscutible que en un supuesto en el que se haya probado la realización de un hecho delictivo; sin embargo, aplicando justicia procesal se le tendrá que absolver porque ese material probatorio será excluirlo en razón de constituir prueba ilegítima.

6. A MANERA DE SÍNTESIS

Asistimos a una coyuntura histórica: el tránsito del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional, en el que las leyes se subordinan a los principios constitucionales y los jueces también, este es un contexto que determina un nuevo paradigma, una nueva reubicación del juez tanto ideológica como funcional.

En ese orden, se debe vincular legitimidad con legalidad. La sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera sea su significado; sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución. Allí radi-

ca, sustancialmente, el fundamento de la legitimidad del nuevo proceso penal. En esa línea, el proceso penal tiene la carga de sostener la vigencia irrestricta de los derechos fundamentales, pues no son otra cosa los principios constitucionales, que constituyen la plasmación normativa de un compromiso activo de superación de las desigualdades y de las injusticias. Estas circunstancias sitúan al juez del modelo constitucional en una posición de activismo para la consecución de fines constitucionalmente legítimos.

Con todo ello, el espacio de intervención jurisdiccional se ha ampliado, es la asunción de los valores constitucionales, lo que determina la reconceptualización de la pregonada neutralidad del juez. Ciertamente, ese concepto de neutralidad que cierra los ojos a la Constitución, está marcado por la prevalencia del derecho de los códigos y leyes sin espacio alguno para los principios y los valores constitucionales.

La ausencia de formación constitucional y el hiperlegalismo de los jueces, la ideología burocrática, las rigideces procesales, normalmente van de la mano con ideologías verticales y señoriales. En realidad detrás de esta concepción formal de aparente neutralidad, se oculta una alta carga ideológica. Se pretende un cambio ideológico que condicione un cambio de actitud de los operadores jurisdiccionales.

El cambio de actitud no supone sólo la capacitación académica de nuestros jueces, que en un momento determinado aparecía como uno de los rasgos más importantes en un proceso de reforma. Pero, hoy por hoy, el cambio de actitud supone un compromiso constitucional con la construcción de un proceso penal democrático, distante del legalismo trasnochado que impera actualmente. Empero, no se puede construir un proceso penal constitucionalizado con decisiones que son muestra muchas veces de verticalidad y autoritarismo porque es parte de la superestructura mental de muchos jueces, que conservan rasgos inquisitivos, autoritarios y paternalistas, que generalmente van de la mano con la errada idea de que el cargo de juez es un título nobiliario. Curiosamente esa concepción va de la mano con prácticas formalistas y formularias que consideran satisfacer el servicio de justicia con un rigorismo formal extremo, formulismos que anquilosan, formulismos

causantes de moras y demoras que distorsionan el sentido de una justicia democrática. Ciertamente, somos pensados, y lamentablemente muchos de nosotros nos pensamos, como repetidores y reproductores de un estado inamovible de cosas, temerosos del cambio y de la transformación, fieles modelos de jueces mantenedores del sistema social, reproductores de viejas y seculares prácticas formales

Capítulo II
Interpretación y construcción del modelo procesal

"Todas las cosas están sujetas a la interpretación de lo que la interpretación se impone en un momento dado es una función del poder y no de la verdad"

Friedrich Nietzche

Sumario: *1. La sociedad como sistema o conflicto – 2. Concepción del derecho e interpretación – 3. Teorías interpretativas – 4. Entre el cognoscitivismo legal y la ideología constitucional – 5. En síntesis*

La construcción del Nuevo Modelo Procesal tiene como insumo básico a los dispositivos normativos del Nuevo Código Procesal Penal (en adelante, NCPP). De hecho este factor normativo condiciona y vertebra la actividad constructiva del nuevo modelo; en este contexto, la actividad interpretativa es intensa, móvil y da lugar a que los intérpretes ***atribuyan*** distintos significados normativos a los dispositivos del Código. Cada uno de los intérpretes considera válida su interpretación desde sus *diferentes posiciones axiomáticas de interpretación*.

Un debate que considere sólo los resultados interpretativos – efectos interpretativos– de los dispositivos normativos del NCPP es inútil e ingenuo; pues nunca se llegaría a una convención interpretativa. Es necesaria la realización de un *meta-debate* sobre la teoría de la interpretación[1], que tenga como presupuesto una concepción de la sociedad y del Derecho, que permita evidenciar la adscripción, consciente o inconsciente, a una determinada concepción y desnudar las orfandades de los reductivismos interpretativos legalistas ya superados.

1. LA SOCIEDAD COMO SISTEMA O CONFLICTO

La concepción de sociedad que se tenga determinará: **i)** la adscripción a determinada concepción del derecho, y **ii)** la teoría de la in-

1 Lo señalado pone de relieve un aspecto central en la Teoría General del Derecho esto es la Teoría de la Interpretación, lamentablemente ajena a las

terpretación que se asuma. En ese orden es claro que la concepción que tenga el operador jurisdiccional respecto del Derecho Procesal incidirá directamente en la interpretación de los dispositivos procesales.

1.1. La sociedad como sistema

Si conceptualmente se asume que la sociedad es un sistema armónico y de concordia, donde cada integrante funcionalmente cumple su rol (el legislador: legisla; el juez: juzga, etc.)[2], entonces se estima pacíficamente que el NCPP es una producto acabado, coherente y pleno, elaborada por el legislativo, pues funcionalmente se le ha asignado este rol[3], por consecuencia, el rol del juez es ser un aplicador subsuntivista del derecho[4]. El Derecho –en este concepto– se conserva y se reproduce a través del deductivismo; por tanto, se considera al derecho como forma, ligado a la doctrina normativo-positivista que configura la ley como condición necesaria y suficiente para realizar toda calificación jurídica, en términos exclusivamente formales (subsuntiva).

Para esta concepción formalista, el derecho es una técnica social de convivencia humana, que se puede perfeccionar en relación un mo-

---

disciplinas universitarias como curso independiente y transversal; fundamentalmente en un sistema con las características del Civil Law.

2 Como señala Atienza: "La concepción funcional de la sociedad (...) parte de la consideración de la sociedad como un conjunto de elementos en equilibrio. La sociedad se concibe esencialmente como un *sistema,* compuesto por diversos elementos –instituciones- que se coordinan e integran entre sí con el fin de preservar y mantener la unidad de la sociedad, el orden social" (ATIENZA, Manuel, *Introducción al Derecho*, Editorial Club Universitario, 1985, Alicante España, p. 57)

3 Conforme a la Teoría Estatalista del Derecho.

4 La concepción formal de la libertad es entendida como pura ausencia de vínculos en el obrar especial y, por otro, la de la igualdad formal o legal de los sujetos todos libres en la misma medida, prescindiendo de razones de carácter material. No tienen ninguna relevancia las desigualdades económicas y sociales, que se reducen a la esfera de lo jurídicamente irrelevante. La forma del derecho se asume como valiosa en sí misma.

delo de sociedad, pero siempre como instrumento técnico que asegura y garantiza imparcialmente la paz social y la convivencia ordenada[5]. Es la razón por lo que el positivismo jurídico excluye cualquier dimensión axiológica y toda connotación política de los contenidos normativos concretos, para que éstos sean determinables en función de los intereses predominantes. Esta es la concepción ideológica que impera.

De aquí se deriva: i) el principio de la *naturaleza científica y neutral del derecho* formal, ii) el deber de absoluta *fidelidad del juez a la ley* del Estado, y iii) la aceptación del *carácter meramente técnico de la actividad jurisdiccional*[6].

1.2. La sociedad como conflicto

Desde una perspectiva del conflicto se asume una concepción de sociedad basada en datos de una realidad[7], con tensiones y distensiones en permanente pugna, multicultural, marginal, oprobiosa y cambian-

---

5 Al respecto dice Óscar CORREAS, "Los derechos humanos suelen ser invocados en tal carácter de referente común a todos. Pero siempre se supone que se trata de una sociedad homogénea, cuyos miembros, por tanto, aceptan los mismos valores. Pero eso es falso. No hay tal. Porque las clases sociales antagónicas creen en valores distintos" (CORREAS, Óscar, *Metodología Jurídica I, Una Introducción Filosófica*, Editorial Fontamara, Primera Edición 1997, Segunda reimpresión 2003, México, p. 178)

6 Por lo tanto, conferir rigor, coherencia y completud al ordenamiento, que no es otra cosa que hacer unívocos todos los elementos de ambigüedad presentes en los textos normativos, conciliar dentro de ellos las normas contradictorias, colmar las lagunas que pudiese tener, constituye la función primaria que históricamente ha asumido el jurista.

7 Señala Atienza que: "A diferencia de la concepción funcionalista, la concepción conflictualista parte de un punto de vista crítico respecto de la sociedad (al menos con respecto a la sociedad actual). Lo que caracteriza a la sociedad no es ya la noción de sistema en equilibrio, sino más bien la idea de desigualdad, lucha por el poder, desigualdad, inestabilidad. (ATIENZA, Manuel, *Introducción al Derecho*, Editorial Club Universitario, 1985 Alicante España, p. 71)

te[8]. Solo con datos de la realidad es posible asumir una postura crítica en contra de los postulados de imparcialidad del Estado y neutralidad del derecho estatal que disocian las connotaciones económico-políticas de los contenidos jurídicos. Desde esa perspectiva, no es posible concebir a un legislador omnisciente, omnipotente, racional, coherente y omnicomprensivo[9] que pueda abarcar todos los posibles conflictos que se pueda genera en una sociedad en permanente conflicto y cambio, colocado en todas las condiciones como para prever cada uno de los conflictos particulares en una sociedad tan heterogénea como la nuestra. Desde esta perspectiva, la actividad subsuntiva[10] es muy pobre para

---

8 Señala Óscar CORREAS, que: "Posiblemente no hay ejemplos anteriores de una sociedad como la capitalista, educada de tan aberrante manera en la insolidaridad, la competencia salvaje, la violencia, el odio, la crueldad, el racismo" (CORREAS, Óscar, Ibidem., p. 178)

9 Señala Nino, "Como ya lo habíamos señalado, los legisladores reales, mortales de carne y hueso, no tienen esas características. En los sistemas políticos de distribución del poder son muchas y no sola una persona la encargada de sancionar normas jurídicas..." (NINO, Carlos Santiago, Consideración sobre la Dogmática Jurídica, 1984. UNAM, México, pp. 86 y 87)

10 Señala Laso PRIETO que: "La tarea interpretativa y aplicadora del Derecho, ha sido entendida tradicionalmente como un trabajo de subsunción del hecho en la norma. Empero, hay que renunciar a que la determinación de los hechos sea objetiva, pues son manipulados por los conceptos o principios generales, que se aceptan, y que han sido elaborados partiendo de un sistema de normas jurídicas que representan los intereses de las clases dominantes. En esta perspectiva, toda no es una operación puramente lógica sino también condicionadas socialmente, en cuanto implica siempre opciones sobre lo que es esencial o accidental. En consecuencia, mantener que la interpretación y aplicación del Derecho es una tarea científica, implica una posición ideológica. En contraposición, partiendo del carácter ideológico de la aplicación del Derecho, es posible un *uso alternativo* del mismo que desenmascare esa pretendida cientificidad y defienda los intereses de las clases subalternas. La necesaria base ontológica para lograr ese propósito es proporcionada por el hecho de que los sistemas jurídicos no son más que un conjunto compacto de normas, sino entidades discontinuas plagadas de fisuras originadas por las contradicciones que se derivan en cada caso de

abarcar la complejidad de los conflictos que se generan en el seno de una sociedad que bulle en contradicciones.

En esta perspectiva se considera que la actividad interpretativa está preñada de una carga axiológica, puesto que las conquistas históricas de los movimientos sociales se manifiestan efectivamente en contenidos normativos constitucionales y se colocan en radical oposición con quienes postulan una concepción del derecho que se agota en las estructuras formales del formalismo positivista[11].

Por coherencia con éste concepto de sociedad, la actividad judicial es de permanente creación y recreación del derecho conforme a esa realidad social en permanente contradicción y, por consiguiente, en constante y eterno cambio[12]. Por tanto, la Magistratura democrática, en su labor interpretativa, no asume una concepción de sociedad como sistema -en plena concordia y armonía- preocupada solamente por la igualdad formal de los ciudadanos dentro del derecho, sino que debe considerar los datos de la realidad que muestran una sociedad con integrada por grupos sociales plurales y desiguales materialmente, con intereses diversos y en permanente tensión y distensión.

2. CONCEPCIÓN DEL DERECHO E INTERPRETACIÓN

La concepción del derecho está determinada por la concepción de sociedad, en efecto, en el contexto de la vieja inquisición y su forma de hacer justicia penal no había mayor cuestionamiento a las interpretaciones literales de los dispositivos, finalmente se imponía el viejo bro-

---

los diversos resultados de la lucha de clases" (LASO PRIETO, José María, Sobre la Teoría del Uso Alternativo del Derecho" http://www.nodulo.org/ec/2007/n067p06.htm) (consultado el 2007-10-24)

11 AGUILERA ESTRADA, Agustín, Revista Virtual Vinculo Jurídico Revista 16, Octubre-Diciembre,1993 http://www.uaz.edu.mx/vinculo/webrvj/rev16-5.htm (consultado el 2007-10-24)

12 La actividad interpretativa que realice requiere de instrumentos que capten una realidad móvil, dinámica y contradictoria.

cardo *"Dura Lex Sed Lex"*, porque se partía del concepto de una sociedad como sistema; sin embargo, la coyuntura de la construcción del modelo procesal penal ha creado una oportunidad inmejorable para un debate y posicionamiento en la concepción del Derecho. En efecto, no se afronta solamente problemas de carácter normativo – teórico, sino que éstas tienen directa implicancia en la práctica de los operadores penales -jurisdiccional, fiscal, policial y de defensa.

En la coyuntura de la construcción del nuevo modelo procesal, cualquier divergencia -conceptual u operativa- parte necesariamente de la concepción del Derecho del operador intérprete: *la concepción del Derecho que asuma el operador intérprete determina la opción por una particular teoría de la interpretación*. Una concepción del Derecho que se agota en las reglas, es presupuesto de una teoría subjetiva de la interpretación que tiene como objeto sólo del texto de las reglas, ajena cualquier tipo de consideración de valores y principios constitucionales. Una concepción del Derecho que integra valores, reglas y praxis, determina una teoría objetiva de la interpretación, que abarca como objeto de interpretación el complejo integrado por principios, reglas y el contexto factual, que será impactado directamente con el resultado interpretativo[13].

2.1. El derecho como regla

La grita pontifical de quienes señalan que el Código Procesal Penal ya está construido, no tiene nada de nuevo; es el reclamo de siempre, de una concepción normativa del Derecho[14]. Conceptúan al Derecho Procesal sólo a los dispositivos del Código Procesal Penal. En efecto, en esa perspectiva reiteran con suficiencia categórica que el Código Procesal

13 Y es así porque la formulación de una pretensión punitiva la resistencia libertaria o la decisión judicial son derecho real.

14 En esa perspectiva señala DIEZ PICAZO el derecho "...es una formalidad abstracta y general, con un valor universal, que pretende ahormar las conductas humanas para que en el futuro se ajusten a modelos preestablecidos" (DIEZ PICAZO, Luis, *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*, Editorial Ariel, primera edición, segunda reimpresión 1975. Madrid, p. 8).

Penal está construido, que es un producto de la actividad legislativa. Con ello se agotó –para esta perspectiva- todo problema de construcción del modelo *Procesal Penal.*

Precisamente frente a su pobreza conceptual pretenden hiper racionalizar[15] los dispositivos normativos, abarcando como objeto central del derecho la estructura de la regla -*supuesto de hecho su consecuencia jurídica y el nexo lógico entre ambos*-; postulan plenitud y coherencia del NCPP; afirman una pureza del objeto del derecho, ajena a cualquier contaminación práctica y valorativa; asumen un frío racionalismo maquinal[16]. Esta estrecha perspectiva ha llevado a preocupaciones matematizantes del concepto Derecho; la preocupación neurótica son los números y los cálculos estadísticos[17].

Los exegetas del NCPP consideran que el Derecho son sólo reglas, por esa razón optan por una teoría subjetiva de la interpretación que agota su objeto en los dispositivos normativos; de la misma manera como el formalismo exegético del siglo XIX agotaba su labor interpretativa sólo en el texto[18]; y ponían énfasis en la teoría subjetiva de la interpretación.

---

15 Óscar CORREAS, al respecto señala: "El racionalismo absoluto representa la soberbia humana en su más lato grado de desarrollo. Significa la reducción del mundo a las reglas del pensamiento" (CORREAS, Óscar, Ibidem, p. 59)

16 Con agudeza Óscar CORREAS, señala que: "Este racionalismo absoluto genera lo que se denomina *absolutismo ético*. Su fundamento está en la concepción según la cual todo tiene un *logos*, un orden, y la violación de ese orden es lo *malo*, lo que debe ser reprimido. (CORREAS, Óscar, *Metodología Jurídica I, Una introducción filosófica*, Editorial Fontamara p. 65, Primera Edición 1997, segunda reimpresión 2003, México)

17 SALAS ARENAS, Jorge, "Bases para la Determinación Racional de los Límites del Procesamiento Penal Acusatorio" aparece en: Instituto De Ciencia Procesal Penal.

18 NINO, para graficar este pensamiento, cita a distinto autores decimonónicos: Laurent decía: "Los Códigos no dejan nada al arbitrio al intérprete. Éste no tiene ya por misión hacer el derecho. El derecho está hecho. No existe incertidumbre pues el derecho está escrito en textos auténticos" Bugner afirmaba:

Cualquier postura divergente al sentido de la literalidad del texto procesal es vista con peligro[19]; y por ello condiciona posturas de intolerancia. El racionalismo intolerante pretende cuestionar cualquier propuesta de un enfoque distinto al tradicionalmente reglamentarista. En efecto, no admiten opiniones diversas. Su intolerancia y obcecación les impide admitir que tienen que recurrir precisamente a la propia práctica de los operadores penales para encontrar sentido a lo que concebían como Derecho Procesal. Cualquier objeción a su focalización en los dispositivos normativos trae como consecuencia posturas soberbias pletóricas de intolerancia[20].

2.2. El Derecho como praxis, principios y reglas

Desde una concepción compleja del derecho se tiene un contenido conceptual más amplio; es Derecho Procesal no sólo las reglas sino también la praxis, los principios y valores constitucionales; en ese orden, se amplía el espectro de la actividad interpretativa pues considera objetivamente el contexto factual que hace sentido al texto, pero con un significado siempre conforme a la Constitución. La actividad interpretativa, por consiguiente, cobra otro significado; no se trata ya de la mera asignación de un sentido a la literalidad del dispositivo normativo sino de una actividad más compleja, más performática, que necesariamente abarque el texto del dispositivo, pero centralmente el contexto, y los va

---

"No conozco derecho civil, sólo enseño el Código de Napoleón". Demolombe se exaltaba: Mi divisa, mi profesión de fe es la siguiente: ¡Los textos ante todo¡. Audbry describe así la nueva ideología: "La ley toda, tanto en su espíritu como en su letra, con una extensa aplicación de sus principios y el más completo desenvolvimiento de sus consecuencias, *pero nada más que la ley*, tal ha sido la divisa de los profesores del Código de Napoleón..." (NINO, Carlos Santiago, Ibidem).

19 De los múltiples sentidos que se puede asignar a los dispositivos procesales.

20 Se pregunta Óscar CORREAS, ¿Por qué decimos que el racionalismo absoluto es soberbio? Porque suponer que el mundo es necesario, como hemos visto, significa que puede ser entendido, captado por la razón, encerrado en los límites de la lógica. Es la pretensión según la cual todo lo existente es de la medida humana (CORREAS, Óscar, Ibidem, p. 59)

lores constitucionales; en esa tensión tiene lugar una permanente redefinición de los conceptos que integran el saber procesal de contención.

Desde esta perspectiva, el Código Procesal Penal no agota el concepto del Derecho Procesal Penal[21], éste es mucho más; son las prácticas de los operadores penales en los diferentes actos procesales en los que intervienen, formulando una pretensión punitiva o una resistencia libertaria, son los valores y principios constitucionales como la libertad, la igualdad, la defensa etc. Por tanto, este concepto complejo del Derecho procesal permite sostener materialmente la realidad de la construcción de un modelo *Procesal Penal constitucionalizado*; es significativo, entonces, hablar de prácticas -buenas o malas- porque finalmente son expresiones a las que se asigna efectos jurídicos.

La coyuntura exige la construcción de un saber procesal, que no considere las reglas procesales como un producto que agota el derecho procesal penal[22], sino sólo como voluntad legislativa *-política-* insumo necesario para la construcción de un saber procesal de contención. Se propone una permanente construcción de saber procesal, que oriente una práctica realizadora de principios y valores constitucionales que den contenido valioso a las reglas procesales, siempre en clave política de contención del poder punitivo.

3. TEORÍAS INTERPRETATIVAS

3.1. Teoría subjetiva

Desde una perspectiva subjetiva[23] se considera que interpretar el texto de los dispositivos del NCPP, consiste en ***descubrir el significado***

---

21 En todo caso las reglas procesales son la voluntad política que reglamente el despliegue del poder punitivo.

22 "El derecho es fundamentalmente un conjunto de experiencias vividas, que la mayor parte de los casos son experiencias existenciales de decisiones o de serie de decisiones sobre conflictos de intereses" (DIEZ PICAZO, Luis, Ibidem, p. 8)

23 En esa línea la interpretación jurídica se define como la parte de la Teoría General del Derecho destinada a desentrañar el significado último del con-

de cada disposición normativa en el pensamiento del legislador[24]. Para interpretar una disposición normativa del NCPP debe tenerse como punto de referencia sólo el texto del dispositivo con el propósito de desentrañar o descubrir la voluntad del legislador. Entienden que lo que se manda en la NCPP es la voluntad del legislador *(mens legislatoris)*, quien es su autor, y que la disposición normativa sólo es un medio o instrumento para expresar ese mandato; entonces el intérprete debe llegar a lo que el legislador quiso decir para interpretar correctamente el dispositivo[25]. La interpretación subjetiva se corresponde con el Estado Legislativo, parte de ficción de un legislador racional, singular, imperecedero, único, conciente, finalista, omnisciente, omnipotente, justo, coherente, omnicomprensivo, operativo y preciso, características propias del primer poder del estado, el Congreso. Este mítico legislador racional no se equivoca, tiene todas las respuestas y se pone en todas las situaciones, de tal manera que produce normas infalibles, abarcativas, justas, completas y coherentes[26]. No vamos a referirnos a las características del Legislador racional porque sobra decir que es una

---

tenido de las normas jurídicas cuando su sentido normativo no queda claro a partir del análisis lógico-jurídico interno de la norma.

24 CASTILLO ALVA, sostiene que la teoría subjetiva apunta a la finalidad que tuvo el legislador histórico (CASTILLO ALVA, José Luis: "Razonamiento Judicial", Editorial Gaceta Jurídica, Primera Edición, Lima, 2004, p. 32)

25 "Frente a los textos escritos en general, y frente a los textos normativos en particular, la actitud que se adopta, sobre todo por las inteligencias no demasiado desarrolladas, es un actitud de total y absoluto respeto. Los textos poseen un valor mágico o sagrado. Son como una revelación de la que somos beneficiarios e imponen, por su misma índole, un acatamientos indiscriminado" (DIEZ PICAZO, Luis, Ibidem, p. 112)

26 Se crítica esta teoría porque no es posible determinar quién es el legislador cuya voluntad ha de ser interpretada, porque las personas e instituciones involucradas en la actividad de legislar son numerosas y constantemente modificadas o derogadas, ello hace imposible determinar cuál es la voluntad de legislador. Por otro lado, argumentan que las leyes suelen durar muchos años y se transmiten hasta por generaciones, produciéndose así un inevitable arcaísmo dado que los tribunales no deben sustraerse al espíritu de su

metáfora ficcional que sólo puede ser estimada por quienes tienen una ideología estrechamente legislativa, sólo diremos junto con NINO, que éste mítico legislador no es singular sino plural; no es imperecedero sino que son seres mortales; no es constante sino que los vaivenes políticos determinan las leyes con consenso interesado, no es finalista sino coyunturalista, no es omnisciente sino que sólo conoce las circunstancias del contexto temporal en el que se ubica, no es omnipotente sino que el sentido literal sólo tiene eficacia en un determinado tiempo[27], no necesariamente es justo dado que la justicia es concreta y es el juez que tiene que realizar el sentido de justicia.

En esa línea, el juez se reduce a una mera máquina de subsumir; es boca de la ley, y dado que el legislador ya abarcó todo en el NCPP, sólo corresponde al juez aplicar la ley sin interpretar. La actividad interpretativa objetiva pervertiría la ley[28].

Este juez esclavo de la ley procesal no puede adscribir o adjudicar sentidos normativos, esto sería un atrevimiento; a lo mucho debería atreverse a indagar qué quiso el legislador, dado que él ya lo pensó en expresión de estos fictos racionalistas: *"el legislador así lo pensó"*. Para evadir cualquier tipo de discusión usan como escudo el término *"el legislador así lo pensó"*. Con ello tratan de eludir cualquier debate; "si el legislador así lo pensó" no hay posibilidad de discutir ese sentido demiúrgico que él le asignó. El problema es que estos "racionalistas"[29] literales no señalan –siquiera- cuál es el procedimiento que utilizaron para

---

tiempo ni dejar de lado nuevas exigencias sociales, culturales, económicas, valorativas, etc.

27 Dice Diez Picazo: "Un texto jurídico que comporta evidentes ventajas, determina siempre una fosilización o una esclerosis. Y plantea un tema de interpretación, un agudo problema cuando esa estampa o ese grabado representativo de una vida o cuando esa estructura económica que traspase y que ésta en el fondo o en el sustrato experimenta alguna mutación (DIEZ PICAZO, Ibidem. p. 119)

28 *"Interpretar la ley es corromperla, los abogados las matan". Napoleón Bonaparte*

29 *Metodología de la Investigación,* CORREAS.

concluir que el legislador así lo pensó, no dicen si ese legislador mítico se posesionó espiritualmente en ellos y los iluminó con el único sentido interpretativo de los dispositivos normativos sino que se limitan a pontificar con profundidad sapiente ***"el legislador así lo pensó"***[30].

Por tanto, el pensamiento interpretativo racionalista subjetivo es pues idealista, porque a través de la adjudicación de un solo sentido ahistórico pretende captar una realidad cambiante[31].

3.2. Teoría objetiva

Consiste en reconocer o atribuir un significado o un sentido a ciertos signos o símbolos[32], **se interpreta las disposiciones jurídicas procesales, no las normas jurídicas**[33], GUASTINI diferencia "disposición" y "norma"[34], en esa misma línea, se debe subrayar que en todo precepto legal se puede distinguir: a) El texto o enunciado, es decir, el conjunto de palabras que integran un determinado precepto legal (disposición); y, b) el contenido normativo, o sea el significado o sentido de ella (norma).

La interpretación tendrá como objeto el texto o *enunciado lingüístico* y, en consecuencia, el producto de la interpretación será la *norma*

---

30 Señala DIEZ PICAZO: "La Ley escrita también es un oráculo y hay un espíritu, el espíritu de la ley, que habla por medio de los textos. Sólo en estadios más avanzados o en formas de culturas superiores, se dirá que la letra mata y que la letra tiene que ser tomada únicamente como una base de operaciones" (DIEZ PICAZO, Luis, Ibidem. p. 113)

31 Con acierto señala URBANO MARTÍNEZ que "con no poca frecuencia las formas jurídicas se ponen, no al servicio de la verdad y la justicia, sino de la mentira y la arbitrariedad" (URBANO MARTINEZ, José Joaquín, *Los Nuevos Fundamentos de las Pruebas Penales*, Editorial Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Colombia, Primera Edición, 2006, p.47)

32 VIGO, Rodolfo Luis, *Interpretación Constitucional*, Edit Lexis Nexos, Segunda Edición Buenos Aires 2004, p.13

33 Se tiene incluso que algunos consideran que se interpreta el derecho.

34 GUASTINI, Ricardo: "Disposizione vs. norma", en *Giurisprudenza Costituzionale*, Ciudad, 1989, pp. 3 y ss.

jurídica más no su objeto[35]. Aunque exista texto, el texto no es nunca la norma. La norma es preciso hallarla a través de la interpretación[36]. El Tribunal Constitucional ha considerado esta diferencia[37] y es aceptada por gran parte de la doctrina nacional.

Es claro que la interpretación, desde una perspectiva objetiva, consiste en asignar un significado pero con *contenido valorativo* a una disposición normativa; en efecto, una vez publicada la ley, ésta se desprende de sus autores y adquiere autonomía y significado en función del caso concreto al que se aplica. La norma se convierte en una entidad separada de su fuente directa[38], y esencialmente subordinada al medio social y a sus transformaciones, al que deberá corresponder[39].

---

35 La idea que se pueda determinar el significado de un significado es evidentemente absurda.

36 DIEZ PICAZO, Luis, Ibidem. p. 235.

37 Tribunal Constitucional del Perú, Expediente N° 010-220-AI/TC, 3 de enero del 2003, caso Marcelino **Tineo Silva** y Más de 5000 **Ciudadanos**, fundamento 34, se consultó la dirección electrónica: http://www.justiciaviva.org.pe/jurispu/Sentencia-Legislacion%20Antiterrorista.pdf

38 Los partidarios del *Objetivismo* consideran que lo que aparece redactado en la ley es lo objetivamente dispuesto como mandato, que una vez publicada la ley, ésta se desprende de sus autores y adquiere vida y espíritu propios, en consecuencia es la voluntad de la ley (mens legis) lo que debe *descubrirse*, porque en ella está lo objetivamente querido, se apoya en la forma como se originan las normas, en el valor de éstas consideradas en sí mismas, y en el carácter de los objetos culturales, para atribuir a la ley un sentido independiente de lo querido por su autor. Por ello, concluyen los *objetivistas*, que al ser puesta en vigencia la ley, se despoja ésta del pensamiento del legislador para ir a vivir una vida propia e independiente. De este modo, entendemos que los partidarios del objetivismo intentan decirnos que no simplemente tratan exponer la mejor tesis, sino sólo la más realista y sensatamente posible.

39 Sin embargo, los críticos de esta posición señalan que únicamente el aplicador del derecho sería el creador de las normas jurídicas; ya que, antes de la interpretación de los dispositivos normativos pues esta es producto de la actividad interpretativa.

Se considera necesariamente a la ley pero esta no es suficiente pues se parte de la constatación de los límites de los dispositivos normativos, como constructos lingüísticos presenta indeterminaciones, ambigüedades y vaguedades. Es en esa línea que corresponderá a los operadores intérpretes adjudicar o asignar un significado normativo a los dispositivos normativos. Se respeta–en serio– el principio de legalidad procesal al considerar la estructura lingüística del dispositivo no como una significación inmanente, sino como un constructo al que se le tienen que adjudicar o atribuir significado en base a dos pilares básicos: a) una interpretación conforme a la constitución y b) una asignación de sentido siempre conforme al caso concreto. Por consiguiente, se considera el principio de legalidad pero no se deidifica la ley sino que ésta sirve para plasmar valores constitucionales y resolver situaciones concretas. Obviamente este prisma obliga a una fuerte argumentación desde ambos aspectos. Se aleja del pobre deductivismo propio de los intérpretes subjetivos y su dios mítico– el legislador racional–.

Los racionalistas subjetivos han pretendido cuestionar la teoría objetiva afirmando que genera inseguridad; sin embargo, no hay duda que la teoría objetiva es progresista en el sentido de considerar: i) a la sociedad conforme *es*, en conflicto y permanente cambio; ii) que las interpretaciones que se realicen de los dispositivos normativos considera esas mutaciones en el tiempo; a diferencia de los racionalistas subjetivos que se quedan paralizados atemporalmente y apelan a la razón cuasi divina del legislador racional, respecto del cual sólo corresponde a los operadores jurisdiccionales una labor meramente deductiva.

La teoría objetiva de la interpretación no sólo asume el texto del dispositivo y contexto factual, (conflicto al resolverse, pretensión, oposición y decisión) sino centralmente los valores constitucionales. Es parcialmente correcto sostener que la constitucionalización del ordenamiento jurídico en general y del proceso penal en particular, tiene como objeto sólo la realización de los valores constitucionales. No es así. Un serio proceso de constitucionalización de la justicia penal parte de una realidad concreta, la realidad de nuestro margen latinoamericano, la realidad política de una sociedad preñada de conflictos, altamen-

te marginal y selectiva con los vulnerables. Este contexto latinoamericano será finalmente el condicionante de la materialización los valores constitucionales. Se debe ser claros en que estos valores y principios que subyacen en la Constitución no son inmanentes, ni dimanan de la armonía con la naturaleza o de una voluntad divina; estos valores son relativos pues son producto de determinados contexto espacio temporal; y, son valiosos precisamente porque se corresponden con una determinada realidad; por ello pueden incidir directamente en ésta[40].

4. ENTRE EL COGNOSCITIVISMO LEGAL Y LA IDEOLOGÍA CONSTITUCIONAL

La teoría y práctica interpretativa del NCPP ha enfrentado dos posiciones bien marcadas: el cognoscitivismo legal y la ideología constitucional. Sin embargo, la actividad interpretativa es a la vez un acto de conocimiento y un acto valorativo constitucional, bien dice CASTILLO ALVA: "Es un acto de conocimiento porque pretende desentrañar de manera objetiva el significado de un precepto normativo, vinculándose a reglas y principios preestablecidos (...) es un acto valorativo constitucional porque en la interpretación se plasman valores, intereses y aspiraciones de los que participa un intérprete (...) el acto de interpretación no es una operación ideológicamente neutra, pues en la comprensión de la norma ingresan a tallar una serie de factores como la concepción ideológica del intérprete"[41].

4.1. El cognoscitivismo legal

Desde esta perspectiva, propugnan que la *interpretación* es un acto de razonamiento, una operación lógico mental destinada a revelar el

---

40 De la práctica a la teoría, de la teoría la práctica, en una permanente relación dialéctica; ese el eje sobre el que se construye un saber jurídico que tenga eficacia de contención en la realidad.

41 CASTILLO ALVA, José Luis: *"Interpretación Jurídica"*, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 29.

significado o sentido del dispositivo procesal. Se trata de un acto de conocimiento porque se pretende desentrañar de manera objetiva el significado de un precepto normativo[42]. Tiene su origen en el planteamiento que consideraba a la interpretación como un simple silogismo: la premisa normativa era la disposición normativa, la premisa menor eran los hechos y la conclusión la sentencia[43]. La consideración del acto de interpretar como una simple operación mental, de carácter exclusivamente lógico ha dado lugar a que las denominaciones de *"formalismo"*, *"deductivismo"*, *"jurisprudencia mecánica"*, etc. En efecto, llevada esta posición a un extremo justificaría que la impartición de justicia penal pueda realizarse mediante un programa informático experto. Se parte de la idea de considerar al Juzgador como una máquina de subsumir.

Esta posición esta directamente asociada con la concepción subjetivista de la interpretación; en ese orden que la disposición normativa sólo tiene un sentido normativo (la asignada por el legislador racional); por tanto, la única actividad que tiene que realizar el operador intérprete es una mera subsunción del hecho para obtener el único significado normativo asignado a la disposición procesal. Es preciso señalar, desde ahora, que aún esta propuesta interpretativa, aparentemente neutra, no puede ocultar su enfoque ideológico conservador[44].

---

42 CASTILLO ALVA, José Luis: *"Interpretación Jurídica"*, Op. Cit. p. 29.

43 RECASENS SICHEs, Luis, citado por CASTILLO ALVA (CASTILLO ALVA, José Luis: *"Razonamiento Judicial"*, Ibidem, p. 30)

44 PÉREZ LUÑO, comentado este tipo de interpretación formal resalta su carácter ideológico: "Sin embargo, al margen de su enfoque ideológico, de signo marcadamente conservador, y dirigido a la garantía del *statu quo*, este planteamiento tiene el mérito de reconocer expresamente las dificultades que para la cultura jurídica apegada a operar con categorías formales (...) ha supuesto el verse ante la necesidad de interpretar el actual sistema constitucional de los derechos fundamentales expresados muchas veces, en forma de valores, cláusulas y principios(...)", aparece en PÉREZ LUÑO, Enrique: *"Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución"*, Quinta Edición, Madrid, 1995, p. 285.

Quienes se apegan sólo a la letra de los dispositivos normativos del NCPP, se autoerigen en defensores del Principio de Legalidad. Pero esa defensa es sólo terminológica, no es conceptual. Quienes se apropian del término *"principio de legalidad"* se ubican en un reductivismo literal extremo. Admiten sólo una interpretación correcta; no hay posibilidad de interpretaciones distintas y alternativas[45]. Como admiten un sólo sentido interpretativo se aferran a la estrecha literalidad de los dispositivos[46]. Pero ante la natural vaguedad y ambigüedad de los términos de los dispositivos normativos, crean la ficción de un mítico legislador racional que habría pensado un único sentido normativo. Se descubren con ello en su ideología legalista – *consciente o inconsciente asumida-*.

Creen respetar los contenidos constitucionales *(derechos, valores)* recurriendo únicamente al procedimiento de inaplicación de los dispositivos normativos inconstitucionales. No reparan en que la actividad interpretativa supone cargar de contenido constitucional a los dispositivos del NCPP para constitucionalizar la justicia penal. No hay que olvidar que los pregoneros del desechado legalismo pueden realizar interpretaciones aparentemente razonables desde la legalidad. Y pueden engatusar a personas bien intencionadas, pero con incipiente formación constitucional.

Nuestra posición es asumir una ***defensa conceptual*** del principio de legalidad procesal; y en esa línea, legitimar actividades interpretati-

---

45 Fundamentalismo es la creencia firme e incuestionable de que lo escrito en un texto es una verdad escrita literalmente y que no admite otra interpretación que la que allí se dice, no sólo en una de las partes del texto, sino en todo él. Aparece en http://es.scribd.com/doc/59743919/tutoria2-ipc.

46 Afirma DIEZ PICAZO que " La interpretación es, pues una operación total. No es posible llevar a cabo una tajante escisión entre los hechos y el derecho, pues el derecho están predeterminado por la valoración que a los hechos se les dé y debe además adaptarse a ellos. No es posible, por esa razón situar la interpretación sólo en el campo de lo normativo (DIEZ PICAZO, Luis, Ibidem, p. 232)

vas considerando en serio el concepto de éste principio. Es importante asumir una defensa constitucional del principio de legalidad procesal, para legitimar las líneas interpretativas de los dispositivos normativos conforme a la Constitución.

4.2. La Ideología constitucional

Desde esta perspectiva se entienden que la *interpretación* no se queda en lo que la disposición normativa literalmente denota, sino que el acto de interpretar involucra una labor *per se* compleja, una labor de creación en la que el juez podrá actuar con flexibles parámetros de libertad dentro del ámbito de la constitucionalidad. En efecto se parte de la premisa que la interpretación no es una actividad exclusivamente cognitiva, dado que el proceso interpretativo no es una actividad *ideológicamente neutra*[47]; así, la *asignación* de un significado a la norma supone necesariamente la intervención de otros factores; quién interpreta no es un autómata, sino que tiene una particular concepción del mundo, está cargado de valores, intereses, preferencias que tiñen y sellan el acto de interpretación; esta carga axiológica debe ser la constitucional..

Esta posición está asociada a una teoría objetiva de la interpretación; en efecto, el operador intérprete asigna o atribuye un significado normativo a la disposición normativa siempre en función de un caso concreto. Es el mismo hecho (que también es interpretado) el que va a determinar la atribución de un significado normativo al enunciado normativo.

Es claro entonces que la fundamentación de una sentencia no se agota con la sola realización de una justificación interna, que considera únicamente como instrumento útil el silogismo, haciendo derivar de la subsunción de un hecho (premisa menor) en un enunciado normativo, general y abstracto (premisa mayor) una consecuencia jurídica como producto.

---

47 CASTILLO ALVA, José Luis: "Razonamiento Judicial", Ibidem, p. 29.

Esta justificación interna sólo permite verificar la corrección lógica del razonamiento; no obstante, es necesario considerar los contenidos de valor valoración axiológica del *enunciado normativo* y sobre los *hechos* a través de la denominada justificación externa; operando la interpretación con una carga intensamente valorativa, antes que como un proceso neutralmente técnico; sin embargo, tampoco se le puede considerar como mero acto de voluntad del intérprete que decide a su arbitrio, el significado correcto para el caso, dado que tiene como límite el soporte lingüístico de la disposición normativa[48].

Todos los dispositivos normativos comprometidos en la construcción del modelo procesal penal supone una atribución de significados a estos enunciados; pero esta actividad no será ideológicamente neutra, sino que estará sellada por la concepción de derecho que tenga el operador jurisdiccional.

En definitiva la interpretación no es un mero proceso formal cognoscitivo que se agota en una mera tarea de subsunción. La concepción dieciochesca del Juez como "boca de la Ley", se resquebraja en sus bases ante la constatación de una nueva realidad social, que ha generado en su superestructura un nuevo contexto ideológico, en el que se comprende que el operador jurisdiccional en la actividad de interpretación no sólo realiza una actividad meramente lógica cognitiva sino predominantemente axiológica, en el entra a tallar evidentemente los condicionamientos culturales y axiológicos del operador jurisdiccional. Así el compromiso con el uso alternativo, en clave constitucional, del derecho procesal penal posesiona axiomáticamente a los operadores intérpretes en un programa de contención de la violencia punitiva que generalmente se ensaña con individuos pertenecientes a sectores carenciados económicamente, bien como imputados o bien como agraviados.

---

48 Pero el problema es establecer si estos valores son comunes de cara a la realización del principio de seguridad jurídica, fundamental en un Estado Constitucional.

5. EN SÍNTESIS

Es claro que no se puede plantear debates sólo respecto de los resultados interpretativos o sobre las técnicas de interpretación, éste sería un debate aparente. Es menester un *meta debate* de la concepción del Derecho de los operadores. En este nuevo escenario y de puntos claros de discusión no hay lugar para coberturas, el debate es franco; en efecto, no hay posibilidad para que los legalistas de viejo cuño se escuden en el Código, en la letra de la ley. Se verán obligados a exteriorizar su concepción del Derecho.

Para los puristas reglamentaristas el Derecho Procesal solamente es el NCPP, por coherencia, deben afirmar que las sentencias no son Derecho, que las pretensiones punitivas o libertarias no son Derecho, que las defensas no son Derecho; que todos los actos desarrollados por los sujetos procesales no son derecho, pues consideran que la praxis no es derecho, pero tampoco señalan que disciplina tiene como objeto de estudio esa praxis jurídica y se encierran en un autismo procedimental afirmando que el derecho solo está compuesto por reglas cerrando los ojos a la realidad de la praxis jurídica.

Como se aprecia no se trata de un problema de mayor o menor corrección en las posiciones interpretativas, sino centralmente un problema de concepción de Derecho. Así, para quienes conceptúan el derecho únicamente como reglas, es coherente afirmar que el modelo procesal penal ya está plasmado en el Código, y por consiguiente, no corresponde a los jueces crear derecho, toda vez que éste es una labor estrictamente legislativa. Pero para quienes asumen una Concepción más amplia del Derecho –fundada sobre datos de la realidad- éste no está compuesto solamente de reglas, sino de praxis que deben realizar fundamentalmente de principios y valores constitucionales, que puedan ser sintetizados en saber jurídico con conceptos operativos que estén políticamente orientados a la contención del poder punitivo. Esa praxis debe ser realizadoras de los principios y valores constitucionales, esas prácticas -respetuosas del principio legalidad del NCPP- deben materializar valores constitucionales.

En los inicios de la implementación de la reforma procesal penal se generó una aparente contradicción entre la *oralidad y escritura*, empero, pronto se evidenció que este es un falso dilema; en realidad la tensión se presenta en la misma Concepción del derecho que tenga cada operador que condiciona la asunción de una concepción procesal o procedimental.

Capítulo III
La aproximación a la verdad Presupuesto de un proceso penal constitucionalizado

"Aunque la verdad de los hechos resplandezca, siempre se batirán los hombres en la trinchera sutil de la interpretaciones".

Gregorio Marañón

Sumario: *1. El problema de la verdad – 2. La verdad como concepto jurídico – 3. La verdad como correspondencia – 4. La verdad consensual – 5. Verdad procesal – 6. Constitución política y verdad – 7. Construcción del modelo procesal y la verdad en debate*

1. EL PROBLEMA DE LA VERDAD

Los posicionamientos, en la coyuntura de la construcción del modelo procesal, respecto al concepto de la verdad, no son inofensivos; encierran –consciente o inconscientemente– diferentes concepciones filosóficas respecto del problema de la verdad: *i)* unos sostienen que ésta tiene un carácter objetivo, *ii)* otros, que ésta depende de la subjetividad del hombre; en realidad se trata de distintas concepciones del mundo y de la sociedad.

Dada la enorme trascendencia práctica de una concepción de la verdad, es necesario abordar brevemente el problema epistemológico de la verdad y sobre esa base identificar las posiciones asumidas. Los temas centrales para ello, son dos aspectos fundamentales: *i) la relación entre el ser y pensar; y, ii) la cognoscibilidad del mundo.*

1.1. Relación entre el ser y pensar

La respuesta a la pregunta qué es lo primario y qué es lo derivado, si la materia o la conciencia, si el objeto o el sujeto; definirá el campo cosmovisivo: realismo o idealismo filosófico. Desde la filosofía realista, lo primario es la materia y lo derivado, la conciencia; desde la filosofía idealista, lo primario es la conciencia y lo derivado la materia. Nuestra postura es clara: primero es el ser *–realidad–* y luego el pensar *–conciencia–*. En efecto, partimos de la premisa que el mundo objetivo existe independientemente de nuestra conciencia, y que ésta última no es

sino producto de la materia altamente evolucionada. Es en esa línea realista es que desarrollamos nuestra posición filosófica sobre la verdad y su proyección conceptual al proceso penal y en particular a la verdad procesal.

1.2. Cognoscibilidad del mundo

Este segundo aspecto del problema fundamental de la verdad, se refiere a la cognoscibilidad del mundo, esto es, si éste es o no cognoscible. La corriente filosófica que plantea la incognoscibilidad del mundo es el agnosticismo, que se enmarca en el campo filosófico idealista. La corriente filosófica que plantea la cognoscibilidad del mundo se corresponde con la filosofía realista. Esta última posición de la cognoscibilidad del mundo es la que asumimos en consonancia con el desarrollo de las ciencias y los extraordinarios avances científicos y tecnológicos destruye definitivamente la creencia idealista que el mundo está basado en lo supernatural, en lo espiritual o en lo consensual, pues solamente lo que es material es perceptible, cognoscible. Sin embargo, es necesario señalar que hay un límite del conocimiento humano, y ello es algo indudable. Ciertamente los límites son de diferente orden –científico, técnico, etc.

2. LA VERDAD COMO CONCEPTO JURÍDICO

Un primer posicionamiento, desde la perspectiva del derecho, es que la verdad[1] para el derecho es un concepto jurídico y como tal sólo sirve para sus fines[2]. En efecto, el concepto de verdad para el derecho no

---

1 Definamos, una cosa es hablar del concepto de verdad jurídica en abstracto; y otra cosa es hablar del concepto de verdad en concreto; en abstracto el concepto es útil para todos los procesos penales; en concreto este concepto está referido a un proceso particular.

2 En ese orden de ideas afirma Zaffaroni: "La funcionalidad política de los conceptos jurídicos – penales no es un dato aleatorio ni una características que se les proporciona a voluntad, pues los conceptos jurídicos siempre son

constituye un concepto óntico o naturalístico, sino un concepto jurídico de verdad funcional a los fines del proceso.

Pero el contenido conceptual de la verdad se configura en función de los fines que se le asigne, y que determina la finalidad de la prueba y a su vez la finalidad del proceso. Se debe tener presente que el concepto jurídico de verdad –cualquiera sea la opción que se adopte– no es un concepto inocente ideológicamente neutro, aséptico a la concepción que tiene el operador y está directamente vinculado a la actividad operativa de los sujetos procesales. En ese sentido, el concepto jurídico de verdad puede ser construido con datos de la realidad o sin éstos. Obviamente esto determinará las prácticas operativas[3].

3. LA VERDAD COMO CORRESPONDENCIA

Desde esta perspectiva se considera los datos de la realidad; en efecto, la verdad es la correspondencia con la realidad objetiva, con lo verdaderamente existente reflejado en nuestro cerebro. En ese orden, el cognoscitivismo procesal exige que las tesis acusatorias se expresen en proposiciones fácticas que sean susceptibles de verificabilidad y refutabilidad, además de que sean sometidos a prueba empírica[4].

---

funcionales, porque todos cumplen alguna función que afecta el ejercicio del poder punitivo" (ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Derecho Penal, Parte General*, Editorial EDIAR Buenos Aires, 2000, p. 369)

3 Sin embargo, con la verdad ocurre lo mismo que con el concepto de acción o conducta; en ese orden el Derecho Penal debe respetar el concepto óntico de verdad y no construir un concepto diferente. De esta manera ponemos en claro siguiendo a TARUFFO que la Justicia sólo puede alcanzarse si es que se ha llegado a la verdad de los hechos (entendida la verdad como correspondencia) y que el instrumento adecuado para alcanzarla es el juicio oral. Esto también permite negar la condición de verdad a aquellas prácticas negociales en las que se establecen los hechos consensuadamente. *Opinión plenamente compartida con Julio César Santa Cruz.*

4 FERRAJOLI, Luigi, Ibidem, p. 37.

Verdad es la correspondencia con la realidad objetiva, con lo verdaderamente existente reflejado en nuestro cerebro[5]. La objetividad de la verdad jurídica, supone que los contenidos que el hombre logra incorporar en sus representaciones mentales no dependen del sujeto, sino de los datos objetivos de la verdad. Parafraseando a ZAFFARONI: "El mundo tiene existencia independiente de la conciencia humana", la construcción de conceptos jurídicos en función política no puede ignorarlo, so pena de caer en una doble contradicción: (a) **cualquier concepto que se construya en función de objetivos políticos criminales, deben aspirar a que estos se realicen en la realidad social. Representa una incoherencia metodológica pretender esa construcción negando datos de esa realidad[6],** (b) La segunda contradicción es aún más básica (...) La funcionalidad política de los conceptos jurídicos penales, no es un dato aleatorio ni una característica que se les proporciona a voluntad; pues los conceptos jurídicos penales, siempre son funcionales, porque todos cumplen alguna función que afecta el ejercicio del poder punitivo[7].

En esa línea, construir un concepto de verdad para el proceso, no puede de ninguna manera ignorar los datos objetivos de la realidad; en efecto, la verdad jurídica *–en debate en un proceso penal–* aspira a realizarse en una realidad social, determinando la afectación seria de derechos fundamentales del imputado. Representa pues una incoherencia metodológica pretender esa construcción negando precisamente datos de la realidad. Siempre en ese orden de ideas, la verdad objetiva, asumida ahora como concepto jurídico, no puede negar su funcionalidad

---

5 Pero esta verdad no supone una correspondencia exacta, milimétrica o definitiva; no se trata de una fotocopia de la realidad objetiva en el sujeto, porque esta postura sería meramente mecánica. La correspondencia con la realidad obviamente sólo es aproximativa.

6 Las negritas son nuestras

7 ZAFFARONI dice: "El mundo existe, aunque a veces moleste" (ZAFFARONI, Raúl Eugenio, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal, Parte General*, T.1. Editorial EDIAR. Buenos Aires, 2000. p. 369)

política; pues los conceptos jurídicos siempre son funcionales y afectan de una manera u otra al poder punitivo[8].

La verdad objetiva es el faro, el punto de referencia valioso que encamina toda la actividad de los sujetos involucrados en un proceso; unos buscando la verdad y otros exigiendo ésta[9]. En el caso que haya incertidumbre por la lejana aproximación respecto a la verdad objetiva, no queda sino aplicar la consecuencia de la duda, pero nunca inventar la realidad, pues su cognoscibilidad presenta límites.

Optar por una concepción de la verdad como correspondencia, no constituye un mero prurito de preferencia individual; sino corresponde a las exigencias de un proceso garantista. En efecto, el esquema epistemológico garantista postula, por un lado: **i)** el convencionalismo penal y la estricta legalidad, y por otro **ii)** el cognoscitivismo procesal y estricta jurisdiccionalidad[10]. Sin embargo, asumir los datos de la realidad como insumo determinante en la construcción del concepto jurídico de la verdad puede corresponder a funcionalidades distintas.

---

8 Es importante destacar este dato óntico de los conceptos jurídicos, pues de lo contrario se asumiría una mera sistemática clasificatoria, realizando tipologías de la verdad (verdad jurídica, objetiva, consensual, formal, etc.)

9 El problema que se presenta es si ello constituye un sustancialismo. Consideramos que no, en efecto, las razones son las siguientes:
- La actividad estatal de la búsqueda de la verdad está encargada a un órgano, esto es el Ministerio Público
- El Juez no busca la verdad, sólo la exige
- La exigencia de la verdad por parte del órgano jurisdiccional, no supone una exigencia de la verdad a cualquier costo, pues los límites institucionales están previstos en la propia Constitución

No está vinculada a un concepto de justicia metafísica, sino a la prestación que debe brindar el operador jurisdiccional y las exigencias constitucionales de decidir sobre la base de una resolución motivada y conforme a los valores constitucionales (desde cualquier perspectiva) asumidos por el poder constituyente; no por una justicia inmanente, absoluta y única.

10 FERRAJOLI, Luigi, Ibidem, p. 36

a) Funcionalidad legitimante

Ferrajoli asigna a la verdad –aproximación razonable– una finalidad legitimante, como presupuesto del funcionamiento correcto en un Estado de Derecho del proceso penal. Pero además considera otros dos pilares básicos de su sistema garantista: la irrenunciabilidad del conocimiento de la verdad por el Estado –*principio de legalidad procesal y de oficialidad*–, que resta posibilidad de justicia negociada entre acusador y acusado, la renuncia a la acción penal del primero, y la necesidad de jueces profesionales para decir esa verdad, por oposición a los jueces legos. Estos pilares constituyen, a juicio de Ferrajoli, el sistema acusatorio al que debería tenderse en cualquier Estado de Derecho[11].

Para esta funcionalidad Ferrajoli señala que la verdad correspondencia, –*aún cuando de manera aproximativa*– constituye el pilar básico de cualquier sistema garantista *cognoscitivista*[12].

> "(...) Lo que se exige en el plano epistemológico y político es precisamente lo que el modelo penal garantista, acogido por las Constituciones modernas, exige normativamente en el plano jurídico: que la legitimidad de las decisiones penales se condicione a la verdad empírica de sus motivaciones.
>
> (...) La función judicial es una actividad cognoscitiva, donde las elecciones y las decisiones vienen justificadas por criterios pragmáticos y subjetivos pero siempre referidos, como en cualquier forma de conocimiento, a la búsqueda de la verdad objetiva."[13]

La función legitimante que se asigna a la verdad es manifiesta; en efecto, si el fin del proceso judicial es la justicia, y está solo se alcanza con base en la verdad de los hechos. Pero son las partes, las interesa-

---

11 FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*, Ibidem, p. 36.

12 Mientras que la verdad-coherencia y verdad aceptabilidad son *criterios* de decisión de la verdad estos criterios no constituyen más que maneras de fundar en el ámbito del *decisionismo* extraño al derecho penal.

13 FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*, Ibidem, p. 69.

das en descubrir la verdad. No es el juez quien debe descubrirla[14]. Esta expectativa de obtención de una solución más "justa" a través del proceso –que descansa en la primera idea de Ferrajoli de que existe una verdad objetiva a la que se debe aproximar–, y que, obtenida ella, las consecuencias jurídicas se aplican necesariamente (en sentido de causa-efecto).[15]

b) Funcionalidad reductora

Una concepción conflictiva de la sociedad[16], en la que normalmente los aparatos de poder están en manos de los que detentan el poder político y económico determina que sean –generalmente– los sectores marginales al poder quienes sean los clientes del sistema penal. Si esto es así con clara conciencia de la funcionalidad política criminal del concepto de verdad y con honestidad intelectual, asumimos un concepto de verdad como dique de contención de esa violencia punitiva *selectiva*.

En ese orden de ideas, es claro que la exigencia de un concepto de verdad como correspondencia, tiene una finalidad política: que sea funcional a la contención de la violencia punitiva. La funcionalidad política de contención de la violencia política, exige que el concepto jurídico de verdad se configure sobre la base de lo objetivo, real y verdaderamente existente.

No hay inocencia en este planteamiento, no hay ninguna neutralidad racionalista, sino que es una postura definidamente política[17]

---

14 La excepción sería la prueba de oficio que puede disponer el Juez; que debería ser sólo a favor del imputado, sin ponerlo en riesgo y atendiendo a razones de justicia material.

15 Sin embargo, en este razonamiento se aprecia cierto matiz retributivo, si se entiende a la pena como una respuesta punitiva de carácter retributivo.

16 ATIENZA, Manuel, *Introducción al Derecho* Editorial Club Universitario Alicante 1985, p. 71

17 BINDER, con acierto señala con relación al problema de la verdad en el proceso penal que: "No se trata de un problema conceptual, ni lógico, ni episte-

en clave de reducción de la violencia punitiva contra los sectores marginales y con una finalidad declaradamente reductora de la violencia punitiva.

Si consideramos que atiende a una finalidad de contención de la violencia estatal, y con ello encontrar un mínimo de racionalidad en la violencia punitiva, entonces el concepto jurídico de *verdad debe configurarse* necesariamente con datos de la realidad; en efecto, no se trata de resolver conflictos a cualquier costo, sino de anteponer la verdad como muro de contención frente a la violencia estatal. Desde esta perspectiva, la configuración del concepto jurídico de verdad sobre la base de datos de la realidad[18], se asume una función política-reductora de la función punitiva.

En clave política de contención a la violencia punitiva, la fiscalía tiene el deber de exponer los fundamentos de su pretensión punitiva expresada en proposiciones fácticas como referente fáctico para hacer posible oponer una defensa[19]. En efecto, esa concreción es exigible para

---

mológico. De hecho la discusión sobre las distintas "teorías de la verdad" ha ocultado un poco el tema, mucho más trascendental de su función práctica y política" (BINDER, Alberto, Elogio de la Audiencia Oral y Pública, http://www.procesalsantafe2011.com/wp-content/uploads/2011/05/Binder_Alberto.pdf. visitado el 10/12/2011)

18 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Ibidem. p. 370

19 En esa línea FERRAJOLI, señala que. "Tal fundamento cognoscitivo, que como veremos es el rasgo constitutivo del garantismo penal, requiere una específica tecnología legal y judicial: ante todo, que la definición legislativa de la desviación punible se lleve a cabo con referencia a hechos empíricos exactamente denotados y no a valores; en segundo lugar, que su investigación jurisdiccional se produzca a través de aserciones sujetas a la verificación de la acusación y expuestas a la confutación de la defensa y no a través de opciones y valoraciones como tales no verificables ni refutables. En esta perspectiva el modelo penal garantista equivale a un sistema de minimización del poder y de maximización del saber judicial, en cuanto condiciona la validez de las decisiones a la verdad, empírica y lógicamente controlable, de sus motivaciones". (FERRAJOLI, Luigi, Ibidem, Edit. Trotta, 2000, p. 22)

garantizar que el debate en audiencia sea sobre la base de proposiciones verificables o refutables, sólo así es posible oponer una defensa concreta a hechos concretos. La propuesta de una pretensión punitiva difusa daría lugar a una defensa difusa; por consiguiente, a mayor concreción de la imputación, mayor concreción de la defensa.

Tanto del debate cognoscitivo como el de la propuesta de defensa concreta, no cabe duda que constituyen directrices políticas de contención a la violencia punitiva, evitando cualquier tipo de autoritarismo sustancialista y decisionista. Cuando la propuesta punitiva está referida a las características del imputado, o su forma de ser, o a su pertenencia a determinado contexto social, haría inútil cualquier posibilidad de control político a la violencia punitiva; en efecto, la propuesta de proposiciones genéricas circunscriptas sólo al autor y no a su acto dotaría de un alto contenido valorativo y básicamente ético del juicio oral.

En aquellos procesos donde se considera una verdad sintáctica y pragmática, la verdad no aparece como ese formidable dique de contención que se opondría a la violencia punitiva, sino que es una verdad consensuada que vendría a justificar o legitimar puniciones sin pena ni juicio.

4. LA VERDAD CONSENSUAL

Si la verdad, como concepto jurídico, tiene por función estabilizar el sistema social en general y el sistema penal en particular, entonces el concepto jurídico de *verdad* puede ser *configurado* consensualmente; así, desde una perspectiva pragmática, un proceso menos es un conflicto menos y, un conflicto menos es un problema menos para la sociedad y el sistema penal, obviamente sin necesidad de una aproximación con la verdad objetiva. Este concepto de "verdad jurídica" no configurada sobre datos de la realidad, sirve a una concepción de la sociedad como sistema. Si un concepto jurídico es construido sólo con elementos valorativos al servicio de la estabilidad de la sociedad, y ese concepto jurídico de la verdad es útil a su estabilización, entonces no hay ningún

problema en atribuir legitimidad a la construcción de una verdad desprovista de datos de la realidad.

Esta concepción descansa en la corriente filosófica de los pragmáticos quienes ponen en duda la verdad objetiva. Esta corriente asume como valederas sólo aquellas opiniones que traen utilidad o beneficios al sujeto en su actividad. La verdad para los pragmáticos es la correspondencia con sus particulares intereses. La ideología pragmatista en el ámbito del proceso penal es más nociva y perjudicial, pues señalan como verdad aquellos planteamientos "de conveniencia" que se cubren bajo la capa del consenso, que resultan para ellos tan verdaderos como los principios y las leyes de la ciencia; por tanto, exigen el respeto a sus ***verdades consensuadas*** como si "sus verdades" fueran el equivalente de verdades objetivas ciertas. Para esta concepción como la verdad no existe entonces cualquier concepto de verdad sería fruto del consenso y no de la verdad material[20].

En la línea de la corriente pragmatista se señala que el debate sobre la verdad objetiva carece de utilidad y es fútil. Sostienen, sin ningún reparo, que la verdad es un lastre; que la verdad es incognoscible para los humanos; por tanto es inconcebible dentro del proceso, y probablemente, inexistente como tal en un mundo determinado por la subjetividad cultural. Precisamente es en el sistema de juicio por jurados que se puede "disponer" de la verdad y del derecho mediante el consenso.

---

20 ROXIN, al respecto es bastante enfático, señala que "En lo que concierne a aquella estructura, nosotros estamos en la vía de un desarrollo conceptual que se dirige de un proceso concebido en forma estrictamente contradictoria a una aproximación a formas consensuales del procedimiento; esto va de la mano con una concepción que observa el objeto del proceso penal no tanto en una decisión justa como si en el restablecimiento de la paz jurídica a través de la conclusión de un conflicto social. **Desde el punto de vista jurídico-político yo estoy francamente en contra de ese desarrollo...**" –las negritas son nuestras– (ROXÍN, Claus, Pasado, *Presente y Futuro del Derecho Procesal Penal*, . Edit Instituto de Estudios del Ministerio Público Colombia 2004, Primera Edición, p. 69)

Esta es una razón fundamental de crítica al juicio por jurados tanto en el derecho anglosajón[21] como en el derecho continental

La base de estas críticas resulta ser nuevamente la no correspondencia entre lo que hubiera podido suceder si el juicio se hubiera llevado a cabo y lo que ha ocurrido merced al acuerdo entre quien sostiene la imputación y quien la soporta. Empero, ningún proceso justo puede cimentar su construcción en la mentira o en la evitación de la verdad.

Se entiende que el proceso no debe tender hacía la búsqueda de la verdad. Ahora bien, si las partes mienten en los hechos o son negligentes en la producción de la prueba, ello es indiferente para el juzgador; finalmente la verdad no es la que surge en la sentencia, apenas se puede indicar que de acuerdo a los elementos persuasorios desarrollados por las partes se puede inferir que el caso ocurrió de una determinada manera.

En realidad esa posición es ideológica, y encubre una voluntad de despliegue de una violencia estatal punitiva sin control, pues parten de la premisa que el concepto de verdad es prescriptivo-valorativo, y con ello están habilitados para construir un concepto de verdad[22] adecuado para el despliegue sin mayor control de la violencia punitiva, como la verdad consensual. Esa es una de las razones de crítica a los procedimientos de base consensual, pues supone la sustitución del procedimiento investigativo por la admisión del inculpado de la imputación

---

21 En Estados Unidos se discurre sobre la posibilidad de otorgar al Poder Judicial amplios poderes de averiguación de la verdad cuestionando a la vez el *plea bargaining* (en todas sus formas) y el sistema de jurados (PIZZI T., William, *Juicios y Mentiras*, Edit. Tecnos, 2004 – Madrid, p. 28)

22 Afirma TARUFFO que: " ...confiar en la contienda entre los sujetos que están involucrados en el conflicto. Se trata de la concepción que en su tiempo Roscoe Poun definió como *sporting of justice*: tal como una competición deportiva, es el enfrentamiento entre contrincantes lo que determina el resultado de la contienda y lo que define quién es el vencedor" (TARUFFO, Michael. *Simplemente la Verdad*, Editorial Marcial Pons, Madrid 2010, p. 126)

formulada por el Ministerio Público, con la consiguiente transacción (más o menos explícita) sobre el hecho y el derecho[23].

5. VERDAD PROCESAL

Más allá de todas las razones divergentes, lo cierto es que existe convergencia en que en el proceso nunca se va a alcanzar de manera plena la verdad material[24]. MAIER entiende que: "la prédica constante que concibe al procedimiento penal como un medio de conocer la verdad no puede ocultar, tampoco, que ese conocimiento, en todo caso, resulta limitado y condicionado por las propias reglas procesales..."[25]. Esta es una afirmación categórica de todas las posturas enfrentadas. En efecto, al final del proceso lo único que se va a tener como resultado de los debates es una verdad procesal –como reconstrucción y construcción–. Nos alejamos de las posturas extremas de considerar la disyuntiva construcción o reconstrucción.

Desde una perspectiva operativa, la búsqueda de la *verdad material* es el motor que determina la actividad de las partes, todo ese movimiento se genera en función de la verdad objetiva, concientemente inalcanzable En efecto, ese es su fundamento; sin embargo, paradójicamente –*la verdad*– nunca será plenamente alcanzada. La verdad como

---

23 Señala TARUFFO que: "El factor ideológico, que subyace evidentemente a la concepción negocial de la verdad procesal, deriva de la bien conocida y ya recordada concepción del proceso civil según la cualéste sería sólo una "cosa privada de las partes", con la consecuencia de que en el proceso debiera suceder todo lo que las partes quieran y nada más o nada distinto de lo que las partes quieren" (TARUFFO, Michael. Ibidem, p. 142)

24 En ese orden afirma FERRAJOLI, que: "La idea contraria de que se pueda conseguir y aseverar una verdad objetiva o absolutamente cierta es en realidad una ingenuidad epistemológica que las doctrinas ilustradas del juicio como aplicación mecánica de la ley comparte con el realismo gnoseológico vulgar (FERRAJOLI, Luigi, Ibidem, p. 50)

25 MAIER Julio B.J. *Derecho Procesal Penal* T. I, Editores del Puerto Editores Buenos Aires 1999, 2da Edición, p. 854

resultado de la actividad procesal sólo será aproximativa[26]. Son dos conceptos distintos y generalmente confundidos. Uno es óntico y supone un compromiso epistemológico materialista, y el otro es jurídico cultural cuyo resultado se obtiene después de superar los límites procesales. En este sentido, la "verdad" en el proceso penal es el producto que queda luego de esta discusión dialéctica entre reproducción "culturizada" del pasado y las vallas jurídicas a esa reproducción, que en tutela de los derechos fundamentales, el derecho procesal opone a la indagación empírica de la verdad.

En conclusión, lo que el juez considera al momento de sentenciar es *i)* la verdad material como modelo, y *ii)* la verdad procesal como resultado; ésta última tendrá que ser lo más aproximativa a la primera, para recién habilitar el despliegue de la violencia punitiva[27].

6. CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y VERDAD

El proceso penal es en esencia político porque plasma un conflicto entre el Estado y el ciudadano; entre el Ministerio Público y el imputado. Es un escenario de ***confrontación*** entre el Estado y el individuo; esa relación de conflicto determina su carácter político y constitucio-

---

26 Es importante aclarar que, una cosa es hablar de la finalidad general de la verdad objetiva como contención de la violencia punitiva; y otra, es la limitación institucional que la misma normativa opone a la actividad probatoria para alcanzar la verdad objetiva, la aproximación razonable a la verdad. En esa Maier reconoce que es el propio derecho el que pone obstáculos a la verdad correspondencia como base de la reacción; sin embargo, sostiene que la subsistencia de esa verdad como base filosófica del sistema es una opción entre otras posibles.

27 BOBBIO señala que: "La teoría de la argumentación rechaza las antítesis demasiado netas; muestra que, entre la verdad absoluta de los dogmáticos y la no-verdad de los escépticos, hay lugar para verdades susceptibles de ser sometidas a permanente revisión gracias a la técnica consistente en aportar razones a favor y en contra. Sabe que, no bien los hombres dejan de creer en las buenas razones, comienza la violencia", (CAROFIGLIO Gianrico, *"El arte de la duda"*, Editorial Marcial Pons, Madrid 2010, p. 11.)

nal; esa tensión configura el concepto jurídico de verdad con fines específicos. En esa línea Julio MAIER, señala que el principio de verdad real es un presupuesto político del sistema mixto de enjuiciamiento; así el carácter político de la máxima de la persecución de la verdad es la meta del procedimiento y del Estado[28]. Empero, estimamos que la verdad es un presupuesto político de cualquier modelo procesal penal. El carácter político de la verdad en un modelo procesal acusatorio latinoamericano estriba en que funciona como un principio político de contención que opera frente a la persecución penal pública, que pretende desplegar violencia punitiva en contra del procesado.

FERRAJOLI, sostiene que el Estado debe indagar sobre lo ocurrido más allá de cualquier interés (o de falta de interés, incluso propio), y esto como imperativo constitucional de su actividad. El problema es que Ferrajoli asigna a la "verdad" un rol legitimador del discurso jurídico penal; la verdad aproximativa, para éste autor, es la condición de validez jurídica de la sentencia que condena o absuelve al sometido a proceso. Cualquier otra base para una decisión de esa naturaleza tornaría inconstitucional, la aplicación del derecho. Sin embargo, desde una perspectiva reductora de la violencia punitiva la exigencia de una aproximación a la *verdad material* no cumple una función legitimante de las decisiones judiciales, sino que la aproximación a la verdad material sólo habilita el desencadenamiento de la violencia punitiva haciéndola menos irracional, pero nunca legitimándola.

Cada uno de los enfoques constituye una particular forma de entender el derecho y, por consiguiente, determina su aplicación. Sin embargo, ninguno de ellos tiene sentido sino se considera la función política asignada a la verdad material, dado el conflicto que se presenta entre el individuo y el Estado; este concepto no puede ser comprendido únicamente desde una lectura formal de la constitución, hacerlo significaría segmentar la comprensión indisoluble entre constitución y polí-

28 MAIER, Julio (1996): *Derecho Procesal Penal Argentino. Fundamentos*, Editores Del Puerto, Buenos Aires. pp. 449 y ss.

tica.[29] Y es en clave política constitucional que se presenta dos lecturas de la función que corresponde a la verdad en el proceso. Una primera lectura conforme al constitucionalismo clásico, y otra conforme al neo constitucionalismo.

Desde el constitucionalismo clásico se maximiza la voluntad de los individuos dotado de un poder de entidad como para construir una verdad dentro del proceso; en consecuencia, la aproximación a la verdad material no es un fin constitucional del proceso, en esa línea HASSEMER descarta la posibilidad de basar decisiones racionales en la existencia de una verdad única y previa a la construcción procesal. Se postula una lectura negativa de la actividad del Estado; por consiguiente, son las partes quienes con criterio utilitario pueden construir una verdad conforme a sus intereses prácticos[30]; en ese orden de ideas, el órgano jurisdiccional no está comprometido con una verdad material

---

29 En ese orden el maestro BINDER precisa que: "La necesaria recuperación de la "clave política" es mucho más imperiosa aun cuando nos referimos a las garantías y resguardos previstos frente al ejercicio de la fuerza estatal de la coerción penal. El conjunto de esas garantías y el desarrollo histórico que los precede influyen decisivamente en lo que llamamos el *diseño constitucional del proceso penal*" (BINDER, Alberto, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Editorial Ad – Hoc, Primera Edición Buenos Aires - 1993. p. 66)

30 TARUFFO señala con acierto que "a menudo el valor de la verdad en el contexto de la administración de justicia e negado por razones ideológicas... El ejemplo más relevante en ese sentido es claramente el de la concepción adversarial del proceso, civil y penal, que todavía predomina en los Estados Unidos, mientras que en Inglaterra ha sido desechada...el *adversarial legalism* no se refiere sólo al proceso: sólo al proceso: se trata más bien de una ideología que inspira prácticamente todas las áreas del derecho norteamericano. Se funda en la idea de que la mejor manera de resolver cualquier problema jurídico consiste en dejar el campo libre a la competición entre abogados que representan a individuos que persiguen sus propios intereses individuales...El valor de fondo en el que en el que esta ideología hunde sus raíces es –evidentemente– un individualismo competitivo y adquisitivo, según el cual la lucha del individuo por la apropiación y la defensa de sus bienes, en contraposición con otros individuos que también persiguen sus

aproximativa y es suficiente una realización formal de los principios de igualdad y libertad.

La perspectiva neoconstitucional está comprometida con una aproximación razonable a la verdad objetiva, para dar materialidad a los derechos fundamentales de los justiciables y de los principios y valores constitucionales –sólo desde esa perspectiva tiene significado hablar de la presunción de inocencia, del indubio pro reo, etc.–[31]; en ese sentido, es posible asignar al concepto jurídico de la verdad aproximativa, una función política constitucional de contención a la violencia punitiva. No se pretende legitimar la violencia punitiva con la aproximación a la verdad sino que ésta impone un límite a la violencia punitiva para hacerla menos irracional. Se postula una lectura positiva de la actividad del Estado; por consiguiente, los órganos jurisdiccionales están comprometidos con una aproximación razonable a la verdad como base de sus decisiones. El Juez exige –no espera– la verdad a las partes procesales y está comprometido con la realización concreta del principio de igualdad material, de libertad, etc.[32].

Pero la lectura neoconstitucional del concepto jurídico de verdad –como aproximación razonable a la verdad– tiene dos vertientes con objetivos diametralmente opuestos. Una vertiente legitimante del poder punitivo que asume como legítima la violencia que el Estado despliega contra la persona sentenciada; se afirma que es legítimo ese

---

intereses egoístas determina todos los aspectos de la dinámica social, económica y jurídica. (TARUFFO Michael. Ibidem. p. 125)

31 Se presume inocente de una imputación concreta; la duda es respecto de un hecho imputado que ha tenido acaecimiento en el mundo real

32 Binder, señala con claridad que: "En este sistema existe una aparente paradoja; *debe ser tan fuerte el compromiso del juez con la verdad que* ***jamás debe buscarla.*** ...El principio básico de todo sistema republicana (adversarial) es que el juez debe exigir la verdad a los acusadores. Ni siquiera a las partes, porque el sistema adversarial no se caracteriza por la igualdad de las partes, sino por la exigencia a los acusadores de que prueben la verdad de sus acusaciones"(BINDER, Alberto M http://www.procesalsantafe2011.com/wp-content/uploads/2011/05/Binder_Alberto.pdf, visitado el 10/12/2011)

dolor causado porque en un proceso se acreditó –con aproximación a la verdad– la comisión de un delito[33]. Desde una perspectiva negativa pero siempre constitucional, la aproximación a la verdad en el proceso, no legítima a la violencia punitiva procedimental. Sólo se legitima el saber penal de contención al saber penal como contenido de las construcciones jurídicas en línea de reducción de la violencia punitiva. Su uso en clave de contención, tiene una clara función limitadora como garantía del imputado. En efecto, la verdad objetiva –aproximada razonablemente– será el presupuesto de la reacción del poder punitivo y como tal limitante de éste. Como se aprecia, ambas posiciones son susceptibles de ser enfocadas desde una lectura neoconstitucional.

Nuestra posición está en la línea de tener un concepto de verdad objetiva con un claro norte funcional de contención de la violencia punitiva. Es por ello que el concepto de verdad material, en forma alguna tiene una función legitimante del proceso penal; su función es claramente reductora o limitante de la violencia punitiva[34], con una enorme significación de contención garantista del individuo frente a la violencia punitiva desplegada. Por tanto, no es un problema saber si se puede o no reconstruir la verdad, sino asumir que el Estado no tiene otra alternativa que reconstruir esa verdad cognoscible, es decir tiene la carga de aproximarse razonablemente a la verdad si pretende enjaular a un ciudadano.

7. CONSTRUCCIÓN DEL MODELO PROCESAL Y LA VERDAD EN DEBATE

La construcción del modelo procesal puso sobre el tapete nuevamente el problema de la verdad. La aplicación de las diferentes insti-

---

33 La pretensión de legitimar el proceso penal a costa de una apuesta por la *aproximación razonable a la verdad* tiene un contenido claro de justicia retributiva o una utilidad fantasiosa (resocialización).

34 Por estas razones el problema de la verdad, no es una discusión estéril y fútil, sino todo lo contrario, tiene

tuciones comprometía siempre el tema de la verdad; así por ejemplo, la inicial intensificación del procedimiento de Terminación Anticipada, condicionaron que se acepten verdades consensuadas, construidas para los efectos del proceso, independiente de su aproximación razonable a la verdad objetiva. En efecto, el razonamiento inicial asumió, de manera inconsciente, una postura sistémica descontextualizada de nuestra realidad; sin embargo, se erigió también posicionamientos reductores de la violencia punitiva. Algunos asumen que el concepto de verdad que se obtiene en un proceso es una verdad construida[35]; otros asumimos que la verdad que se obtiene en un proceso es una verdad reconstruida[36]. En efecto, esa toma de posición es definitoria en la interpretación de todos los dispositivos penales.

No es un capricho sostener que la verdad que se persigue en el proceso debe reconstruirse sobre la base de la realidad, por lo menos con una aproximación razonable a la verdad. Pues estamos afirmando que ese concepto tiene una función político criminal de reducción de la violencia punitiva, esa es nuestra clave valorativa e ideológica; por eso nos alejamos de aquellos que quieren centrar el eje del debate en la posibilidad o en la imposibilidad de llegar a una verdad objetiva. Digámoslo de una vez no somos extremistas descriptivos en el sentido de alcanzar a plenitud una verdad objetiva o absoluta; pero somos claros en el sentido de que la verdad jurídica que se reconstruye es precisamente con base en los datos de la realidad, pues sólo así puede tener la consistencia para ser una formidable contención frente a la violencia punitiva. Afirmar que la verdad en el proceso es construida, es renunciar a su función de contención punitiva; pues, esta verdad construida y consen-

---

35 REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Litigación Estratégica y Técnicas de Persuasión*, Editorial GRIJLEY, Edición 2008, Lima, p. 13.

36 En un modelo acusatorio, el método para aproximarse a la verdad es la confrontación entre las partes; empero esta contradicción para ser eficiente requiere de un margen razonable de igualdad entre los contendientes. Si en el caso concreto no se da esta igualdad, por una defensa deficiente, el poder punitivo podría quedar sin contención.

suada valorativamente no opone ninguna resistencia a una violencia naturalmente expansiva.

Por esa razón es necesario un posicionamiento claro sobre la verdad objetiva como contención a la violencia punitiva, desencadenada formalmente con el proceso. No con la finalidad de buscar la legitimidad del proceso punitivo y su resultado de condena. No hay pretensión de legitimar la violencia punitiva procedimentalizada, porque no tiene sentido debatir al respecto por su inutilidad operatividad y dado que esta violencia procedimentalizada siempre se desplegará una vez ejercitada la acción penal; y aun generará consecuencia jurídicas cautelares (prisión preventiva, etc.) tan o más gravosas que una imposición de pena. Sin embargo, el saber del proceso penal, la construcción de las instituciones procesales son valiosas en tanto este destinadas a contener la violencia punitiva.

La prueba de la veracidad de un acto permitirá afirmar su desvalor; en esa misma línea, sólo la objetividad de la lesión de un bien jurídico –principio de ofensividad[37]– permitirá afirmar el desvalor del resultado. No se puede predicar verdades consensuadas de la acción o el resultado, porque ello enervaría la formidable contención que supone la verdad objetiva.

A manera de conclusión parcial: el tema de la verdad no es aún objeto de debate en nuestro medio; las tensiones se presentan de manera indirecta, básicamente en relación a las técnicas del litigio y se soslaya un aspecto central como la verdad consensuada o aproximativa construida o reconstruida; peor aún no se asume y menos se discute el enorme contexto ideológico que trasunta el debate sobre la verdad. Es de urgencia este debate sentando posición en nuestro margen latinoamericano en un concepto jurídico de verdad funcional a la contención del poder punitivo.

37 Pragma conflictivo.

Capítulo IV
Imputación concreta Aproximación razonable a la verdad

"La sospecha debería inducir al examen, nunca a la decisión"

Sumario: *1. El carácter cognitivo del proceso penal – 2. Concepto – 3. Estructura de la imputación concreta – 4. Imputación y elementos de convicción – 5. La imputación concreta del dolo – 6. Operatividad funcional: etapas – 7. Perversión de la imputación concreta – 8. Formulismo e imputación*

1. EL CARÁCTER COGNITIVO DEL PROCESO PENAL

La reforma procesal –en su desenvolvimiento– afronta un problema central: la precariedad de las imputaciones del hecho punible, en la formalización de la investigación preparatoria y en la acusación. Los defectos que se observan, son bastante serios e inciden directamente en el objeto del debate, en la audiencia. Una precaria imputación, por ausencia o defecto de proposiciones fácticas, determina que el juicio oral, ineludiblemente degenere en un debate de prejuicios, sospechas o conjeturas. Esta detestable consecuencia, convierte a las audiencias en sesiones rituales de intenso reproche ético, en desmedro de su carácter cognitivo. En ese contexto, los prejuicios y las particulares conformaciones ideológicas de los juzgadores son los factores determinantes al momento de sentenciar. Este tipo de justicia fuertemente intuitiva, resta cualquier pretensión de aproximarse razonablemente a la verdad y hace iluso un programa de contención del poder punitivo. Esta práctica es contraria al modelo procesal cognoscitivo diseñado conforme a la Constitución.

Las características centrales de un modelo procesal constitucionalizado son el cognoscitivismo procesal y la estricta jurisdiccionalidad –*epistemología garantista*–.[1] El *cognoscitivismo procesal,* exige la determi-

1 Ello no significa que las otras características de la epistemología garantista –esto es el convencionalismo penal y la estricta legalidad–, no sean importantes; claro que lo son, pues son el presupuesto del cognoscitivismo procesal.

nación concreta del hecho punible imputado. La imputación, debe ser un hecho punible unívocamente descrito, de modo que resulte susceptible de verificación o refutación, que permita su control empírico.[2] Este es el modelo de un proceso penal, como proceso de cognición o de comprobación, que tiene como presupuesto una imputación concreta de un hecho punible, base necesaria para el desarrollo de la actividad probatoria. En efecto, este principio permite la realización de dos condiciones: la verificabilidad y la refutabilidad de la hipótesis acusatoria y su prueba empírica; y, en consecuencia el fundamento de la sentencia,[3] dado que la determinación concreta de la imputación de un hecho punible, afecta de manera decidida los fundamentos de hecho y de derecho, con lo que el juez justifica sus decisiones.[4]

El principio acusatorio, tiene como base la separación entre acusador, defensa y juez; presupone la diferenciación entre los sujetos que acusan, los que se oponen o resisten a la acusación, quienes la controlan y los que juzgan. Una cosa es la atribución de imputar, y otra, la de juzgar. Este principio, representa la condición esencial de la imparcialidad del juez, respecto a las partes de la causa y también el presupuesto de la carga de la imputación.[5] No obstante, esta distribución de roles es inútil, si la

---

2 El Tribunal Constitucional –en reiterada jurisprudencia–, ha puesto énfasis en señalar que **la acusación ha de ser cierta –no implícita– precisa, clara y expresa.** Véase Exp. 8123-2005-PH/TC. Exp. 7357-2006-PHC/TC.

3 "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 decisión del tribunal" (BINDER, Alberto M. *Introducción al Derecho Procesal Penal.* Ad-Hoc. Buenos Aires. 1993. P.161)

4 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón.* Editorial Trotta. Madrid. 1995. Pp. 36 y 37.

5 Es contundente lo señalado por el maestro Montero Aroca: "No puede haber proceso si no hay acusación y ésta ha de ser formulada por persona distinta de quién ha de juzgar: Estamos ante algo tan obvio, pues no existe verdadero proceso si se confunden los papeles de juez y de acusador..." (MONTERO AROCA, Juan. *Principios del Proceso Penal.* Editorial Tirant Lo Blanch alternativa. Valencia. 1997. p. 96)

fiscalía no imputa concretamente un hecho punible definido, y el juez de control de acusación, no realiza ésta función. Si esto es así, el principio acusatorio no podrá tener realización, dado que la imputación concreta, es la piedra angular que delimita el objeto del proceso; si no hay imputación concreta, no hay materialización del principio acusatorio.

Ciertamente al Ministerio Público, le corresponde delimitar la imputación concreta –aspecto principal de la contradicción– al formular su pretensión punitiva. Pero en la dinámica del proceso, su propia dialéctica, genera un escenario para que la defensa –el contradictor–, configure el objeto del debate. Así analíticamente la defensa, en su oposición o resistencia de manera razonable, podrá señalar –considerando los *hechos imposibles de cambiar*– convenciones sobre determinadas proposiciones fácticas; con ello focaliza el debate. En este sentido, la concreción de la imputación, permitirá fijar un blanco que oriente óptimamente la actividad defensiva del imputado.

La imputación concreta del hecho punible, es *conditio sine qua non* para posibilitar el ejercicio real de la defensa, por tanto, debe ser definida y configurada para materializar una resistencia idónea.[6] Es el presupuesto necesario de la *garantía - principio* del contradictorio, en efecto, no es posible materializar un contradictorio, si no se tiene una imputación concreta. El imputado solo puede defenderse de una imputación definida. El derecho de defensa, se enerva si no existe imputación concreta y definida, susceptible de control.[7] Si las proposiciones fácticas de

---

6 En ese orden de ideas, San Martín Castro, afirma: "*Como quiera que el objeto del proceso penal está conformado por un hecho (acción u omisión), es pues, necesario e imprescindible que se afirme el hecho, debidamente definido, con indicación de sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores, lo que a su vez, es una exigencia del derecho de defensa, de la cosa juzgada y, en general, del principio de seguridad jurídica.*" (SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Volumen I. Editora Jurídica GRIJLEY. 2000. Lima - Perú. pp. 298, 301, 302, 323, 327 y 328)

7 El Tribunal Constitucional, en el fundamento 30 de la sentencia en el **Exp. N.° 03987-2010-PHC/TC,** ha señalado "El principio acusatorio permite

la imputación del hecho punible, no están definidas, no es posible configurar una contradicción procesal entre pretensión y oposición. Solo desde esta perspectiva, se comprende por qué el *objeto del proceso* está definido por la imputación del hecho punible –pretensión punitiva–,[8] y el *objeto del debate* por la oposición.[9] Definidos ambos aspectos de la contradicción –pretensión y oposición– se materializa, como resultado, un contradictorio pleno, y en consecuencia un debate cognoscitivo pleno de proposiciones propuestas y contrapuestas.

El contradictorio procesal *–que da existencia y validez al proceso–* solo puede configurarse sobre la base de una imputación concreta; por consiguiente, es reductivo estimar que ésta, solo optimiza el derecho de defensa. Esto no es así, dado que la imputación concreta, genera el contradictorio y; por tanto, configura la esencia misma del proceso.

La connotación jurídica de la imputación, impone al juez, el deber de verificar la realización del principio de legalidad; en efecto, el contradictorio se desarrolla sobre la base de una calificación jurídica adecuada, que condiciona el orden del debate. Una imputación sin una calificación jurídica adecuada, condiciona un contradictorio enervado y desordenado; se afecta la propia imputación y el derecho de defensa, vaciando su contenido esencial. Así, los juicios éticos, prejuicios y sospechas cubren el espacio de la ausente imputación, y se imposibilita su control objetivo y empírico. Por tanto, la imputación

---

garantizar el derecho de defensa ya que sólo cuando existe un cargo concreto y específico la persona podrá defenderse"

8 El objeto de proceso es fijado o delimitado por la Fiscalía, a partir del cual se consolida y desarrollan los principios acusatorio y de contradicción, a diferencia del objeto del debate que se conforma con los hechos, pruebas y pretensiones de las demás partes procesales o de la resistencia hecha valer por el acusado. (Acuerdo Plenario 4-2007/CJ-116, fundamento 9).

9 En esa línea Montero Aroca: "El acusado nunca puede alterar el objeto del proceso, pero si puede ampliar el objeto del debate" (MONTERO AROCA, Juan. *Ibídem*. Pp. 129 y 130)

concreta cobra central importancia, de cara a un proceso contradictorio y cognitivo.[10]

2. CONCEPTO

La *imputación* es la vinculación entre un **hecho** (el objeto de la norma) y una **persona** (sujeto de la norma), realizada sobre la base de una norma. Parafraseando a KELSEN "Es muy importante tener en claro que esta vinculación, denominada imputación, realizada sobre la base de normas no es una conexión causal ni teleológica, sino de naturaleza muy especial, que justamente por llevarse a cabo sobre la base de normas, puede ser llamada normativa. Porque las normas las crea el hombre y la conexión de sujeto y objeto de la norma es por ello totalmente arbitraria".[11]En ese orden de ideas es preciso destacar que constituye un error pensar que el principio de imputación fuera aquí la causalidad, que el resultado de la acción fuera imputado al autor de haberlo provocado en forma causal; también constituye un grave error buscar la esencia de la imputación en una vinculación teleológica entre el sujeto y objeto de la imputación, afirmar que el hecho delictivo constituye siempre la *finalidad* o, con otras palabras, el deseo del sujeto.[12]

Un concepto operativo de la imputación concreta, sin mayor pretensión teórica, permite definirla como el deber de la carga que tiene el Ministerio Público de imputar a una *persona* natural, un *hecho punible,*[13] afirmando proposiciones fácticas vinculadas a la realización de todos

---

10 La concepción cognitiva del proceso, asegura dos objetivos políticos, uno es la certeza controlable del juicio, y dos, la separación radical entre moral y Derecho.

11 KELSEN, Hans. *El Otro Kelsen* Edición. México. 1989. p. 308.

12 KELSEN, Hans. *Ibídem*. p. 310.

13 Con claridad magistral Kelsen precisa que: "La *imputación* es la vinculación entre un hecho (el objeto de la norma) y una persona (sujeto de la norma) realizada sobre la base de una norma (...)" (KELSEN, Hans. *Ibídem*. p. 308"

los elementos del tipo penal.[14] En efecto, el tipo penal, es el referente normativo para la construcción de proposiciones fácticas.[15] Cada uno de los elementos del tipo, exige su realización fáctica y ésta, es presentada en la imputación penal con proposiciones fácticas.[16] Es necesario reiterar que la afirmación de hechos, no es discrecional, sino que está vinculada a la aplicación de la ley a los hechos propuestos, por ello, es una imputación legal. Si hay ausencia de proposiciones fácticas realizadoras de algún elemento del tipo, entonces, no se tiene una imputación.[17]

---

14 El Tribunal Constitucional en el fundamento 30 de la sentencia emitida en el expediente 03987-2010 citando a Montón Redondo, ha señalado que por imputación se entiende en sentido material o amplio como: "la atribución, más o menos fundada, que se le hace a una persona de un acto presuntamente punible sin que haya de seguirse necesariamente acusación contra ella como su consecuencia" (Véase: MONTÓN REDONDO, Alberto. *Derecho Jurisdiccional. Proceso Penal.* Valencia. Tirant lo Blanch. 1998 p. 211).

15 Las afirmaciones, son el medio necesario para introducir los hechos en el proceso. Entre hecho y afirmación, se presenta un correlato necesario; en efecto, los hechos para ser incorporados en el proceso, requieren de ser afirmados, y la afirmación no es sino afirmación de hechos. De cara a la actividad probatoria, la única forma de probar los hechos es comprobando la veracidad de las afirmaciones, precisamente, de los hechos. Por consiguiente, es claro que el objeto de la prueba, es el hecho y su afirmación.

16 Una proposición fáctica, es una afirmación de hecho respecto de un caso concreto.

17 Precisa James REÁTEGUI que: "(...) el juicio de subsunción es un tema estudiado por el Derecho Penal material y el concepto de imputación es un tema de Derecho Procesal Penal. El Juicio de tipicidad es contrastar que el hecho que está investigando es subsumible en un tipo penal, con lo cual, lo que busca dicho juicio es el marco típico de la conducta investigada. En cambio el concepto de imputación está ligada a la individualización de la conducta del sujeto, a la asignación de responsabilidad jurídico-penal a una persona humana (...)". Esta consideración nos parece correcta, solo que indudablemente los dos conceptos están imbricados indisolublemente. (REÁTEGUI SÁNCHEZ James. *El control Constitucional en la Etapa de Calificación del Proceso Penal.* Editorial Palestra. Primera Edición. Lima. 2008. Pp. 46 y 47).

Por consiguiente, la imputación del hecho punible se materializa con proposiciones fácticas, que por un lado, afirman la realización de un hecho punible; y por otro, imputan este hecho a un sujeto. La afirmación del hecho y su imputación, están imbricadas; pero, para efectos prácticos, es necesario destacar su diferencia. Las proposiciones fácticas vinculadas al hecho punible, son predominantemente objetivas; en tanto que, las proposiciones fácticas que imputan el hecho a un sujeto, tienen predominancia subjetiva; empero, se encuentran enlazadas.

Con frecuencia la imputación fiscal satura proposiciones fácticas del hecho punible; sin embargo, las proposiciones fácticas que vinculen al sujeto, con el hecho, son escasas o ausentes. La descripción extensa del hecho punible con débil atribución al sujeto, pervierte la imputación. La predominancia del debate solo respecto del hecho punible, enerva o anula el debate respecto de los elementos de la imputación que vinculen al imputado con el hecho punible, generando con ello indefensión. Es importante verificar exhaustivamente, la concurrencia de ambos tipos de proposiciones fácticas; su ausencia o su generalidad, dan lugar al desborde de la intuición –poco controlable– en desmedro de la cognición.

3. ESTRUCTURA DE LA IMPUTACIÓN CONCRETA

Dos componentes completamente conjugados de la imputación, son las proposiciones fácticas y su calificación jurídica. En efecto, las proposiciones fácticas de la imputación de un hecho punible, no son libres o discrecionales, están vinculadas a la aplicación de la ley,[18] por ello, una imputación concreta, tiene la estructura de un tipo penal.

Para la construcción de proposiciones fácticas significativas típicamente, será necesario utilizar la teoría del tipo; en efecto, los hechos que acaecen en la realidad son históricos, multiformes, con un conjunto

18 "(...) es de tener presente que la promoción de la acción penal no es un acto discrecional del Fiscal está sujeta a requisitos legales (...)" (César SAN MARTÍN CASTRO. Op. Cit. p. 367).

de características no necesariamente relevantes jurídicamente. Es con el instrumento conceptual denominado **tipo** que los hechos históricos son filtrados y su resultado son las proposiciones fácticas que estructuran la imputación del hecho punible.[19]

El **tipo** está estructurado con elementos objetivos y subjetivos; cada uno de ellos exige la concurrencia positiva de proposiciones fácticas; si faltan proposiciones fácticas exigidas por el tipo, entonces el hecho es atípico –por lo menos para la calificación jurídica específica en cuestión–. El **tipo** es el punto de necesaria referencia normativa, para construir la imputación del hecho punible. Por esa razón, el operador penal, debe dominar el uso de las diferentes modalidades del **tipo:** doloso, culposo, comisivo, omisivo, etc.

Analíticamente, el tipo penal es descompuesto en determinados elementos; sin embargo, el número de éstos no necesariamente tienen correspondencia con el número de proposiciones fácticas. En efecto, esto va a depender de la fortaleza o debilidad de la proposición fáctica.[20] Probablemente una proposición fuerte, requerirá de una sola proposición fáctica, para afirmar la realización de un elemento del tipo. Empero, si es débil, será necesaria la concurrencia de más de una proposición fáctica que configure la realización de un elemento del tipo.

---

19 No existe posibilidad de construcción de proposiciones fácticas de la imputación, sin la utilización de la teoría del tipo. El tipo es el único medio de filtrar los hechos históricos y su producto, son las proposiciones fácticas. La estructura del tipo, es tanto objetiva como subjetiva; por tanto, habrán proposiciones fácticas objetivas y subjetivas. De esta forma se aprecia el carácter instrumental de la teoría del tipo.

20 Señala BAYTELMAN que "(...) las proposiciones fácticas pueden ser fuertes o débiles. Son más fuertes en la medida en que más satisfacen el elemento legal para el que fueron ofrecidas. Hay proposiciones fácticas que son tan fuertes, que ellas solas satisfacen el elemento completamente (...) la debilidad de una proposición fáctica (...) tiene que ver con su ineptitud para satisfacer el elemento legal para el que fue ofrecida" (BAYTELMAN A., Andrés y DUCE J, Mauricio. *Litigación Penal y Juicio Oral y Prueba.* Edit. Universidad Diego Portales. Santiago de Chile – 2004. Primera Edición. p. 77)

Las proposiciones fácticas configuradoras de elementos valorativos del tipo penal, por necesidad, serán más de una, porque lo valorativo exige una estimación conjunta de una pluralidad de proposiciones descriptivas. En tanto, que las proposiciones fácticas vinculadas a la realización de elementos descriptivos del tipo objetivo podrían ser únicas, dependiendo del caso concreto.

Los elementos de convicción, son el tercer componente de la estructura de la imputación concreta. Cada uno de los componentes presenta problemas particulares que tienen que ser resueltos.[21]

4. IMPUTACIÓN Y ELEMENTOS DE CONVICCIÓN

Formalizar Investigación Preparatoria (FIP) presupone tener definido una imputación concreta;[22] cada una de las proposiciones fácticas deberá estar vinculada al hecho punible *–que realizan los elementos del tipo–* y su atribución a una persona. Pero la mera afirmación de proposiciones fácticas, no satisface la necesidad de una imputación concreta. En efecto, afirmar un hecho punible y responsabilidad sin base indicativa, es *flatus vocis*.[23] Si se tiene, solo proposiciones afirmativas de la realización de un hecho, el imputado no puede defenderse mate-

---

21 A propósito de la estructura de la imputación, el Tribunal Constitucional, en el expediente 03987-2010-PHC/TC ha señalado "En resumen el derecho a ser informado de la imputación tiene tres elementos configuradores: i) La existencia de un hecho concreto y específico o la apariencia verosímil del mismo (STC N.° 8125-2005-PHC/TC); ii) La calificación jurídica (STC N.° 06079-2008-PHC/TC); iii) La existencia de evidencia o de medios de convicción (STC N.°s 5325-2006-PHC/TC; 9544-2006-PHC/TC)"

22 Art. 336 del NCPP, (1) "Si de la denuncia, del Informe Policial o de las Diligencias Preliminares que realizó, aparecen indicios reveladores de la existencia de un delito (...), que se ha individualizado al imputado (...) dispondrá la formalización y la continuación de la Investigación Preparatoria" 2.(b) "La Disposición de Formalización de Investigación Preparatoria contendrá: Los hechos y la tipificación específica

23 "Palabras que se lleva el viento".

rialmente de meras afirmaciones. Son precisamente los elementos de convicción los que van a pautar o guiar la defensa del imputado, proponiendo la realización de actos de investigación para enervar el contenido de los elementos de convicción.

Esta digresión entre proposiciones fácticas *–edificación–* e indicios reveladores *–cimientos–* posibilita el ejercicio idóneo del derecho de defensa; condiciona entonces un verdadero contradictorio procesal y optimiza la defensa. Si no concurren indicios reveladores de la comisión de un delito, simplemente no existe concreción de la imputación.

En definitiva, no es suficiente la mera afirmación de proposiciones fácticas; es una condición necesaria, pero no suficiente para configurar una imputación concreta. El concepto de imputación, exige una base indicativa que sostenga las proposiciones fácticas. Conforme a esta exigencia, se define a la imputación como *"la atribución,* ***más o menos fundada****, que se le hace a una persona de un acto presuntamente punible sin que haya de seguirse necesariamente acusación contra ella como su consecuencia"*.[24] La expresión *"más o menos fundada"*, constituye una exigencia de concreción de cada proposición fáctica, sobre la de base indicios reveladores de la comisión del delito e indicios reveladores que vinculen al imputado con este hecho. Por tanto, la imputación, solo es concreta en tanto esté sostenida con elementos indicativos reveladores de la comisión del delito e indicios reveladores que vinculen al imputado con la realización del delito.[25] Esta exigencia es menos intensa en la DFIP,

---

24 Expediente 03987-2010. HC/TC citando a Montón Redondo, (Véase: MONTÓN REDONDO, Alberto. *Derecho Jurisdiccional. Proceso Penal.* Valencia. Tirant lo Blanch. 1998 p. 211).

25 Empleemos una metáfora, e imaginemos a la *imputación* como un edificio; los cimientos son la base de las edificaciones; en esa comparación, los elementos de convicción son los cimientos de las proposiciones fácticas edificadas. Una edificación sin cimientos es endeble, provisional y no soportaría un temporal de intensidad menor, dado que no tiene unos cimientos que los soporten; la mera presentación de proposiciones sin unos cimientos de convicción no generarían un contradictorio; es endeble, no es concreta.

y es más rigurosa en el Control de Acusación (CA), como resultado del desarrollo del proceso propiamente de los actos de investigación.[26]

La imputación concreta[27] exige para su configuración tres elementos: proposiciones fácticas, calificación jurídica y evidencia o medios de convicción. Es precisamente en la imbricación entre proposiciones fácticas y los medios de convicción donde puede realizarse el fundamento de aproximación razonable a la verdad y el programa de contención de la violencia punitiva. La unilateralidad de los que construyen proposiciones fácticas no vinculadas a elementos indiciarios, tiene su esencia en el pragmatismo de la justicia negociada.[28]

La inicial práctica operativa de los jueces de Investigación Preparatoria fue verificar de manera compartimental, primero las proposiciones fácticas y su calificación jurídica, y luego recién los elementos

---

Las edificaciones se construyen sobre la base de los cimientos; las proposiciones fácticas, se edifican sobre la base de convicción; el rendimiento de éstos, determina el contenido de las proposiciones fácticas. Si se edifican proposiciones fácticas sin cimientos de convicción, no se tiene una imputación concreta y, por tanto, estas proposiciones fácticas no vinculan al "imputado"; es mera afirmación.

26 En ese orden de ideas, señala REÁTEGUI SÁNCHEZ: "(...) en las instancias iniciales del procesamiento penal todavía no hay verdaderas pruebas incriminatorias, sino sólo meros indicios de la comisión de un hecho punible; entonces, no puede realizarse –o mejor exigirse– una imputación concreta, sino más bien de tipo genérica (...)" Sin embargo, no parece adecuado el empleo del término *imputación genérica*, en todo caso se trata de diferentes grados de concreción de la imputación. (REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Op. Cit. p. 17)

27 La expresión imputación concreta´ permite abarcar los elementos de convicción o los indicios reveladores, que son los que concretan la imputación y permiten encontrar el nexo dialéctico, entre las proposiciones fácticas calificadas jurídicamente y los elementos de convicción.

28 Por el carácter dispositivo de la pretensión civil, su propuesta no está vinculada a la concurrencia de los elementos de convicción; en tanto que la Imputación Penal, es ajena al principio dispositivo y pone en riesgo los derechos fundamentales, por lo que debe estar premunidas de elementos indiciarios.

de convicción; pero, qué duda cabe, existe un nexo indisoluble entre las proposiciones fácticas y los elementos de convicción; su verificación y control debe ser conjunta y no por separado; así cada proposición fáctica debe estar necesariamente vinculada con un elemento de convicción o indicio. De esta manera, la imputación sí es concreta.

Se presenta cierta regularidad en la postulación de proposiciones fácticas, con elementos de convicción, vinculadas a la realización del hecho punible; empero, son débiles o ausentes las proposiciones fácticas, con elementos de convicción, que vinculan al imputado con el hecho –imputación–. Obviamente en este último supuesto, no existe imputación, sino una mera sospecha; y, una Disposición de Formalización de Investigación (DFIP) sobre una base difusa es insostenible en un proceso cognitivo.

5. LA IMPUTACIÓN CONCRETA DEL DOLO

La postulación de proposiciones fácticas 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 no es posible penetrar en la subjetividad del agente y verificar su particular vivencia psicológica al momento de la realización del hecho delictivo.[29]

El dolo como voluntad[30] guiada por el conocimiento de la realización del hecho punible, tiene que ser reconstruido como imputación

---

29 En ese orden de ideas James Reátegui, señala que: "Es necesario no caer en el fácil error de considerar que sólo en la comprobación de la tipicidad objetiva el jurista del Derecho Penal debe recurrir a la subsunción. En efecto, también hay que subsumir los aspectos subjetivos del hecho. Por ejemplo el dolo o el ánimo de lucro. Aquí es necesario, lo mismo que el tipo objetivo, disponer de un concepto de "dolo" o "ánimo de lucro" (REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Op. Cit. p. 47)

30 El querer –como criterio limitador– permite distinguir el dolo, de la imprudencia, la cuestión se complica cuando se trata de un *dolo de segundo grado o de consecuencias necesarias* y el *dolo eventual*.

subjetiva. El dolo directo es compatible con un concepto *psicológico descriptivo de la voluntad* –**voluntad descriptiva**–; por tanto, la imputación exige proposiciones vinculadas a la voluntad y el conocimiento. Empero, el dolo indirecto y el dolo eventual, solo son compatibles con un concepto de **voluntad normativa**; así, será suficiente imputar que el agente contaba con ciertos conocimientos al momento de realizar la conducta objetivamente típica, para atribuirle un comportamiento doloso.

Otro problema anterior, se presenta con la imputación del conocimiento que tuvo el sujeto activo; se tienen dos respuestas: una de configuración *realista* y otra de configuración *normativa*.

La primera 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;[31] esta opción propende a una aproximación a la verdad y, por tanto, es óptima para contener o limitar la violencia punitiva. Por otro lado, las "concepciones normativas",[32] señalan que, no es posible averiguar el dolo en las concretas vivencias psicológicas del sujeto activo, por lo que, recurren a criterios normativos de determinación del dolo; *se atribuye o imputa un determinado conocimiento a un sujeto*, y con ello el dolo, pero empleándose criterios distintos a la verificación empírica de datos psicológicos. No obstante, desde esa óptica normativa se enerva la posibilidad de contener la violencia punitiva; y, probablemente dará lugar a que se atribuya dolo, donde fácticamente, no existe dolo.[33]

---

31 Los autores que adoptan esta propuesta, la denominan concepción psicológica.

32 RAGUES I VALLES, Ramón. *El dolo y su prueba en el Proceso Penal*, con prólogo de Jesús Maria Silva Sánchez. Editorial J.M Bosch Editor.1999.

33 El "Caso Utopía" en el Perú y el caso "Cro Magnon" en Argentina, son claras manifestaciones de ello. La imputación subjetiva, tomando como base el dolo cognitivo –*sin el elemento volitivo*–, siempre será un dolo creado artificiosamente desde el derecho y para el derecho; así, el único contenido del dolo cognitivo será el conocimiento o representación o intelección de: **i)** La

Corresponde entonces presentar, por un lado, **i)** proposiciones fácticas de directo contenido subjetivo, realizadoras de los elementos del tipo subjetivo, por otro lado, **ii)** proposiciones **objetivas** *indicativas* de un hecho subjetivo *indicado* –la intencionalidad– que permitan inferir ***inductivamente*** la intencionalidad del sujeto activo.[34] Nótese que no se renuncia a la aproximación razonable a la verdad; pero no se postula ingenuamente solo proposiciones fácticas de directo contenido subjetivo, sino además proposiciones objetivas que sean signos inequívocos de una determinada intencionalidad.[35]

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. Las experiencias psíquicas no pueden probarse de manera directa; carece de razonabilidad pretender su probanza, con prueba directa. Por ello, la lógica indiciaria cobra capital importancia para probar realidades subjetivas. En efecto, las proposiciones fácticas objetivas –indicativos– tienen que ser probadas para inferir, a partir de estas, una intencionalidad típica.

El Ministerio Público debe prestar atención e importancia en la construcción de proposiciones objetivas indicativas, que posibiliten inferir la realización de las proposiciones configuradoras de dolo en el agente. Probar directamente las proposiciones fácticas subjetivas, es una exigencia de imposible cumplimiento, dado que el hecho psíquico

---

acción que crea un riesgo no permitido, o la acción que incrementa un riesgo no permitido; **ii)** La acción que contraria el rol del cual es portador el sujeto activo. Como se aprecia esta proposición fáctica del dolo cognitivo no abarca el conocimiento del resultado.

34 Un concepto coherente e impecable teóricamente como el dolo, sin embargo, operativamente no sirva para nada.

35 Julio César SANTA CRUZ, realiza una importante distinción entre: a) *imputación fáctica*: en la que sí cabe imputar directamente proposiciones fácticas de directo contenido subjetivo; b) *imputación conviccional (teoría probatoria)* en la que habría que indicar los hechos indiciarios del dolo, a través de proposiciones fácticas; de estos hechos indiciarios, a través de determinadas reglas de la experiencia, ciencia o técnica se colegiría el dolo.

solo se presenta en la subjetividad del sujeto. Pretender probar directamente las proposiciones subjetivas –dolo u otros elementos subjetivos distintos del dolo– con prueba directa genera problemas insolubles[36] en un contexto procesal. Por otro lado, la 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.

Una postura con un programa de contención de la violencia punitiva no puede renunciar al hecho subjetivo, como objeto de control. Estas pueden armonizar con reglas de sentido social, que operen como correctivos de una imputación subjetiva –realidad subjetiva–.

6. OPERATIVIDAD FUNCIONAL: ETAPAS

La imputación concreta del hecho punible, configura el Proceso en general; pero a su vez, tiene funciones específicas en cada una de las etapas del proceso, que orientan la actividad de los sujetos procesales: Es el punto de referencia necesario, que define y delimita el objeto de cada una de las etapas –Diligencias Preliminares, Investigación Preparatoria, Etapa Intermedia y Juzgamiento–.[37]

Las Diligencias Preliminares (DP),[38]tienen como objeto definir los contornos de la imputación concreta, y para ello tienen por finalidad realizar los actos urgentes e inaplazables, destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad, así como asegurar los elementos materiales de su comisión. Su objeto es definir la estructura de la imputación concreta: *hechos, calificación*

---

36 El empleo de algunas "técnicas" como la aplicación del "suero de la verdad", la hipnosis, el detector de mentiras, etcétera; decanta directamente, en considerar al imputado, como fuente de información; y precipita, sin lugar a dudas, a una metodología inquisitiva.

37 Ciertamente, el control de imputación es una actividad dinámica, que se realiza en todo el desenvolvimiento del proceso.

38 Art. 330°.2 del NCPP

jurídica y medios de convicción. Si concurren estos tres componentes, entonces el Ministerio Público tiene una imputación de un hecho punible, y, por tanto, corresponde formalizar y continuar con la Investigación Preparatoria (FIP).

Una práctica *–contra legem–* de la fiscalía ha desnaturalizado esta finalidad;[39] pues, no obstante la existencia de una imputación concreta dispone, por regla general, diligencias preliminares. Se ha pervertido su objeto y finalidad; su recurrencia acarrea consecuencias negativas, enerva el contradictorio con sensible afectación del derecho de defensa, y degenera en dilación. Peor aún, ordenar diligencias preliminares policiales sin estrategia, constituye una práctica formularia que anquilosa la investigación. Si se tiene una imputación concreta, entonces, su consecuencia procesal es la Formalización de la Investigación Preparatoria (FIP).

6.1. Imputación e investigación preparatoria

Si de la denuncia, del informe policial o de las diligencias preliminares (DP) que realizó, aparecen indicios reveladores de la existencia de un delito *–imputación concreta–*, entonces el fiscal dispondrá la formalización de la Investigación Preparatoria (DFIP)[40] y ésta debe contener los hechos y la tipificación específica correspondiente.[41] Uno de los problemas más sensibles es asumir, en error, que las proposiciones fácticas de la imputación del hecho punible, pueden presentar cierta indefinición.

---

39 Art. 330.2 del NCPP.- "Las diligencias preliminares tienen por finalidad inmediata realizar los actos urgentes e inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad, así asegurar los elementos materiales de su comisión, individualizar a las personas involucradas en su comisión, incluyendo a los agraviados, y dentro de los límites de la ley, asegurarlas debidamente."

40 Art. 336 numeral 1 del NCPP.

41 Así se encuentra previsto en el literal "b" numeral 2 del Art. 336° del NCPP.

Esta indefinición estaría justificada por sendos Acuerdos Plenarios jurisdiccionales, que hacen referencia al carácter relativo y provisional de la imputación del hecho punible; sin embargo, esa apreciación, no es exacta; en efecto, el Acuerdo Plenario 6 – 2009, F. 8, expresa claramente que en la DFIP, el fundamento jurídico es el que tiene carácter relativo; lo que interesa, es la **definición de los hechos** que han sido objeto de investigación. Aún más, el fundamento 8 del Acuerdo Plenario 2-2012, precisa como exigencia de la DFIP: "(...) La comunicación detallada de los cargos formulada contra el imputado. Su efectividad sin duda, como correlato del conocimiento de los cargos (art. 72.2.q del CPP, requiere inexorablemente de que los hechos objeto de imputación en sede investigación preparatoria (Art. 341.2 CPP tengan un mínimo de detalle que permita al imputado saber el suceso histórico que se le atribuye y la forma y circunstancia en que pudo tener lugar".

Pero, ese carácter relativo y provisional de la calificación jurídica, no significa asumir, que la imputación jurídica, pueda presentar cierta indefinición o un carácter genérico, pues el fundamento 9 del Acuerdo Plenario 6 – 2009, precisa con claridad que "La acusación debe incluir un tipo de imputación determinado, una calificación, siempre **provisional** del **objeto de la investigación,**[42] comprende: Los elementos legales del hecho punible, la indicación de la ley penal correspondiente, con las normas que correspondan, referidas a la tipicidad objetiva y subjetiva, el grado del delito y la forma de autoría y participación".

Como uno de los correctivos para superar los defectos de la imputación concreta el fundamento 8 del Acuerdo Plenario 2-2012, señala que: "Muy excepcionalmente, ante la desestimación del Fiscal o ante la reiterada falta de respuesta por aquel –requisito de admisibilidad– y siempre frente a una omisión fáctica patente o ante un detalle patente de hecho con entidad para ser calificados, de modo palmario, de inaceptables por genéricos, vagos o gaseosos, o porque no se precisó el aporte presuntamente delictivo, **cabría acudir a la acción jurisdiccional de tutela penal.**

42 Las negritas son nuestras.

Otra de la frecuente justificación de la propuesta de hechos indeterminados en la DFIP, es que ésta constituye la fase inicial de la investigación, y que precisamente el objeto de la investigación preparatoria, sería superar esa inicial indefinición. Metodológicamente esta perspectiva es errada, toda vez que para proyectar y planificar una investigación, se requiere que las variables o términos *–proposiciones fácticas–* de la hipótesis de investigación deben ser comprensibles, precisos y lo más concretos posibles. Términos vagos o confusos, no tiene cabida en una hipótesis de investigación,[43] pues no se tiene un norte que oriente estratégicamente la actividad de investigación. Las proposiciones fácticas de la imputación del hecho punible son el punto de referencia.

La imputación concreta, determina el objeto de la investigación y su finalidad; por consiguiente, la pertinencia y utilidad de los actos de investigación propuestos por las partes, para el esclarecimiento de los hechos. Es sobre la base de esta hipótesis, que las partes pueden conocer y controlar la investigación sobre un objeto definido, oponer sus medios de defensa[44] y ofrecer la realización de actos de investigación, para enervar la imputación. Sin hipótesis, de imputación de un hecho punible, la etapa de investigación preparatoria, degenera en una reproducción burocrática de ritualismos anquilosantes sin finalidad específica. Una investigación ciega, sorda, torpe e inhumana, siempre exacerba un latente autoritarismo de sus operadores.[45] La reducción de la investigación a un mero expediente, sin una imputación concreta, esconde el drama humano generado por el conflicto delictivo.

---

43 HERNANDEZ SAMPIERI, Roberto, FERNANDEZ COLLADO, Carlos y PILAR BAPTISTA, Lucía, *Metodología de la Investigación Científica.* Quinta Edición. 2010. México. p. 96.

44 Un típico medio de defensa, que cuestiona la imputación, es la excepción de improcedencia de acción, por medio del cual se cuestiona la calificación jurídica del fáctico propuesto.

45 La práctica autoritaria, tenía su cobertura en el secreto que suponía el expediente.

Cualquier audiencia previa al juicio oral –*prisión preventiva,*[46] *excepciones, cuestión previa, etc.*– está condicionada por la imputación concreta formalizada. El debate realizado, en una excepción o una prisión preventiva, gira sobre la base de la imputación concreta, definida en la **DFIP**; ésta determina el *objeto del debate* de las audiencias previas al juicio oral, pues es su parámetro de congruencia. La imputación del hecho punible propuesta en la **DFIP,** es la definida base fáctica, que será el punto de referencia para el debate de cualquier audiencia preliminar, sea ésta de requerimiento de prisión preventiva, de improcedencia de acción, etc. Si es que en la audiencia preliminar el **MP** pretende incorporar base fáctica diferente a la que configura la imputación de la **DFIP,** el **JIP** deberá reorientar el debate sobre la base fáctica de la D**FIP;** es una exigencia de congruencia y defensa que todas las audiencias preliminares, no excedan de la base fáctica propuesta en la imputación.[47]

Pretender incorporar información diferente a la imputación concreta, es emboscar a la otra parte y, sorprender al Juez. La incorporación de una base fáctica distinta, solo puede realizarse con una ampliación de la **DFIP**, nunca en el accesorio de un requerimiento de prisión preventiva u otro tipo de audiencia previa.

6.2. Imputación y Etapa Intermedia

Concluida la Investigación, el Juez –en la etapa intermedia– realizará un exhaustivo control de la imputación, verificará su base fáctica, la calificación jurídica y los elementos de convicción suficientes para decidir el enjuiciamiento del imputado. Los medios de defensa que se

---

46 Es una buena práctica, la realización de un **control de imputación, inmediatamente, antes del debate de los presupuestos materiales de la prisión preventiva.**

47 El **CPP** ha regulado medios técnicos de defensa, para cuestionar de manera material y procesal la imputación del hecho punible; así, un cuestionamiento material a la imputación del hecho punible, es a través de la –excepción de improcedencia de acción, la que es propuesta cuando el hecho propuesto en la DFIP, no constituye delito o no es justiciable penalmente.

opongan en esta etapa, también tienen su punto de referencia en la imputación concreta.

Un primer problema es la tendencia de los **JIP** de realizar una evaluación formal de la acusación;[48] esa práctica **procedimentalista** centra su interés en el control formal de la acusación y deja de lado, o presta poca importancia, al control sobre la imputación concreta del hecho punible.

Lo central es el control de la imputación del hecho punible, pues éste constituye el objeto del proceso. Diferenciar el acto procesal de la acusación *–acto continente–* del acto procesal de la imputación concreta del hecho punible o pretensión punitiva *–acto contenido–* es de trascendencia práctica. El núcleo de la audiencia del control de acusación es el control de imputación; por tanto, un juez que no conozca la estructura básica de la imputación del hecho punible, no podrá realizar ese control sustancial de manera adecuada.

Para un adecuado control es imprescindible el dominio de la teoría constitucional, la teoría del delito, la teoría del proceso y la teoría de la prueba. Conforme a la **estructura de la imputación** *–imputación jurídica, imputación fáctica e imputación conviccional–*, el juez tiene que evaluar en primer orden, los datos de la realidad, que son las proposiciones fácticas; pero esta evaluación está directamente vinculada con el juicio de tipicidad; en efecto, el juez tiene que evaluar una perfecta correspondencia entre la imputación fáctica y la imputación jurídica; solo luego evaluará la imputación conviccional. Esa coherencia –incluso debe ser más exhaustiva–, cuando se está ante supuestos de calificacio-

48 Que la audiencia de control sea marcadamente formal, ello trajo como consecuencia que el **MP** se preocupe por el cumplimiento acabado de todos los requisitos de forma de la acusación, que tuvo su expresión en extensos formatos elaborados conforme a la racionalidad legal del Art. 349° del CPP, y en muchos casos contrarios a la verificación razonable de la imputación del hecho punible.

nes alternativas o subsidiarias.[49] El control material de la imputación, exige el dominio y aplicación de la teoría del delito; el control procesal de la imputación, exige el dominio y aplicación de la teoría del proceso; y el control conviccional, exige el conocimiento y aplicación de la teoría de la prueba.

No existe posibilidad de evaluar la procesabilidad de la imputación concreta, sin la utilización de los *presupuestos procesales*: *i)* que se haya individualizado al presunto autor o partícipe, *ii)* que la acción penal no esté prescrita, o que concurra otra causa de extinción de la acción penal, *iii)* que se hayan satisfecho requisitos de procedibilidad.[50] En efecto, los presupuestos procesales, son los instrumentos analíticos que permiten verificar la validez de la relación jurídica procesal penal, sobre la indudable base fáctica de la imputación. Son las proposiciones fácticas de la imputación, las que permiten determinar si la relación jurídica procesal es válida. No obstante que la imputación del hecho punible esté *materialmente* bien estructurado, y que *procesalmente* determine una relación procesal válida, es necesario verificar si esta imputación concreta, configura una causa probable; para este efecto, se deberá evaluar la suficiencia de elementos de convicción, que permita

---

49 Art. 349° del CPP.

2. La acusación solo puede referirse a hechos y personas incluidos en la disposición de formalización de la investigación preparatoria, **aunque se efectuare una distinta calificación jurídica**.
3. En la acusación, el **MP** podrá señalar alternativa o subsidiariamente las circunstancias de hecho, que permitan calificar la conducta del imputado en un tipo penal distinto, para el caso de que no resultaren demostrados en el debate, los elementos que componen su calificación jurídica principal, a fin de posibilitar la defensa del imputado.

50 Art. 336° del CPP. Formalización de la Investigación Preparatoria.

1. Si de la denuncia, del informe policial o de la diligencias preliminares que realizó, aparecen indicios reveladores de la existencia de un delito, que la acción penal no ha prescrito, que se haya individualizado al imputado y que, si fuera el caso, se han satisfecho los requisitos de procedibilidad, dispondrá la formalización y la continuación de la Investigación Preparatoria.

considerar que la pretensión punitiva, es seria y con probabilidad de fundabilidad positiva en el desarrollo del juicio oral.[51]

Otro problema por superar, es que los JIP no realizan un control adecuado de la imputación concreta, ello se presenta en la admisión indebida de categorías genéricas o abiertas, en lugar de proposiciones fácticas que lo configuren; así es recurrente el uso de términos normativos genéricos como "por culpa" "violación de un deber objetivo de cuidado" "abuso sexual", sin especificar cómo se realizó esa exigencia típica, en el caso concreto. Similar situación se presenta respecto del nivel de intervención delictiva del imputado,[52] pues se asume que es suficiente con señalar las categorías de "autoría mediata, coautoría", etc." por la mera pluralidad de sujetos delictivos; o señalar *lato sensu* "complicidad primaria o secundaria", sin que se presenten proposiciones fácticas que los configuren.

Desde otra perspectiva, se observa que las defensas técnicas utilizan solo la etiqueta de **"la falta de imputación necesaria"** para oponer alguna defensa; no expresan qué elemento del tipo, es el que no aparece configurado en proposiciones fácticas; ello constituye una perversión de la defensa de la imputación. Por otro lado, las defensas técnicas, no expresan la específica lesión que se les causa, en supuestos de aparente o real omisión de propuestas de circunstancias antecedentes, concomitantes y posteriores al hecho atribuido; simplemente señalan que la "falta del contexto de lugar y tiempo de la realización del hecho punible" determina una falta de imputación

---

51 Los elementos de convicción, son el producto de los actos investigación; no se debe confundir estos conceptos. En la práctica –en la audiencia de control de imputación–, se incurre en el yerro de hacer un listado de los actos de investigación sin que se exprese su contenido: los elementos de convicción. Así, cuantitativamente, puede existir un significativo número de actos de investigación; empero, escasos o nulos elementos de convicción, que son los más importantes para efectos de evaluar si la imputación constituye una causa probable.

52 Art. 349.1 .d) *"La participación que se atribuye al imputado"*

concreta; ello no es así, sino que tiene que evaluarse siempre, en función del caso concreto.

6.3. Imputación y juicio oral

En el plenario oral de entrada, la imputación concreta delimita el objeto del proceso; y, con la resistencia, queda delimitado el objeto del debate. Sobre este eje se desarrolla el contradictorio de toda la actividad probatoria. Sirve como parámetro para la dirección judicial del debate y pauta la litigación oral de las partes procesales.

En esta etapa, procesalmente es muy tarde para un saneamiento procesal positivo de una imputación defectuosa; en efecto, los Jueces de Juzgamiento, no están habilitados para exigir a la Fiscalía el saneamiento material de la imputación, mejorando tardíamente ésta, en perjuicio de la defensa del imputado. En ese orden, si la imputación es defectuosa, solo corresponde sobreseer la causa, declarando fundada de oficio la excepción que corresponda.[53] Algunas veces el MP pretende que los defectos de la imputación del hecho punible sean superados judicialmente, acudiendo a las "máximas de experiencia" como integradora de la imputación concreta; empero, las máximas de experiencia,[54] no operan como criterios de integración o saneamiento de imputaciones defectuosas, pues son solo útiles como criterio para la valoración de los medios probatorios. Operativamente las máximas de experiencia, son criterios prácticos para construir las proposiciones fácticas de la imputación concreta; empero, ese rol le corresponde indudablemente al **MP**.

Finalmente en la etapa decisoria, la imputación concreta, es el elemento de referencia para verificar el principio de congruencia procesal

---

53 Es muy frecuente esta situación, pues los jueces de investigación preparatoria, no realizan de manera adecuada el saneamiento procesal en la etapa intermedia.

54 Art. 393.2 "La valoración probatoria respetará las reglas de la sana crítica, especialmente conforme a los principio de la lógica. Las máximas de experiencia y los conocimientos".

entre acusación y sentencia. En efecto, la determinación concreta de la imputación de un hecho punible, afecta de manera decidida, los fundamentos de hecho y de derecho con los que el juez justifica sus decisiones. Si el juez incorpora base fáctica distinta a la propuesta por el MP, entonces afecta directamente el principio acusatorio.

7. PERVERSIÓN DE LA IMPUTACIÓN CONCRETA

Frecuentes prácticas en la propuesta de la imputación concreta, han pervertido su función. Anotemos algunas:

Se pervierte la imputación cuando, a pesar de existir información suficiente y valiosa –como resultado de los actos de investigación–, las proposiciones fácticas, no son construidas sobre la base de esta información. Las partes pueden tener conocimiento de esos elementos de convicción por haber accedido al expediente; empero, esto no exime al **MP** de su deber de construir proposiciones fácticas, para materializar una imputación concreta. En efecto, es un deber nodal de la fiscalía, que se traduce en la tarea de sintetizar los elementos de convicción –resultado de los actos de investigación– en proposiciones fácticas que den materialidad a los elementos del tipo. Empero, no se realiza esta operación de sintetizar la información investigativa, construyendo proposiciones fácticas, sino que se asume erradamente como suficiente, la información dispersa en la *carpeta fiscal*. Esto es erróneo.

El trabajo fiscal se vertebra sobre la base de construir proposiciones fácticas, sintetizando la información obtenida con los actos de investigación *–conforme a un enfoque jurídico–*.[55] Esta es precisamente

55 Con mucho acierto –señala Juan Carlos VALDIVIA CANO–, que "El proceso penal, aunque debe asentarse en la calidad de la información y la elección de los datos de la realidad, no parece esencialmente cognitivo, sino interpretativo, creador de sentido, mucho más constructivo o productivo que la pura descripción de meros hechos, **teniendo en cuenta que elegir ciertos datos de la realidad, y no otros, ya es interpretación".** No cabe duda, que la observación es acertada; empero, debe entenderse que ese enfoque jurídico valorativo, es selector de datos reales jurídicamente relevantes; en efecto, se

su labor central, ardua pero indispensable. De nada sirve acopiar analíticamente información sin un objeto. Esa información, es el insumo que se tiene que sintetizar en proposiciones fácticas calificadas jurídicamente; estas, a su vez, orientan –o reorientan– la actividad investigativa, buscando nueva información. La imputación concreta es el resultado de esa tensión dialéctica entre la analítica de la actividad investigativa y su síntesis en proposiciones fácticas. Si el operador fiscal no es consciente de esta dinámica, realizará una labor unilateral de acopio cuantitativo de información, sin proyección estratégica en la obtención de información de calidad.

La falta de destreza en la construcción de proposiciones fácticas, da lugar a que se realicen imputaciones con errados juicios de tipicidad, no obstante que con los elementos indiciarios que se cuenten, tienen base fáctica para construir proposiciones fácticas con un correcto juicio de tipicidad. El Juez de Investigación Preparatoria (JIP) no tiene atribuciones para exigir y controlar que el fiscal construya proposiciones fácticas con determinada información de los actos de investigación. Sería contrario a su rol constitucional ordenar u orientar la construcción de proposiciones fácticas en determinado sentido jurídico. Por tanto, el desarrollo de destrezas en la construcción de proposiciones fácticas sobre la base de la actividad investigativa es una tarea pendiente y de urgencia que corresponde a la fiscalía.

La débil presencia de proposiciones fácticas, puntualizadas con base en la investigación, genera en los jueces el apremio de recurrir al expediente, para obtener información por defecto o ausencia de las proposiciones fácticas. Esto determina que, en algunos casos, sean los jueces quienes construyan proposiciones fácticas, para fundamentar sus decisiones; y, con ello el retorno sin ambages al método inquisitivo, con jueces haciendo las veces de fiscales. El efecto más pernicioso, es la anulación del contradictorio procesal, pues solo con proposicio-

---

parte de **datos de la realidad; porque, solo es interpretable aquello que tiene realidad.** Se trata de una unidad dialéctica entre el mundo cognoscible y el sujeto cognoscente, su resultado es una interpretación de la realidad.

nes fácticas de la imputación del hecho punible se puede materializar el contradictorio y optimizar el ejercicio de la defensa a través de una adecuada resistencia u oposición. Si no hay imputación, no hay defensa, por más que la información se encuentre en la carpeta fiscal. Con todo ello se resiente seriamente el principio acusatorio y el carácter cognitivo del proceso, dando lugar a un ritual de sospecha y de atribuciones éticas sin posibilidad de debate procesal.

Otra perversión se presenta cuando la imputación contiene proposiciones fácticas vinculadas a la realización del hecho punible, pero es carente de proposiciones fácticas que vinculen al imputado. El autor o partícipe de un hecho punible, lo es porque está vinculado al hecho punible por criterios normativos previstos en el Código Penal. En efecto, no es válido imputar un hecho punible a una persona sobre criterios diferentes a las bases normativas previstas en los artículos 23, 24, 25, 26 y 27 del Código Penal. Las imputaciones ajenas a estos criterios normativos –como: *imputación por incoherencias en sus declaraciones, por guardar silencio, por mentir, por conducta de vida, etc.*–, son completamente extrañas a la imputación exigida por los dispositivos, anteriormente señalados. En ese orden, la necesidad de realizar imputaciones, respecto de cada uno de los niveles de intervención delictiva, se satisface con la presentación de proposiciones fácticas que expliciten de manera concreta el nivel de intervención delictiva –coautoría, autoría mediata, complicidad, etc.–.

Otras veces se postulan proposiciones genéricas, no concretadas en indicios reveladores. Obviamente, no existe imputación, y da lugar a la sospecha como fundamento. Una formalización de imputación sobre base difusa, es insostenible en un proceso cognitivo, se anula éste carácter y deviene en un escenario de linchamiento ético; y, el debate moral se impone, saturando el escenario de la audiencia, con prejuicios de los operadores jurídicos.

Es necesario que se imponga una activa labor judicial en el control de imputación,[56] verificando la existencia de una imputación con

56 "El Juez penal tiene un control de legalidad sobre el ejercicio de la acción penal, por lo que el procesamiento de quien resulte emplazado por el Fiscal

indicios reveladores de la comisión de un delito y de la intervención del imputado.[57] Es una necesidad de *lege ferenda* una audiencia de control de imputación de la DFIP; y, en el Control de Acusación una exhaustiva verificación *–ajena a un control formulista–* de una causa probable que justifique el desenvolvimiento de un juicio oral.[58]

Se pervierte la imputación concreta, cuando se presentan excesivas proposiciones fácticas no vinculadas al hecho constitutivo, sino a las circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores.[59] Esta exuberancia de circunstancias, rodea o circundan –generalmente– débiles proposiciones fácticas del hecho constitutivo. El exceso de proposiciones fácticas *circundantes* –irrelevantes jurídicamente– esconde la débil presencia de proposiciones fácticas del hecho constitutivo, y revela la falta de destreza en sintetizar información en proposiciones fácticas realizadoras del tipo penal.

Una técnica operativa para construir una imputación, exige elaborar en primer orden *–como núcleo–* las proposiciones fácticas de la imputación. El primer problema que se presenta es que: las pretensiones punitivas, no presentan proposiciones fácticas expresas, relacionadas con la afectación del bien jurídico;[60] así, se limitan a efectuar enuncia-

---

requiere autorización o decisión judicial. Sin embargo, esa autorización o resolución judicial no es automática, el Juez no actúa como simple receptor del procesamiento dispuesto por el Ministerio Público. En su misión de garante de los derechos individuales de las personas, especialmente de quienes están sujetas a una persecución penal, el Juez debe evaluar si la promoción de la acción penal se amolda a los requisitos que establece la ley procesal, es decir, le corresponde un papel de defensor del ordenamiento jurídico (...)" (SAN MARTÍN CASTRO, César. *Ibídem*. p. 367).

57 Art. 336.1.4 del NCPP.

58 Art. 344.2.d. del NCPP.

59 El Juez de control de acusación, debería devolver la acusación, a fin de que el Fiscal haga la diferencia nítida de los Hechos y de sus Circunstancias.

60 Por esta razón, es importante tener un concepto definido de bien jurídico. El concepto de bien jurídico de *"relación de disponibilidad"*, es el más operativo y tiene fundamentación constitucional. Este concepto descansa en última

dos o afirmaciones de carácter nominal y abstracto; ejemplos de esta práctica están en las expresiones: *"se ha afectado el bien jurídico contra el patrimonio"*, *"se ha afectado el bien jurídico, libertad sexual"*. Este tipo de enunciados que se presentan en las pretensiones punitivas, y muchas veces también en las decisiones judiciales, no expresan en concreto la afectación de un específico bien jurídico, sino solo constituyen enunciados que aparentan cumplir con la condición necesaria de la afectación del bien jurídico. Solo sobre la base de la proposición fáctica que describa y concluya que se ha afectado un bien jurídico, se procederá luego a la construcción de las otras proposiciones fácticas vinculadas a la realización de los elementos del tipo objetivo y subjetivo, y con ello, se califica jurídicamente el hecho punible.

Solo después –si son jurídicamente relevantes– se procede a la construcción de las proposiciones fácticas, que configuran las circunstancias modificatorias.[61] Primero la determinación de la imputación –hecho constitutivo– y solo como consecuencia, las *circunstancias modificatorias*; éstas por sí solas no tienen base. Por consiguiente, el MP centrará arduamente su labor en la imputación constitutiva de los elementos del tipo; solo luego, construirá las proposiciones fácticas que configuran las circunstancias con relevancia jurídica. Se evita así el exceso de circunstancias irrelevantes jurídicamente, en desmedro del hecho constitutivo.

La concurrencia de circunstancias de contexto –jurídicamente irrelevantes– y con débiles proposiciones de un hecho constitutivo, determina que gane terreno la eticidad del proceso, en desmedro del carácter cognitivo de éste; por tanto, la brega por la presentación de proposiciones fácticas está directamente vinculada con la caracterización cognoscitiva del proceso.

---

instancia, en el principio - derecho Libertad. Esta afirmación, no es meramente retórica principista, sino tiene directa implicancia operativa.

61 La imputación sería el cuerpo sólido que golpea las aguas tranquilas y las circunstancias el efecto de las ondas que circundan el golpe de la imputación.

8. FORMULISMO E IMPUTACIÓN

El formulismo, es otra perversión de la imputación concreta; se expresa en la utilización de formatos, que al pretender llenarlos de contenido, da lugar a la reiteración de éste. Las acusaciones son exuberantes en formas y rubros etiquetados, pero con débil contenido del hecho punible y su imputación. El estilo forense, no puede ajustarse al cumplimiento del formato de la acusación; el listado de requisitos previstos en el Art. 349 del CPP, debe adecuarse al caso concreto. Así por ejemplo, si existe actor civil constituido, no tiene razón jurídica exigir al MP peticione un monto por la reparación civil, pues procesalmente cesó su legitimidad. La verificación exhaustiva del cumplimiento riguroso de los rubros formales, constituye una práctica formularia que anula o enerva la construcción de una imputación del hecho punible, conforme a las particularidades del caso.

El estrecho rigor del formato condiciona severas confusiones, así la imputación –hecho constitutivo– es disgregada de manera inarticulada, en circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores. El formalismo extremo, degenera en un descuartizamiento de la imputación. Esta desagregación de la imputación es consecuencia directa de la utilización del formato; en efecto, éste exige por rubros que la acusación contenga las circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores al hecho constitutivo; y, en un caso concreto ante la ausencia de las circunstancias, para satisfacer los requerimientos del formato,[62] se descompone el hecho típico atribuido.

Este formulismo, en apariencia facilita el trabajo fiscal; empero, no permite una práctica eficiente de control de la imputación concreta. Así la robótica práctica formularia, debe ser criticada y combatida pues imposibilita la reflexión crítica en la construcción de la imputación del hecho punible. Además, no es inocuo, debido a que, las defensas forma-

62 Los formatos que se utilizan para presentar la acusación, constituyen una especie de formularios, más o menos ajustados a exigencias normativas (349 CPP), pero no vincula normativamente.

listas utilizan este formato como un esquema de evaluación y es aprovechado para cuestionar la ausencia de proposiciones fácticas constitutivas del tipo, pese a que éstas si se encuentra presentes pero bajo el rótulo formal de circunstancias. Lo importante es la concurrencia de la imputación fáctica, con proposiciones fácticas realizadoras de los elementos del tipo, independientemente de la nomenclatura formularia que se emplee.

Es claro que la imputación fáctica –hecho punible– es el núcleo constitutivo de la imputación y que las *circunstancias* rodean este hecho. Son bases fácticas distintas, unas son el núcleo y las otras son periféricas al núcleo, las primeras son esenciales, las segundas no son esenciales. Las circunstancias solo deben ser postuladas en tanto sean generadoras de consecuencias jurídicas.[63] Esta perspectiva procesal, permite un control eficiente de los requisitos de fondo de la imputación penal, porque nos permite focalizar el problema.

Si el fáctico constitutivo del hecho punible, se encuentra bajo otra denominación formularia, ello no supone ausencia de imputación. Una cosa es que éstas no existan y otra que los hayan desarrollado en otros rubros;[64] por tanto, no es una causal de sobreseimiento;[65] en este supuesto, corresponde al Juez disponer su ordenación devolviendo la acusación.[66]

---

63 Normalmente, estos efectos están vinculados a la individualización de la pena.

64 Con acierto –señala Julio César Santa Cruz–, que: Debe exigirse al Fiscal que bajo el rubro de Hechos Atribuidos presente todos los hechos que imputa; pues de esto es de lo que debe defenderse el investigado o acusado– esta exigencia debe hacerse tanto en relación a la Disposición de formalización de la IP como a la Acusación. De lo contrario, la defensa tendría que defenderse de cualquier afirmación Fiscal que se encuentre a lo largo de las frecuentemente numerosas páginas, lo que introduce un serio escollo al ejercicio de la defensa, que se genera únicamente por inoperancia del Fiscal. No es legítimo cargar al imputado los defectos de preparación de los operadores del sistema penal.

65 Art. 344. CPP.

66 Art. 352.2 CPP.

Precisando, la imputación concreta, es presupuesto esencial del contradictorio *procesal*, pues configura el núcleo del Proceso; sin él simplemente no existe proceso, es el aspecto principal del contradictorio procesal; determina el carácter cognitivo del proceso en cualquiera de sus etapas, pues las proposiciones fácticas son verificables y confutables. Si la imputación es defectuosa, entonces incide directamente en la configuración defectuosa del proceso, y degenera su carácter cognitivo, mutando en un rito formal, cargado de sospecha y prejuicios. Por esa razón, los cuestionamientos a la perversión de la imputación, apuntan a generar buenas prácticas y configurar constitucionalmente un auténtico *proceso,* centralmente cognitivo y por tanto controlable. El abordaje de la imputación concreta y los problemas de su calificación jurídica, merecen un enfoque independiente.

Capítulo V
Audiencia y aproximación a la verdad

El diálogo auténtico es aquel en el cual se establece una relación viva entre dos o más personas, mientras que en el diálogo falso los hombres creen que se comunican lo único que hacen, en realidad, es alejarse unos de otros.
Martin Buber[1]

Sumario: *1. Nociones previas – 2. Concepto de audiencia – 3. Audiencia: juez y contradictorio – 4. Las técnicas de litigación oral y el concepto de audiencia – 5. Dogmática penal y audiencia*

---

1 Citado por Luis Lamas Puccio. Revista Gaceta Penal. Lima. Diciembre 2010. p. 259.

1. NOCIONES PREVIAS

El cambio de la metodología del expediente por la audiencia generó dos problemas serios de entidad suficiente como para poner en riesgo la reforma procesal. Un primer problema fue la inercial y natural resistencia al abandono del *expediente* y como correlato –en tensión– la resistencia al cambio metodológico por la *audiencia*. Un segundo problema, fue la distinta concepción de audiencia que adoptaron los que asumieron el cambio metodológico del expediente por la metodología de la audiencia. Éste es el problema que abordaremos.

Dar respuesta a cuál de las dos metodologías es la más adecuada para una aproximación razonable a la verdad, exige dar respuesta primero a cuál de las dos metodologías optimiza mejor el contradictorio procesal. Partimos del axioma que la esencia del proceso es el contradictorio. La magnitud del contradictorio procesal incidirá directamente en la mayor o menor aproximación a la verdad. Cuanto mayor es el contradictorio, mayor será la aproximación a la verdad; cuanto menor es el contradictorio, menor será su aproximación a la verdad. Por esa razón es presupuesto necesario comprender y asumir una concepción material del contradictorio procesal.

Desde la lógica del expediente la materialización del contradictorio se ve sensiblemente enervada. Las pretensiones son propuestas por escrito, las resistencias, por escrito, y también todas las decisiones judiciales siempre son por escrito. En ese orden, los dos aspectos

del contradictorio –*pretensión y resistencia*– no confluyen en un mismo escenario temporal; son estáticos, y eso da lugar a un contradictorio procesal débil o aletargado. El enervamiento del contradictorio procesal condiciona la predominancia ritual de las formas procedimentales y degenera en litigio indirecto; ello no permite que se optimice la dinámica del debate contradictorio; como consecuencia, el proceso se torna moroso y burocrático.

El rigor de la información petrificada en los escritos (recursos, dictámenes, actas de declaraciones, etc.) no es susceptible de ser sometida a un contradictorio que se materialice en un mismo escenario temporal; por tanto, no es posible verificar, en un contexto de contradictorio, la coherencia o incoherencia de la pretensión o de la resistencia; el soporte de papel contiene información inerme que puede ser incoherente, falsa o inexacta que no pueden destacarse en un contexto temporal único. En efecto, los sujetos procesales, los órganos de prueba, etc., se encuentran mediatizados por la rigidez del papel. Simplemente no están disponibles para producir información relevante para el juicio con inmediación del juez. Como directa consecuencia, los principios que estructuran la audiencia –*contradictorio, inmediación, oralidad y publicidad*– pierden importancia operativa o se pervierten; lo mismo da que los alegatos se presenten oralmente o por escrito, que el testigo deponga personalmente en el juicio o se de lectura a su manifestación policial.

Inicialmente se esgrimieron razones que pretendían postular la superioridad del expediente como una metodología más idónea para una aproximación razonable a la verdad. Sostienen como bondad del expediente que la información obtenida queda registrada y protocolizada; por tanto, no es posible que su contenido sea manipulado o variado. Concluyen que el expediente genera seguridad jurídica. No obstante, la consecuencia directa de adoptar la metodología del expediente –*con la documentación unilateral e indiscutible de su contenido*– es el enervamiento, la anulación del contradictorio; por consiguiente, la imposibilidad de obtener información de calidad por su aproximación razonable a la verdad. Esta es la crítica central, pues la metodología del expediente enerva – *en algunos casos anula* –el contradictorio procesal y da lugar a

una práctica judicial ritualista exuberantemente procedimental, y es en este escenario donde reina el litigio indirecto.

Frente al escenario antes descrito tenemos que desde una perspectiva dinámica, y de contenido procesal, constituye un dato verificable que la audiencia es un método suficientemente idóneo[2] que permite la materialización del principio del contradictorio y, por tanto, una aproximación razonable a la verdad[3].No obstante, la metodología jurídica de la *audiencia* exige un previo posicionamiento de sus ventajas y bondades, que la hacen superior a la metodología del expediente, para una óptima *aproximación razonable a la verdad*[4]. En ese sentido, la audiencia es una metodología dinámica y eficiente que optimiza, en un contexto de contradictorio procesal, un verdadero flujo de información. En efecto, en el seno del debate –materialización del contradictorio– y el cruce de información es posible destacar las fortalezas y debilidades de los fundamentos de la pretensión o de la oposición.

Indudablemente, desde esta perspectiva constituye un imperativo la inmediación de las fuentes de prueba; el examen oral con inmediación de las fuentes de prueba, sometidas al contradictorio *–examen y contra examen–*, producirá como resultado información de calidad aproximada a la verdad. En definitiva la audiencia –como método– es cualitativamente superior al expediente.

Sin embargo, es extremo considerar que la metodología de la audiencia es antagónica al expediente y lo excluye. Esa postura no es co-

---

2 Ciertamente es un instrumento muy sofisticado que no puede ser aplicado eficientemente con un mínimo de destrezas y competencias.

3 No cabe duda que el escenario de la audiencia optimiza el despliegue real de todos los principios del proceso.

4 Dice FERRAJOLI: "Todo esto vale con mayor razón para la verdad procesal, que también puede ser concebida como una verdad aproximativa respecto del ideal ilustrado de la perfecta correspondencia. Este ideal permanece nada más que como un ideal..." (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Editorial Trotta. Madrid. 1995. Pp. 50 y 51)

rrecta; en efecto, determinados actos procesales ***postulatorios***[5] fijan los extremos del debate en audiencia; así, el objeto de debate en el plenario del juicio oral, está delimitado por la acusación *escrita* y su resistencia; el objeto de las audiencias preliminares, está delimitado por la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria, etc. No es razonable predicar una oralidad extrema sin un punto de referencia que delimite el contradictorio y configure el correlato o congruencia entre lo solicitado y lo decidido. Estos actos procesales *postulatorios –escritos–* fijan los parámetros del contradictorio; empero, su síntesis se presentan oralmente[6]en audiencia.

Lo axiomático *–como contenido esencial de la audiencia–* es que la prueba se produce sólo en el plenario del juicio oral[7]; en ese orden, el principio de oralidad tiene plenitud para satisfacer la necesidad de un contradictorio procesal y probatorio. Pero la oralidad no abarca ni configura todos los actos procesales; en efecto, los hechos propuestos en las hipótesis de investigación y las tesis de acusación son *postulatorios* y, por su naturaleza, deben ser escritos, con observancia razonable de determinados requisitos normativamente previstos.[8]

---

5 Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria, Requerimiento de Acusación, Requerimiento de Prisión Preventiva, etc.

6 Los denominados alegatos de entrada o apertura.

7 La prueba anticipada y la preconstitución de fuente de prueba, constituyen verdaderas excepciones a la producción de prueba en juicio.

8 En este punto existen discrepancias: por un lado, están quienes sostienen que los jueces no deben conocer los hechos postulatorios, pues no deben estar ***"contaminados"*** por esa información; en tanto, que otros, estiman que la ***"no contaminación"*** está referida a la información probatoria *–pues devienen en testigos de referencia–*, pero que, sin embargo, el conocimiento de los hechos que estructuran la imputación del hecho punible o la resistencia a ésta, tiene que ser de conocimiento previo al debate, para que el juez pueda dirigir el contradictorio procesal. Nos inclinamos por esta última posición, pues el juez no permitirá un debate inoficioso e impertinente y podrá encausar el contradictorio por los cauces facticos de la pretensión propuesta; su operatividad evita debates intonsos, difusos, prolongados y sin norte

Si bien, las características de la audiencia son aceptadas de manera general, sin embargo, esto no conduce a un concepto único de audiencia. En este punto radica el problema central. La ausencia de un concepto común de audiencia da lugar a interpretaciones diferentes de los dispositivos normativos, que regulan el desarrollo de la audiencia, esto tienen directa incidencia operativa en la forma de dirección de la audiencia y forma de litigación, etc. En la impronta de la reforma no existe preocupación por los diferentes conceptos de audiencia e impacto en su operatividad también diferente. Se ignora este problema y se quiere presuponer un aparente consenso en el concepto de audiencia. Por tanto, es necesario asumir una concepción de audiencia conforme a las bases normativas del CPC y a la teoría procesal constitucionalizada, definidamente diferente a propuestas que no corresponden a nuestro ordenamiento jurídico y cuya diferencia sustancial es que el órgano jurisdiccional no solo dirige el debate sino que decide el conflicto penal.

2. CONCEPTO DE AUDIENCIA

Es pacífico conceptuar a la audiencia como una metodología para la toma de decisiones judiciales, en el que las partes proporcionan información relevante como fundamento de su pretensión u oposición, para que el juezemita una decisión.Esta metodología opera sobre la base de reunir a las partes involucradas en un proceso y permite que entre ellos se genere un intercambio de información relevante para la decisión que se solicita.

Este concepto omite lo más importante: **la estructura de la audiencia**, en efecto ésta se vertebra sobre la base de cuatro principios: *contradictorio*, *inmediación*, *oralidad* y *publicidad*; de estos principios, el ***principio contradictorio es el eje sobre cuya base se articulan los otros principios***[9]; empero, este principio solo puede materializarse con la ***inmediación*** de los sujetos procesales y los órganos de prueba

9 La oralidad, inmediación y publicidad pueden estar presentes en determinada reunión de personas – misa, asamblea, sesión informativa; empero, si

–en un mismo escenario espacio temporal– que produzcan información **oral**, en un contexto de **publicidad.**

Ese concepto si bien pone énfasis en el carácter instrumental de la audiencia, soslaya su núcleo, esto es, conceptuar a la audiencia como un derecho fundamental ***–principio-derecho–***. Desde esta perspectiva normativa cobra significado operativo el Derecho Humano a ser oído[10], regulado en nuestro ordenamiento jurídico interno como uno de los contenidos esenciales del debido proceso[11].Como derecho fundamental el derecho fundamental a la audiencia tiene varios contenidos, entre estos: **i)** debatir solo lo postulado como pretensión o resistencia; **ii)** el deber de los jueces de emitir decisión sólo sobre la base de lo debatido en audiencia[12]; estos contenidos son garantías mínimas que evitan la sorpresividad no solo de las decisiones judiciales sino también de los hechos postulados de manera extemporánea para su debate.

Con estos presupuestos pero centralmente con el *fundamento* de la audiencia se configura un concepto claro y operativo.

2.1. El fundamento de la audiencia

Los principios que dan fundamento a la categoría jurídica de la audiencia configuran su contenido conceptual; en efecto, son sus cimientos y pilares explicativos y justificativos. Lo importante para conceptuar la Audiencia es su fundamento; si el fundamento es distinto, entonces el concepto es distinto, así se identifican dos posiciones: **i)** uno, es el concepto de audiencia que tiene como fundamento resolver *pragmáticamente* conflictos, donde el problema epistemológico de la verdad sólo es tangencial; **ii)** otro, es el concepto de audiencia que tiene como fundamento epistemológico la aproximación razonable a

---

no está presente el contradictorio, no está configurada en forma alguna la audiencia como metodología para la toma de decisiones.

10 Art. 8 de la Convención Americana de los Derechos Humanos.

11 Art. 139.3 de la Constitución Política del Estado.

12 Principio de congruencia cualitativa.

la verdad para resolver los conflictos. Conforme se asuma determinada posición supondrá la diferente conceptualización de la audiencia que incidirá de manera directa en su operatividad.

a) Fundamento pragmático

Si el fundamento objetivo de la audiencia es pragmáticamente resolver conflictos penales –independientemente de su aproximación a la verdad– entonces, la lógica competencial de ganar o perder se justifica; se resuelve el conflicto a favor de quien gana. La verdad es sólo tangencial a la contienda antagónica donde se impone uno de los extremos en contienda antagónica *–adversarial–*. En consecuencia, el concepto de audiencia presenta características compatibles con una contienda, por ende, el carácter instrumental de la audiencia se acentúa. En consonancia con su fundamento pragmático las partes tiene amplia disposición del *instrumento de la audiencia*; las partes procesales son las *dueñas* del proceso; en ese orden, tendrá éxito quién tenga más dominio formal e instrumental de la litigación e imponga su versión de los "hechos". Desde esta perspectiva no cabe duda que se pone de relieve el carácter instrumental del concepto de audiencia, pues es reducida conceptualmente a una metodología neutra para la toma de decisiones.; así, la audiencia aparece como un instrumento formalmente neutro, no obstante, al servicio del litigante más hábil. En ese orden el principio de neutralidad del juez se erige en principio de principios, y se confunde con el principio de imparcialidad[13].

---

13 En ese orden precisa URBANO MARTÍNEZ que: "desde luego, para nuestra forma de ver las cosas, el proceso penal no es un teatro con escenario, libreto, actores y telón, sino un ámbito de la jurisdicción en el que se aproxima a la verdad en torno a la comisión de una conducta punible... por ello, desde nuestro punto de vista, lo más importante no es que el abogado se asuma como director de una pieza teatral sino que se dote una sólida fundamentación constitucional pues sólo así podrá percatarse de los fines del proceso y del papel que en él está llamado a cumplir" (URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín. *Los Nuevos Fundamentos de las Pruebas Penales*. Editorial Consejo Superior de la Judicatura. Escuela "Rodrigo Lara Bonilla". 2006, P.79)

Este concepto de audiencia no corresponde al diseño constitucional de proceso previsto en la Constitución y el ordenamiento procesal; repárese en que el órgano decisor, que emitirá la resolución es el juez, a quien le es exigible que la decisión sea fundamentada en razones de hecho y el derecho. No comprender este aspecto central lleva a extravíos prácticos con la promoción de técnicas de litigio ajenas a nuestro modelo.

b) La aproximación a la verdad como fundamento

En nuestro modelo, la audiencia tiene como fundamento constitucional la *aproximación razonable a la verdad*, aproximativa precisamente por los límites que la Constitución impone[14]; sólo sobre su base se imparte justicia resolviendo *–o redefiniendo–* el conflicto penal. La aproximación razonable a la verdad es el fundamento constitucional epistémico de la audiencia. Desde esta perspectiva la audiencia deja de ser considerada únicamente como un instrumento donde lo central es el ejercicio de la litigación –y es gravitante la mayor o menor destreza de los litigantes–; para pasar a ser considerada centralmente como un derecho fundamental, cuyo núcleo duro es la aproximación a la verdad, entendiendo a ésta como su fundamento objetivo; este contenido esencial impone a los jueces el deber de exigir la verdad a las partes *–nunca buscarla–*, dando sentido a la dirección judicial de audiencia, por tener su objetivo definido, así controla y delimita metodológicamente el contradictorio *–objeto del debate–*, exige las proposiciones fácticas correspondientes a la calificación típica propuesta; está facultado para impedir alegaciones impertinentes o inadmisibles, limitar el uso de la palabra de las partes y a sus abogados, etc.[15]

---

14 Obviamente otras limitaciones están relacionadas con otros factores como el actual desarrollo de la ciencia y la tecnología.

15 Artículo 363° Dirección del juicio.- 1. El Juez Penal o el Juez Presidente del Juzgado Colegiado dirigirán el juicio y ordenará los actos necesarios para su desarrollo. Le corresponde garantizar el ejercicio pleno de la acusación y de la defensa de las partes. Está facultado para impedir que las alegaciones se

Este fundamento epistémico constitucional[16] determina un concepto de audiencia como derecho fundamental operativo, en su doble dimensión –*subjetiva y objetiva*–.En ese orden la audiencia se manifiesta operativamente: **i)** en su dimensión subjetiva, las partes aportan los hechos y pruebas, y tienen el derecho de exigir congruencia –cuantitativa y cualitativa– en la decisión judicial, conforme a lo alegado y actuado en la audiencia; y, **ii)** en su dimensión objetiva, el juez ejerce la dirección del contradictorio procesal de la audiencia –*aproximación razonable a la verdad*– que sintetiza el deber de exigir la verdad a las partes y dirigir el contradictorio para este objeto.

La audiencia, como todo derecho fundamental, tiene contenidos esenciales[17], que eventualmente pueden ser vaciados por malas prácticas procesales, bien por la predominancia de la dimensión objetiva o de la dimensión subjetiva de la audiencia.

Es en la dialéctica de la dimensión objetiva y subjetiva de la audiencia, entre la aproximación razonable a la verdad y las limitaciones institucionales, que se encuentra el fundamento epistémico de este modelo de audiencia. Este fundamento constituye el núcleo duro del contenido esencial de la audiencia, como valor o como derecho fundamental.

Queda claro que el principio constitucional de la aproximación razonable a la verdad –como contenido esencial del derecho a la au-

---

desvíen hacia aspectos impertinentes o inadmisibles, sin coartar el razonable ejercicio de la acusación y de la defensa. También lo está para limitar el uso de la palabra a las partes y a sus abogados, fijando límites igualitarios para todos ellos, de acuerdo a la naturaleza y complejidad del caso, o para interrumpir a quien hace uso manifiestamente abusivo de su facultad.

16 Los jueces imparten justicia; empero, ese concepto valorativo tiene como núcleo un contenido descriptivo: su aproximación razonable con la verdad.

17 Uno de los contenidos esenciales del derecho fundamental a la audiencia es la congruencia procesal entre lo debatido oralmente y lo resuelto en audiencia; así si la decisión judicial no es congruente con lo debatido será nula, por la anulación o enervamiento del contradictorio.

diencia–[18]no es un valor absoluto, como todo derecho fundamental es relativo, y por tanto, la verdad no es un valor absoluto que se impone a cualquier costo[19]; en efecto, se relativiza por la preponderancia –en un caso concreto– de otros principios constitucionales. La aproximación razonable a la verdad exige un *juicio de fundabilidad*, pero no a cualquier costo. Con mucha frecuencia la realización de otros principios constitucionales prevalecerá conforme a un *juicio de procedencia –procesalidad–* cuando, por ejemplo, el objeto del proceso no está debidamente configurado –imputación concreta–[20], la acción penal ha prescrito, etc. Ambos juicios son de entidad constitucional. Es en el caso concreto en el que se evaluará la preponderancia de uno sobre otro.

2.2. Objetivo de la audiencia

El objetivo de la audiencia se define en función del concepto de audiencia, que se construye en base al fundamento que se le asigne ésta; por tanto, para definir cuál es el objetivo de la audiencia, es necesario hacerlo desde los dos principales fundamentos que se asigna a la audiencia: i) pragmatismo y ii) aproximación razonable a la verdad, que desarrollamos a continuación.

a) Objetivo de la audiencia: jurado y veredicto

De acuerdo a lo señalado, si: **i)** el *fundamento* es ***pragmáticamente resolver conflictos***, y se asume que **ii)** *el órgano decidor* se asemeja a un ***jurado*** –integrado por personas legas en derecho–, entonces el objetivo será persuadir al Juez el mismo que deberá dar un "veredicto" favorable a quién hábilmente lo persuada; y, por tanto, gane la contienda. Obviamente para quién parta de esa concepción deberá adecuar sus técnicas a la consecución de su objetivo "persuadir"; de esta forma, las

18 Derecho a ser oído.

19 Precisamente por esas limitaciones condicionan sólo una aproximación razonable a la verdad.

20 Pues se afecta directamente el contradictorio procesal y el derecho de defensa.

técnicas de litigación están configuradas para persuadir al Juez; su producto será un veredicto marcadamente decisionista sin ningún tipo de fundamentación. Todo esto condiciona un enervamiento del contenido cognitivo de la audiencia[21].

Si el fundamento es resolver conflictos *–independientemente de su aproximación a la verdad–* y su eje gira en torno a la lógica de ganar o perder, entonces el concepto de audiencia presentará características compatibles centralmente con una contienda; no interesa la verdad, ésta es sólo tangencial. En la contienda antagónica se impone el extremo antagónico que litigue con más destreza. En ese orden, cobra importancia las técnicas de litigación para *persuadir* orientadas a generar impresiones emocionales no necesariamente vinculadas a la verdad. En efecto, lo importante será persuadir al Juez: "La persuasión aséptica, sin un contenido valorativo, es la herramienta ideal para que el culpable con una defensa persuasiva pase por inocente, o lo que es peor, para que un inocente, con una mala defensa, como lamentablemente suelen soportar los pobres en nuestros países, deben conformarse con una terminación anticipada o una condena en un juicio donde no pudo persuadir a nadie de su inocencia"[22].

---

21 Señala URETA GUERRA que: "la teoría del debate va por otro camino. Ciertamente existen componentes persuasivos en el debate pero el debate critico exige que esos adornos sean rechazados con una actitud crítica, porquela finalidad del debate crítico es entender el conflicto en todas sus dimensiones ... este tipo de degradaciones del debate es justamente algo que también se debe evitar porque no nos encontramos ante un debate sino ante un auditorio persuadido por la propagando o por la capacidad histriónica del orador... la diferencia del debate con la comunicación persuasiva estriba que en el aquel el mensaje debe ser contrapuesto a una tesis contraria o sometido a dudas sobre su fundamento" (URETA GUERRA, Juan Antonio. *Técnicas de Argumentación Jurídica para la Litigación Oral y Escrita*. Edit. Juristas Editores E.I.R.L. Primera Edición. Lima. Marzo 2010. P.59)

22 CARO CORIA, Dino Carlos. "La enseñanza de la dogmática penal como *conditio sine qua non* para el éxito de la oralidad" Esta contribución corresponde al trabajo presentado el 16.5.10, al término del Curso Base sobre Instrumentos para la Implementación de un Sistema Penal Acusatorio, del

El objetivo de la persuasión está dirigido al Jurado –integrado por personas legas en derecho– que, por la configuración conceptual de audiencia, necesariamente tiene que ser neutral y aséptico con el objeto del debate, pues se limita sólo a controlar el litigio permitido, conforme a reglas prácticas de litigación. Los litigantes tienen claro que su objetivo no es el juez, sino el Jurado, a quienes se les mueve emotivamente con persuasión.

Esta forma de impartición de justicia no solo corresponde a otra configuración social, cualitativamente diferente a la nuestra, sino también a otra configuración jurídica ajena a nuestro ordenamiento jurídico. No corresponde a nuestro modelo conceptuar a la audiencia como una metodología pragmática de resolución de conflictos penales, persuadiendo a un jurado para que emita un veredicto prescindiendo de cualquier justificación.

No tener claro esta diferencia, lleva a serias confusiones y prácticas bien intencionadas pero erráticas, en la impronta de la reforma procesal.

b) Objetivo de la audiencia: juez y sentencia

Desde nuestro modelo procesal constitucionalizado se tiene que si: **i)** el fundamento es aproximarse razonablemente a la verdad para resolver *–o redefinir–* el conflicto penal, y **ii)** el órgano decisor es un *juez profesional*, entonces, el objetivo será *convencer* a este Juez con buenas razones de hecho, jurídicas y probatorias. En síntesis, el fundamento de la audiencia de aproximarse razonablemente a la verdad y que tiene como objetivo convencer al juez, determinará un contenido marcadamente cognitivo de la audiencia. Se convence con razones de hecho, de derecho, propuestas con una imputación concreta construida con proposiciones fácticas calificadas jurídicamente, y razones probatorias

---

VII Programa de Formación de Capacitadores para la Reforma Procesal Penal 2010, organizado por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA)

producto del debate contradictorio de una audiencia de corte cognitivo. En ese orden, el juez profesional emitirá una sentencia fundada en razones de hecho, prueba y de derecho. Desde esta perspectiva, el concepto de audiencia presenta características compatibles con ese fundamento epistemológico. El debate se focaliza metodológicamente operando con los instrumentos conceptuales de la dogmática jurídica –*teoría del delito, teoría del proceso, teoría probatoria, etc.* – para mejor aproximarse razonablemente a la verdad.[23]

Dado que el objeto final de una audiencia es obtener una sentencia fundada en razones de hecho y de derecho, expedida por un juez profesional, entonces, es razonable el empleo de técnicas de litigación *para convencer.* En ese orden, las técnicas de litigación se adecuan a este objetivo. Estas técnicas para litigar se configuran en clave de convencer y, tienen como base la teoría de la argumentación, la metodología de la investigación científica, la teoría del proceso, la teoría de la prueba, y otras teorías jurídicas; por tanto, las técnicas de litigación procesal exigen una adecuada formación académica de los litigantes; no se trata de meros consejos prácticos para persuadir a personas sin formación jurídica, sino una tecnología con fuerte fundamento epistémico para convencer a jueces profesionales en el contexto de una audiencia cognitiva, donde ciertamente la retórica cumple un importante papel, pero no es determinante[24].

---

23 Se da importancia a la dogmática porque precisamente sirve para una mejor aproximación a la verdad.

24 Sin embargo, es importante destacar que "a la acepción peyorativa de la "retórica", que la identifica con la vacuidad verbal, opone Campbell una acepción positiva en la que la retórica bien entendida como la expresión lingüística de pensamientos o creencias con mayor dosis de eficacia comunicativa. En este sentido positivo, la retórica tiene por objeto la persuasión y como método la argumentación dirigida a convencer o a engañar y, por tanto, no a manipular a los interlocutores. La retórica así entendida, desempeña una relevante función para el logro de objetivos morales y políticos" (PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos Estado de derecho y Constitución.* Ed. Tecnos. Octava Edición. Madrid. 2003. p. 613)

En conclusión, queda claro que la audiencia conceptuada con criterios pragmáticos para resolver los conflictos, y que tenga como objetivo persuadir al órgano decisor –jurado– es extraña a nuestro modelo procesal. En efecto, la audiencia, conforme a nuestro diseño constitucional, es un medio para aproximarse razonablemente a la verdad para resolver el conflicto penal, y tiene como objetivo convencer al órgano decisor.

En base a estas consideraciones conceptuales se define a la audiencia como un derecho fundamental que se expresa en la exigencia de un contradictorio metodológico, con fundamento epistémico en la aproximación razonable a la verdad, modulado por los derechos fundamentales de los sujetos intervinientes y que tiene como objeto convencer –*en un contexto persuasivo*– a un Juez profesional, para que emita una decisión justificada racionalmente en los hechos debatidos oralmente, aplicando el Derecho.

3. AUDIENCIA: JUEZ Y CONTRADICTORIO

La diferencia central de nuestro modelo procesal con el modelo adversarial de audiencia tiene que ver con la naturaleza de la contradicción que los dinamiza. La particularidad del contradictorio, antagónico o no antagónico, que subyace en el concepto de audiencia, condicionan la forma de su conducción.

a) Audiencias de corte adversativo puro

Es ajeno a nuestro modelo procesal que la audiencia se estructure sobre la base de un antagonismo puro, adversativo puro, en el que uno de los aspectos del contradictorio elimina al otro y la lógica de ganar o perder se impone[25]. Bajo esta estructura el contradictorio antagónico

25 Así PIZZI, señala: "La metáfora utilizada últimamente en los Estados Unidos por los profesionales del Derecho es que un juicio no es más que una "lotería", y que ir a juicio es simplemente "tirar los dados": a veces se gana

no evoluciona en una síntesis, sino presupone la eliminación del otro. Pues finalmente el Jurado cumple con emitir un veredicto precisando quién ganó o quién perdió *-guilty not guiltty-*. Si el contradictorio de la audiencia es antagónico, entonces son los litigantes quienes tienen la disposición del proceso y lo central será ganar o perder. En ese orden, los litigantes desplegarán todas sus destrezas y habilidades para vencer; cualquier error formal del adversario será aprovechado en su lógica de ganar[26]; no interesa si con ello se logra absolver a un culpable o condenar a un inocente[27]; es una posibilidad más absolver al inocente o condenar al culpable.

Esa lógica antagónica, adversativa pura, reduce el rol del Juez a: **i)** un mero arbitro; **ii)** no se concibe un Juez con dirección activa que pretenda optimizar el contradictorio equilibrando las desigualdades procesales existentes entre las partes; el antagonismo es pleno; **iii)** el Juez no tiene como función emitir una decisión sobre el fondo, ya que esta le corresponde al jurado; por consiguiente, su convicción es irrelevante para los efectos del veredicto que emita el jurado. A este tipo de Juez le corresponderá asumir un rol estrictamente neutral verificando sólo el cumplimiento aséptico de las reglas del litigio, pues es de su interés sólo el control procedimental del debate. Para esta forma de audiencia constituye una exigencia que el Juez sea neutral, pues éste sólo tiene que controlar que las reglas procedimentales se cumplan estrictamente sin posibilidad de dirigir la audiencia modulando metodológicamente el contradictorio.

La función del Juez es aséptica con el contenido del debate y con un mínimo de igualdad material en el debate. La falta de compromiso

---

y a veces se pierde, es todo cuestión de suerte" (PIZZI T., William. *Juicios y Mentiras*. Edit. Tecnos. Madrid. 2004. p. 104)

26 La inobservancia de una formalidad sólo es relevante en tanto afecte el derecho de defensa de la otra parte.

27 CARO CORIA, Dino Carlos. *La enseñanza de la dogmática penal como conditio sine qua non para el éxito de la oralidad*. Recuperado en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20100617_01.pdf

con el contenido del debate es obvia pues el veredicto sobre el fondo le corresponderá al jurado. Obviamente la *neutralidad* respecto del contenido del debate es propia de su rol dado que no tiene el deber de emitir una decisión fundada en razones. Esta *neutralidad* tiene directa relación con el fundamento de la audiencia, esto es, resolver conflictos de intereses, dando la razón a quien gane en la lid adversarial. La neutralidad judicial es asumida como garantía fundamental en desmedro de las otras garantías procesales. En este orden, postulan un garantismo aséptico[28] no comprometido con la materialización de un contradictorio *que dinamice el debate en la audiencia para aproximarse razonablemente a la verdad.* Se asume la ficción que las partes son iguales en el desarrollo de la audiencia y; por tanto, el juez debe ser absolutamente ajeno a cualquier desequilibrio entre las partes; sólo en esa línea tiene sentido la prédica de un contradictorio antagónico –insostenible desde la realidad concreta–

---

28 Esta postura trasunta una concepción ideológica, que asume que se imparte justicia en abstracto, en una burbuja aséptica ideal, sin puntos de tensión- micro o macro social. Empero, la pretensión de justicia se realiza en una sociedad en concreto, en tensiones micro y macrosociales desde la heterogeneidad de las clases sociales, en permanente y aguda pugna, hasta la realidad multinacional de nuestra sociedad. MONROY GÁLVEZ, critica el contenido ideológico de esa vertiente: "sus posiciones doctrinales aparece revestidas de aparente neutralidad, muy doctas, aunque son encubridoras del contenido ideológico que el emisor tiene. La tendencia a expresarse con abstracciones genéricas e indeterminadas –plenas de imparcialidad y coherencia–, es el instrumento para disfrazar las contradicciones reales que subyacen en cualquier sociedad contemporánea". En palabras del mismo MONROY GÁLVEZ, surge la interrogante "¿a quién le conviene reducir el derecho a una unidad formal –genérica y abstracta– capaz de equilibrar antagonismos y armonizar intereses, a través de un sistema neutro, imparcial y liberado de antinomias, cuando la sociedad hierve de contradicciones y las mayorías (consumidores y usuarios) braman por las injusticias cotidianas que soportan" (Diálogo con la Jurisprudencia N° 61, 2003. *La Página de Juan Monroy Gálvez.* p. 178. Editorial Gaceta Jurídica)

b) Audiencia de corte procesal constitucional

En nuestro modelo procesal el contradictorio, no es antagónico. Los contrarios no se eliminan, se complementan en una correlación dialéctica que se sintetizan en una aproximación razonable a la verdad expresada en la sentencia de mérito. La pretensión penal exige la oposición o resistencia para que se genere el proceso; y, la oposición requiere de la pretensión – si no está configurada la imputación concreta, no hay posibilidad de defensa.

La presentación de tesis opuestas y su confrontación determina la generación de información de calidad que permite una aproximación razonable a la verdad, ajena a la fría lógica de ganar o perder. El contradictorio no opera como rueda libre sino que está vinculada en tracción con la verdad aproximativa[29]. La tesis *–pretensión–* y la antítesis *–oposición–* condicionan una síntesis *–la sentencia–*. Una síntesis verificable y controlable por su aproximación razonable a la verdad. La construcción de la síntesis es una labor compleja que corresponde a todos los sujetos procesales. Los litigantes no tienen la disposición del proceso, es el juez quién lo dirige y exige la verdad a los litigantes[30].

---

29 "(...) la competencia aguda entre las partes, confrontacional y, ojala agresiva, tendrá dos efectos de cara a la información con arreglo a la cual el Juez resolverá: En primer lugar, esta competencia entre las partes proveerá al Juez de la mayor cantidad de información posible de contener acerca del caso, toda vez que cada una de las partes hará su mejor esfuerzo por traer al debate toda la información que, desde puntos de vista confrontacionales, aporten a la convicción del Tribunal. En segundo lugar, elevará al máximo la calidad de dicha información pues toda ella habrá pasado por el más tenaz de los controles: aquel que realiza la parte a quien dicha información perjudica, expresado fundamentalmente en el contra examen de la prueba. Si la prueba emerge del contra examen todavía sólida y creíble, entonces la información que contiene será de una alta calidad y habremos minimizado la posibilidad de que ella nos conduzca a un error" (BAYTELMAN, A. Andrés. *Litigación Penal: Juicio Oral y Prueba. El Juicio Oral*. Fondo de Cultura Económica. México. 2005. p. 11)

30 Con URBANO MARTÍNEZ, coincidimos en conceptuar que: "Y esto por cuanto el juez, al menos en una visión democrática de la judicatura no es un

El rol del Juez tiene el deber de dirigir metodológicamente un contradictorio que optimice una aproximación razonable a la verdad, condición del éxito de la pretensión o de la oposición. En esa línea, dirige el debate orientado a ese objetivo epistémico; así el Juez se constituye en un activo director del contradictorio; orienta su actividad a que se materialice un contradictorio y genera condiciones de igualdad procesal para optimizar el desenvolvimiento del contradictorio. En ese orden, el Juez no es ajeno a las naturales desigualdades del proceso penal.

No es razonable exigir que el Juez sea neutral, sino imparcial, pues dirige una audiencia comprometida con la aproximación a la verdad; empero, el Juez no busca la verdad, sino exige la verdad a las partes. El compromiso del Juez con aproximarse a la verdad, está directamente vinculada con su deber de emitir una decisión fundada en razones de hecho y de derecho; por consiguiente, tiene el deber de formarse convicción, sobre la base de un contradictorio metodológico que sirva a este objetivo.

Es parte de su función controlar que los litigantes observen las reglas procedimentales; empero, cuando éstas obstruyen o dificultan su aproximación con la verdad, debe optar por flexibilizarlas aplicando principios o valores constitucionales. Se evita con ello el anquilosamiento formal de las audiencias. No se trata de verificar el cumplimiento estrecho de las formas por las formas, sino de vincularlas con los fines para los cuales se crearon las formas.[31]

árbitro que se ha de limitar a fijas las regla de juego de un debate que no le incumbe. Se trata de un administrador de justicia y ésta como valor, como principio, como derecho y como deber le impone al juez el reto de aproximarse razonablemente a la verdad pues solo así puede emitir decisiones justas.(URBANO MARTINEZ, José Joaquín, Ibídem, p. 108)

31 Señala BINDER, refiriéndose a los principios y las formas: "...las formas que garantizan esos principios no son simples conjuntos de requisitos formales, previstos en la ley. Ellas forman estructuras de sostenimiento de esos principios en distintos niveles" (BINDER, Alberto M. *El Incumplimiento de las Formas Procesales*. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires. 2000. p. 73)

Si las formas contrarían o enervan valores fundamentales, se prefieren éstos antes que el petrificado formalismo. Se asume una postura enérgica en contra de los pruritos formales *–eficaces en el contradictorio antagónico para eliminar uno de los aspectos del contradictorio–* y las artimañas procedimentales que oponen los litigantes. En efecto, se repudia el litigio indirecto y estas son activamente superadas en el desarrollo de la audiencia en su aproximación con la verdad. El juez por mandato normativo tiene que optimizar el ejercicio de la acusación y de la defensa. El Juez dirige la audiencia optimizando[32] la materialización del contradictorio y con ello evitando el litigio indirecto cargado de contradictorio aparente.

Es necesario aclarar este aspecto. No se trata que el Juez asuma posición de parte *–postulando pretensiones, resistencias o medios probatorios–* sino que por deber constitucional, desde una perspectiva imparcial e imparcial, debe promover condiciones de igualdad para que la materialización del contradictorio. No se asume la ficción que las partes son iguales[33]. Ciertamente, nunca se podrá generar un contexto ideal de igualdad material para desenvolver un contradictorio idóneo; empero, es deber del Juez optimizarlo, aun cuando no se alcance a plenitud el valor de la igualdad procesal. En esta perspectiva es claro que el Juez no es neutral sino imparcial. Si el juez no optimiza la igualdad material en el seno del proceso y permite un debate entre dos partes manifiestamente desiguales *–sin que existan razones atendibles y razonables–* su aparente neutralidad no será sino asumir parcialidad por la parte más fuerte. Si el Juez asume una postura de aséptica neutralidad condicionará el desarrollo de un antagonismo eliminatorio, pero jamás un contradictorio metodológico y equilibrado comprometido con

32 Artículo 363°. 1 del CPP.- Dirección del Juicio "El Juez Penal o el Juez presidente del Juzgado Colegido dirigirán el juicio y ordenará los actos necesarios para su desarrollo. **Le corresponde garantizar el ejercicio pleno de la acusación y de la defensa de las partes**"

33 Las partes involucradas en el proceso pertenecen a un determinado contexto social y se ubican en determinadas relaciones sociales.

la obtención de información de calidad. Por consiguiente, el Juez no es neutral, sino imparcial.

4. LAS TÉCNICAS DE LITIGACIÓN ORAL Y EL CONCEPTO DE AUDIENCIA

Litigar en una audiencia con determinadas características requiere de técnicas adecuadas para el litigio en ese medio. Es iluso creer que las técnicas de litigación serán las que configuren el modelo de audiencia; en efecto, las técnicas de litigación se adecuan al medio en el que se emplean. Medio distintos dan lugar a técnicas diferentes. Es iluso utilizar técnicas de litigación oral que corresponden a un modelo adversarial –modelo norteamericano–, a nuestro modelo procesal constitucional de audiencia[34]. La aplicación ciega de técnicas de litigación de persuasión que corresponden a un modelo de audiencia adversativo no hará evolucionar un modelo de audiencia que tiene fundamentos –una aproximación razonable a la verdad– y objetivos distintos. Esta confusión de escenarios es consecuencia de la fuerte incidencia en la difusión de las técnicas de litigación oral propias del modelo de audiencia adversarial –*antagónica*–[35], generando así una errada práctica que centra su interés solo en las técnicas de litigación como lo fundamental.

---

34 En ese sentido SÁNCHEZ VÁSQUEZ, señala que: "Es una praxis de segunda mano que no produce una nueva realidad; no provoca un cambio cualitativo en la realidad presente, no transforma creadoramente, aunque contribuye a extender el área de lo ya creado, y por tanto, a multiplicar cuantitativamente un cambio cualitativo ya producido. No crea; no hace emerger una nueva realidad humana, y en ello estriba su limitación, y su inferioridad con respecto a la praxis creadora". (SANCHEZ VASQUEZ, Adolfo. *Filosofía de la Praxis*. Primera Edición Editorial. Grijalbo. México. 1967. p. 211)

35 En ese orden de ideas ha señalado CARO CORIA que: "Sin embargo, no se acaba de entender los motivos por los cuales la capacitación en torno a la oralidad debe reducirse a las técnicas de litigación oral. Es más, una revisión somera de los principales programas de capacitación sobre el NCPP a cargo de las entidades públicas y privadas que participan activamente en la implementación de la reforma, parece expresar que las competencias necesarias

El desencuentro entre las técnicas de litigación oral y nuestro modelo procesal constitucionalizado de audiencia, es recurrente en el desarrollo de las audiencias durante la coyuntura de la reforma. Por un lado, los abogados entrenados en técnicas de litigación oral adversariales –antagónico puro– no encuentran respuesta en el contexto de una audiencia que tiene como eje un contradictorio metodológico para aproximarse a la verdad. Consideran una herejía si el Juez comprometido con la verdad aproximativa, orienta el debate de los litigantes en esa línea. Por otro lado, los Jueces entrenados en técnicas de litigación[36]se sienten frustrados por la débil preparación de los abogados y pierden de vista que su preocupación central no es tanto ser árbitros de litigación sino directores de una audiencia con una activa labor centrando permanentemente el debate.

Una de las razones de la difusión acrítica de las técnicas de litigación oral adversarial, es la ausencia de técnicas de litigación oral conforme a nuestro *modelo constitucionalizado de audiencia,* que tenga a la verdad aproximativa como fundamento dinamizador del debate.

La ausencia de técnicas de litigación procesal conforme a nuestro modelo se debe básicamente a la secular tradición escriturada del método inquisitivo asumido en el derogado procedimiento sumario[37]; en efecto, desde las universidades la denominada práctica forense tenía como objeto solamente la enseñanza en la redacción de escritos o de

---

para las audiencias en general, y para la etapa de juzgamiento en particular, giran esencialmente en torno a la litigación oral (...) (CARO CORIA, Dino Carlos. *La enseñanza de la dogmática penal como conditio sine qua non para el éxito de la oralidad*. p. 4)

36 No es casualidad que se haya puesto fuerte interés en la formación en técnicas de litigación oral, en el entrenamiento de los jueces, antes que en técnicas de dirección judicial de audiencias.

37 Es cierto que en el proceso ordinario se tenía una etapa de juicio oral, empero, esta oralidad no tenía como objetivo la producción de prueba en juicio, sino sólo tenía como finalidad corroborar la información contenida ya en los actos de investigación desarrollados por el juez penal y que ya obraban en el expediente.

resoluciones, la formación de falsos expedientes, arrastrando con ello una configuración ideológica que luego se materializa y reproduce en la práctica judicial. Obviamente no existía la necesidad de técnicas de litigación procesal, porque la litigación era escriturada e indirecta.[38]En ese orden, no había necesidad de una técnica de litigación depurada, pues el "litigio epistolar" era la perfecta cobertura de la pobre formación jurídica de gran parte de los abogados litigantes.

En conclusión: el cambio de la metodología del expediente por la metodología de la audiencia para la toma de decisiones judiciales, encontró dos serios problemas: uno, referido a la falta de un concepto definido del modelo de audiencia; y otro el referido a la ausencia de técnicas para litigar procesalmente en base a la nueva metodología de la audiencia. Es claro que si no se tiene un concepto definido de audiencia con las características normativas y de estructura correspondientes a nuestro sistema normativo, entonces, no se puede concebir técnicas de litigación oral acorde a este modelo de audiencia. Este vacío permitió que, sin considerar la necesidad de evaluar las características del modelo de audiencia, se ponga empeño en el aprendizaje de técnicas de litigación adversariales, ajenas a las necesidades de un modelo constitucionalizado[39]que tiene a la verdad como un valor irrenunciable para resolver conflictos.

---

38 La incidencia en el litigio indirecto, sobre el rito y el exacerbado formalismo era –y es– lo central.

39 En ese orden se señala que: "la falta de adaptación de los textos extranjeros sobre litigación a las particularidades de los procesos en reforma de la región ya sea en inglés o en español, hace que porciones muy significativas de estos no sean relevantes o aplicables a las necesidades de litigación en los sistemas procesales penales en América Latina ... Es así como a partir de los textos usualmente utilizados en el ámbito norteamericano intentamos producir un discurso propio y nuevo que cumpla funciones de adaptarse mejor a las necesidades concretas de nuestro país y en buena medida de la región" (BAYTELMAN A., Andrés y DUCE J., Mauricio. *Litigación Penal, Juicio Oral y Prueba.* Primera Edición. Editorial Universidad Diego Portales. Santiago. 2004. p. 342)

Es tarea urgente, una revisión de las técnicas de litigación difundidas a propósito de la reforma y gestar el desarrollo de técnicas de litigación procesal conforme a las características propias de nuestro modelo; una condición *sine qua non* para gestar estas nueva forma de litigar, es tener bien definido el fundamento y los objetivos de la audiencia, si no los extravíos y despropósito abundarán y serán un obstáculo serio para el desarrollo de la reforma procesal.

5. DOGMÁTICA PENAL Y AUDIENCIA

Una de las razones que imponen la revisión urgente del modelo de audiencia está vinculada a la reconceptualización operativa de la dogmática penal. Si la audiencia no está configurada para lograr una aproximación razonable con la verdad, entonces no requerirá de una dogmática penal que optimice esa aproximación razonable a la verdad. No es casual, en aquellos que asumen acríticamente un modelo adversativo, una indiferencia no disimulada con la dogmática penal. Esto es evidente principalmente en los juristas prácticos entrenados conforme al patrón del *Comow Law*.

Ciertamente los hechos son el centro; empero, éstos tienen que ser ordenados jurídicamente para el debate. La falta de dominio en dogmática penal muchas veces, condiciona una desorganización del debate sobre hechos sin relevancia jurídica, que desde la perspectiva del lego en derecho puede incidir en su persuasión.

Configurado el modelo de audiencia, conforme al fundamento de propender a una aproximación razonable a la verdad, para resolver o redefinir el conflicto, es de central importancia la dogmática penal. En efecto, los conceptos elaborados por la dogmática penal, obedecen a necesidades prácticas. Se trata de instrumentos sistemáticamente elaborados que permiten una mayor aproximación con la verdad. No se debe perder de vista el carácter instrumental de la dogmática penal, que sólo tiene importancia y significación en tanto y en cuanto apunte a resolver problemas prácticos. De allí que el dominio de *"dogmáticas"* por parte de los operadores jurídicos permitirá la focalización del debate, y condi-

cionará un eje contradictor –o varios ejes– que debe girar sobre la base de proposiciones fácticas, encausadas por los conceptos de dogmática.

En este modelo procesal constitucionalizado, no se trata de realizar en audiencia un debate baladí sobre conceptos jurídicos, sino que éstos tienen que ser instrumentalizados directamente para una óptima aproximación a la verdad. En ese orden, es necesario alertar la desnaturalización de la dogmática penal cuando se hipertrofia de conceptos sin utilidad práctica, pues deviene en una actividad lúdica intelectual ajena a su objetivo inicial: la fijación de los hechos jurídicamente relevantes. Es común la confusión del escenario de una audiencia con el escenario de una clase magistral, el debate es obtuso y vacío; la búsqueda del lucimiento por erudición dogmática obtura la comprensión factual del debate. Los postulados dogmáticos que expresan conceptos jurídicos sintéticos, no tienen ninguna finalidad práctica para el debate cognitivo en audiencia sino se los vincula con los hechos del caso.

Esto no significa que los instrumentos conceptuales no sean útiles, lo son, pero en función de su aplicabilidad práctica. Es decir que operan como parámetros no tangibles por donde discurren las proposiciones fácticas. Precisamente la canalización de la base fáctica a través de los instrumentos conceptuales permite focalizar el eje del debate. Una conclusión congrua con lo señalado es que las técnicas dirección de audiencia y de litigación deben estar fuertemente impregnadas de contenido jurídico; y obviamente, los sujetos procesales deberán tener un dominio básico de la dogmática penal.

La articulación de las técnicas, de dirección judicial de audiencia y de litigación, con la dogmática penal y de éstas con el proceso penal tiene su expresión sintética en la categoría procesal de la imputación concreta[40] *conditio sine qua non* para configurar el estatuto epistemológico de la audiencia.

---

40 Señala CARO CORIA, refiriéndose a la imputación necesaria que: "...evidencia el esfuerzo plausible de superar los comunes tratamientos aislados de las instituciones del Derecho Penal, Procesal Penal y Procesal Constitucional,

En síntesis, el reto por construir un proceso penal constitucionalizado es una tarea urgente que afronta dos serios obstáculos identificados; por un lado, están las posturas acríticas de recepción de técnicas adversativas que no se corresponden con un modelo constitucionalizado comprometido con la optimización de todos los valores constitucionales, que requieren de la internalización de un modelo de audiencia epistemológicamente comprometido con la verdad con observancia de la estructura normativa de nuestra Constitución y legislación interna, como piedra angular para el desarrollo de técnicas adecuadas a este modelo. Por otro lado están las posturas legalistas de quienes consideran que la reforma del proceso se agotó solo con la promulgación del Código Procesal Penal, –pero este es otro problema por trabajar–.

---

sectores del ordenamientos que demandan un tratamiento conjunto y sistemático para enfrentar un tema tan problemático..." (CARO CORIA, Dino Carlos. en Prologo a El Control Constitucional en la Etapa de Calificación del Proceso Penal. Editorial Palestra. Lima. 2008. p. 9)

Capítulo VI
Formulismo procedimental y deformación de la verdad

"Las liturgias del poder manipulan la verdad"

Sumario: *1. Introducción – 2. Entre el formalismo procedimental y el finalismo procesal – 3. Formulismo y expediente – 4. Formulismo y litigio indirecto – 5. Lucha contra el formalismo – 6. A manera de reflexión*

1. INTRODUCCIÓN

¡Lucha de prácticas! es una expresión muy difundida en el contexto de la construcción de un proceso cognitivo constitucionalizado, porque se asume que existen *buenas prácticas y malas prácticas,* obviamente desde la perspectiva del operador[1]. Una apreciación superficial de estas prácticas en la construcción o deconstrucción de un proceso cognitivo constitucionalizado lleva a estimar que las tensiones que se presentan corresponden únicamente a opiniones de índole personal; ingenuamente se cree que se puede llegar a consensos interpretativos. Por esa razón reducen la tarea de la construcción del proceso acusatorio a la convergencia de buenas o malas voluntades.

Sin embargo; la lucha central, que no se expresa, es la ideológica –un conflicto de configuración centralmente ideológico–: las contradicciones entre valores, posturas interpretativas, culturales, etc. que generalmente se oculta en el marasmo de la cultura del trámite procedimentalista. Es importante evidenciar esas contradicciones ideológicas que subyacen en cada práctica procesal *–buena o mala–*, para desembozar a los que interpretativamente se quedaron en un contexto temporal del

1 Es cuestión de perspectiva señalar que son buenas o malas prácticas. Obviamente desde la perspectiva finalista serán buenas prácticas aquellas actividades interpretativas que consideran el caso concreto para asignar un sentido al dispositivo procesal, siempre conforme a la Constitución; y será una mala práctica la observancia del procedimentalismo formulario.

siglo XVIII, y desenmascarar al reductivismo legalista que se escuda en el principio constitucional de legalidad. Por ello es central exteriorizar esta lucha ideológica –y su previa meta discusión– para un posicionamiento constitucional, que permita un manejo adecuado de las tensiones que se presenten[2], de cara a su operatividad en la construcción de un proceso cognitivo.

Una de las expresiones de esa pugna ideológica se presenta entre dos posiciones: un finalismo constitucional realizador de valores y principios, y un legalismo formalista que reduce el derecho a un reglamentarismo formal de racionalidad exacerbada.

2. ENTRE EL FORMALISMO PROCEDIMENTAL Y EL FINALISMO PROCESAL

La tensión actual entre el finalismo procesal y el formalismo procedimental es la contradicción más aguda en la construcción de un proceso cognitivo constitucionalizado. Esta pugna, entre *formalismo* y el *finalismo* no es reciente, corresponde a dos percepciones del derecho en permanente tensión en toda la historia de la humanidad[3]; esta discusión fue estelar en el siglo de las luces[4]. Las concepciones *formularias* y *finalistas* –consciente o inconsciente–, son posiciones asumidas por los operado-

---

2 En los supuestos de contradicciones insalvables acelerar el desenlace que corresponde a todo antagonismo.

3 Radbruch remarca que: "Quien abarque con la mirada, en una ojeada de conjunto, las mudanzas históricas de la ciencia del Derecho, se dará cuenta en seguida de que, detrás de formas y nombres sin cesar cambiantes, se revela cada paso, a través de todas esas vicisitudes una contraposición que es siempre la misma: la contraposición entre el *formalismo* y el finalismo..." (RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Editorial Fondo de Cultura Económica, Primera Edición en Español México ,1955, Primera reimpresión Colombia 1997, p. 96)

4 En la Francia post revolución se promocionó un proceso con libertad de formas, sin embargo, nunca tuvo plena eficacia dado que suponía una construcción permanente de formas procesales vinculadas a cada caso concreto.

res jurisdiccionales y tienen su expresión en sus prácticas y decisiones; sellan siempre los actos jurisdiccionales. Así el formalismo queda al descubierto con sus propias prácticas y son inútiles sus discursos de fachada que pretenden justificar prácticas sujetas a recetarios formulistas.

Los exegetas del NCPP han devenido en meros recetarios legales, asumen y tienen internalizado que cada dispositivo legal tiene un solo sentido normativo, la forma por la forma deviene en formulismo por cuyos canales discurren sólo espectros fantasmales de aparente racionalidad. Esta afirmación no supone renegar de las formas procesales porque éstas no son exigencias procesales muertas con un solo sentido interpretativo, sino que adquieren vitalidad en tanto expresan una finalidad siempre referida a un caso concreto[5] y conforme a valores expresados en la Constitución, por tanto no se pretende desarrollar un proceso extra legal, sino realizar un esfuerzo de interpretación de los dispositivos legales que regulan las formas procesales, siempre desde el caso y conforme la Constitución.

Es necesario superar esa estrechez procedimental con una comprensión dialéctica de dos aspectos –*forma y fin*– y tener clara esa tensión existente entre forma y finalidad, en unidad y lucha[6], en permanente ajuste y desajuste siempre de acuerdo al caso concreto. Esto es dialéctico y ciertamente supone en el juez una permanente revisión, en cada caso concreto, de las formas normativas que pauta el NCPP, pues son los operadores jurisdiccionales quienes interpretan y adecuan cada

---

5 En ese sentido señala RADBRUCH: "La Tendencia *finalista* parte –sépalo o no– del "sentido" y no del libro; parte de la realidad, de los fines y necesidades de la vida social, espiritual y moral considerados como valiosos; se pregunta: ¿cómo debo manejar y modelar el Derecho, para dar satisfacción a los fines de la vida? (RADBRUCH, Gustav, Ibidem, p. 96)

6 Entre forma y fondo existe una relación estrecha; ¿Es más importante la primera que la segunda? Es una dicotomía inexistente pues ambas están integradas. Para efectos de comunicación procesal, la forma es parte (hace parte) del fondo. Al alterar el continente, se altera el contenido. El uno como el otro pertenecen a una misma naturaleza procesal.

formalidad a cada finalidad concretada en un caso singular. En efecto, la construcción de un proceso cognitivo exige asumir una posición reflexiva respecto de la inescindible relación existente entre finalidad y forma procesal[7].

Asumir una actitud escéptica, porque en algún caso la formalidad se impuso en desmedro de la finalidad, y, renegar por ello de los valores constitucionales, conduce al envilecimiento procedimental y a arrojarse a los brazos envolventes de las formas; ese escepticismo conduce a optar por lo rutinario y procedimental y es más nefasto que la del ritualista puro; es enemiga del modelo pues por impaciencia infantil despotrican del modelo garantista. He ahí su peligro. En la lucha contra el rutinario procedimentalismo se debe tener presente que el garantismo es un punto de referencia valioso que orienta nuestras acciones, pero con la clara conciencia de que no se alcanzara; esta reflexión debe ser permanente para no dejarse envolver por las formas, tan nocivas y nefastas para la construcción de un proceso cognitivo.

La realización de los valores constitucionales a través de las formas legales es un objetivo valioso a alcanzar; empero, en ese empeño se debe tener la clara conciencia de que no se alcanzará a plenitud en todos los casos; esta debe ser una actitud de permanente pugna en la construcción de un proceso cognitivo.

3. FORMULISMO Y EXPEDIENTE

En tanto subsista la forma ritual del expediente como única y privilegiada forma de acopio de información difícilmente podremos

---

7 En ese orden SÁNCHEZ VÁSQUEZ, afirma que: "La praxis se burocratiza donde quiera que el formalismo o el formulismo domina, o más excelentemente, cuando lo formal se convierte en su propio contenido. En la práctica burocrática el contenido se sacrifica a la forma, lo real a lo irreal, y lo particular concreto a lo universal abstracto. Estos rasgos los hallamos en la práctica estatal cuando se degrada en práctica burocratizada" (SANCHEZ VASQUEZ, Adolfo, *Filosofía de la Praxis*, Editorial Grijalbo, Primera Edición, México 1967, p. 213.)

configurar un auténtico proceso cognitivo; pues la dependencia del expediente condiciona que los magistrados, no se formen convicción en el plenario probatorio, con inmediación de los órganos de prueba, sino en lo que *dice* el papel *–en la realidad inventada por el papel–*[8] principalmente redactado por los operadores policiales. Esta dependencia es de todos los operadores del proceso. En efecto, la consecuencia, siempre es la misma: finalmente son los jueces quienes al revisar el contenido de los actos de investigación quienes sostienen los fundamentos de la pretensión punitiva[9]. En realidad, en tanto la fiscalía forme expedientes como tarea central siempre tendremos jueces pensando en escudriñar ese expediente para formar convicción por acto de fe, relegando a un segundo plano el plenario probatorio.

Sólo se dejará de rendir culto al papel cuando las partes procesales comprendan que el Juez no tendrá el soporte del expediente[10]; con ese conocimiento se verán obligadas a sostener sus pretensiones y oposiciones en juicio con información producida con inmediación en un contexto de un contradictorio oral.

En ese orden, una decisión de corte estratégico será considerar seriamente una "deformalización" del expediente fiscal; esta medida radical pasa por comprender que la reforma no supone un mero cambio de tenedores del cúmulo de papeles foliados, sino del abandono de esa cultura del registro, como transición a una investigación de nuevo tipo

---

8 Información que se busca imponer mediante actos de fe, antes que argumentar en un contexto de debate cognitivo.

9 No obstante que formalmente son órganos estatales distintos los que acusan y los que juzgan.

10 Hay quienes correctamente afirmaron que los jueces no deberían de actuar prueba de oficio pues ello quebraba el contradictorio y con ello el acusatorio; sin embargo, estos mismos postularon que el juez quien tenía que revisar los escritos de las partes evaluar los recaudos presentados; esto constituye una pervivencia insidiosa del inquisitivo pues el juez continuaba realizando la labor fiscal y del defensor. Su consecuencia fue el enervamiento o anulación del contradictorio pues este sólo se presentaba en la cabeza del juez.

–técnica tecnológica– que prepare información para ser producida en juicio.

Además del formalismo del expediente fiscal, en sede jurisdiccional, se sigue con una caduca práctica reproductora de expedientes, en base a interpretaciones formalistas de los dispositivos legales; así inercialmente predomina la vieja práctica escriturada y una mentalización de su necesidad sin finalidad que lo justifique. Esta práctica tiene sus matices en cada etapa del proceso.

3.1. Investigación preparatoria

El formulismo se ha expresado de diversas formas en cada una de las etapas del proceso. En la etapa de investigación preparatoria, por la inercia del inquisitivo escriturado, se desarrolló la formularia práctica de formar un expediente judicial con la copia de la disposición de formalización de investigación preparatoria, constituye una práctica formularia *–extra legem–* porque no existe un dispositivo legal que lo exija y tampoco es útil para la finalidad de esta etapa procesal. Únicamente se forma el expediente judicial después de dictado el auto de enjuiciamiento habilitando la etapa de juzgamiento[11]. Por consiguiente, no corresponde formar un expediente judicial *–cualquiera sea la denominación que se le dé–* en las etapas previas al juicio oral.

Este *falso expediente,* da lugar a prácticas que distorsionan la etapa de investigación preparatoria. Es importante reiterar que la etapa de Investigación Preparatoria es conducida por el Ministerio Público[12], para evitar la confusión conceptual de estimar que paralelamente a la Investigación Preparatoria conducida por el Ministerio Público, en simultáneo se tramite otro proceso en sede jurisdiccional; en efecto, es frecuente el *apersonamiento de las partes,* la revisión del *falso expediente*

11 Artículo 136 del Código Procesal Penal

12 Artículo IV del T.P. del NCPP

en el Juzgado, etc.[13] Además es un factor de perversión de la oralidad porque genera la percepción en los justiciables de que los jueces tienen un expediente, que conocen su contenido, y que finalmente tienen que decidir conforme a su contenido.

Las peticiones propuestas a los Jueces de Investigación Preparatoria[14] –en esa etapa– fueron generadoras de una irrazonable multiplicación de expedientes; así ante cada requerimiento o petición se generaba la formularia práctica de formar un atiborrado expediente con copias certificadas de toda la carpeta fiscal. La formación de expedientes se correspondía con el número de requerimientos, con la reproducción de copias con el mismo contenido. Obviamente esto fue consecuencia directa de la interpretación literal del artículo 135.1 del NCPP[15], pues para esa perspectiva formularia *"el código dice"*, así las consecuencias sean irrazonables[16]. La razón de este dispositivo, desde una perspectiva

---

13 Fue menester emitir *Directivas* orientadas a construir nuevas prácticas, que no generen falsos expedientes y tampoco carguen con actividad inútil a los Especialistas Judiciales. Así se ordenó que los Asistentes de Atención al Público escanearan la copia de la formalización de investigación preparatoria, *sin dar lugar a la formación de un falso expediente,* y entregarán a los Especialistas Judiciales sólo el cargo del *escrito* para que éstos lo tenga presente, **sin generar notificaciones,** dado que no es razonable una *comunicación de la comunicación.*

14 Únicamente conocen las cuestiones derivadas de la *constitución* de las partes, medidas limitativas o restrictivas de derechos fundamentales y terminación anticipada.

15 los requerimientos que el Fiscal formula al Juez de la Investigación Preparatoria deben **acompañarse con el expediente original** o con las copias certificadas correspondientes, según la investigación esté concluida o no, o **en todo caso si la remisión del expediente original no producirá retraso grave o perjuicio a las partes y a la investigación.**

16 Algunas posturas señalan que con la realización de las audiencias previas al juicio oral los jueces de investigación preparatoria estarían inaplicando los dispositivos normativos del NCPP, pues se le estaría dando un formato de juicio oral. Esta apreciación es inexacta, ya que el mismo NCPP regula la realización de audiencias previas a la etapa de juzgamiento, tal como aparece

finalística, es que al momento de la realización de la audiencia, la Fiscalía debe contar necesariamente con el expediente original o las copias de éste, así se desprende de la última parte del artículo 8.2 del NCPP que señala "El Fiscal asistirá obligatoriamente y exhibirá el expediente fiscal para su examen inmediato por el Juez en ese acto."

El Juez resolverá con lo debatido inmediatamente; sólo excepcionalmente, –esto tiene que ser remarcado– y hasta por veinticuatro horas, podrá retener el expediente fiscal[17]; por ninguna otra razón los jueces pueden retener el expediente o las copias certificadas de éste. Salvo que la resolución sea impugnada, el Juez de la Investigación Preparatoria dispondrá, antes de la elevación del recurso a la Sala Penal Superior, que dentro del quinto día se agreguen a los actuados formados en sede judicial las copias certificadas pertinentes del expediente fiscal. No obstante, la claridad de estos dispositivos la práctica judicial devino en multiplicadora de expedientes (principal, incidentales, etc.), pues de manera compulsiva se comenzó a reproducir tantos expedientes como requerimientos o peticiones de las partes se efectuaran. La construcción de farragosos expedientes sin una finalidad estrictamente jurisdiccional, fue consecuencia directa del literalismo exegético de algunos operadores jurisdiccionales[18], dando lugar a que los expedientes queden retenidos en poder de los especialistas de causas, incum-

---

señalado en el artículo 8° numeral 3 y 4: "Instalada la audiencia, el Juez de la Investigación Preparatoria escuchará por su orden, al abogado defensor que propuso el medio de defensa, al Fiscal, al defensor del actor civil y al defensor de la persona jurídica según lo dispuesto en el artículo 90° y del tercero civil" "El juez de la Investigación preparatoria resolverá inmediatamente o, en todo caso, en el plazo de dos días luego de celebrada la vista.

17 Art. 8.4 NCPP

18 A efecto de evitar esta práctica formularia se emitió una directiva, ordenando que los Asistentes de Atención al Público que reciben los requerimientos del Ministerio Público, devolverán las copias que se anexen y los especialistas judiciales dictaran la providencia en el sentido que para la fecha de la realización de la audiencia los Fiscales se verán obligados exhibir el expediente fiscal; excepcionalmente la Fiscalía exhibirá en audiencia copias certificadas

pliéndose con devolver las carpetas al Ministerio Público, conforme lo dispone el numeral 2 del artículo 16° del Reglamento del Expediente Judicial.

3.2. Etapa Intermedia

La Etapa Intermedia es conducida por los Jueces de Investigación Preparatoria[19], sólo realizan juicios de procedencia y admisibilidad, nunca de fundabilidad[20]. La audiencia preliminar –control de acusación– tiene como objeto central que el juez emita un juicio de procedencia; obviamente el juez, en la Audiencia preliminar no emite un juicio de fundabilidad porque no existe prueba. Pretender que el juez emita un juicio de fundabilidad solicitando el archivo del proceso sin actividad probatoria existente[21] constituye un error de concepto. Esta exigencia muchas veces se presenta disfrazada con la propuesta de la excepción de improcedencia de acción o pedidos de sobreseimiento por ausencia de causa probable.

Normativamente en esta etapa no se forma el expediente judicial[22], en esto debemos ser bastante claros. Para los efectos del control de acusación el Juez tiene a la vista únicamente la acusación fiscal; ésta es la que va a ser sometida a control, no el contenido de los actos de investigación, pues no se emitirá un juicio de fundabilidad; por consi-

---

del expediente fiscal, se entiende cuando se tenga diligencias de investigación programadas para la fecha de la realización de la audiencia.

19 Conforme lo dispone el artículo 29 del NCPP

20 En la etapa de juzgamiento, los jueces de conocimiento realizan juicios de fundabilidad. La etapa de juzgamiento es la única etapa donde el juez puede y debe emitir un juicio de fundabilidad, porque es la única etapa donde se produce prueba

21 En efecto, la actividad fiscal sólo constituyen actos de investigación; no son actos de prueba.

22 Art. 136.1 del NCPP: "Una vez que se dicta el auto de citación a juicio, el Juez Penal ordenará formar el respectivo expediente judicial..."

guiente carece de razonabilidad pedir y retener la carpeta fiscal[23]. El expediente fiscal será exhibido por el Ministerio Público para su examen inmediato por el Juez en ese acto[24]; empero, la interpretación unilateral y literal del artículo 135.1 del NCPP que señala que los requerimientos que el Fiscal formula al Juez de la Investigación Preparatoria deben **acompañarse con el expediente original**, ha dado lugar a una práctica formularia irrazonable exigiendo y reteniendo indebidamente la carpeta fiscal, dando lugar al fomento del litigio indirecto

El producto final de la audiencia preliminar será generalmente un auto interlocutorio –no pone fin a la instancia–; empero, nada obsta para que el Juez solicite la exhibición del expediente fiscal para evaluar –en juicio de procedencia– un eventual pedido de sobreseimiento.

Sin embargo, con relación al requerimiento de sobreseimiento existe mandato legal expreso de acompañar el expediente fiscal[25] en razón de que se pondría fin a la instancia con una resolución judicial que ampare el requerimiento fiscal; por consiguiente, la evaluación –en juicio de procedencia– de aquellos criterios que determinen el sobreseimiento es riguroso, precisamente por poner fin a la instancia; no se trata de una resolución interlocutoria como lo es el auto de enjuiciamiento.

3.3. Etapa de juzgamiento

Para los efectos de la formación del expediente en la etapa de juzgamiento los jueces de conocimiento, deben interpretar sistemáticamente los dispositivos legales previstos en los artículos 136, 325 y 383 del NCPP[26], siempre en orden a una interpretación teleológica,

---

23 Por consiguiente, carece de razón que lo acompañe con la presentación de la acusación;

24 El Art. 8.2 del NCPP

25 Art. 345.1 del NCPP: "El Fiscal enviará al Juez de la Investigación Preparatoria el requerimiento de sobreseimiento, acompañando el expediente fiscal..."

26 Artículo 383 Lectura de la prueba documental.-
1. Sólo podrán ser incorporados al juicio para su lectura:

para evitar que se considere como actos de prueba lo que son actos de investigación. Una de las formas como se expresa la vitalidad del inquisitivo, con rígida careta de acusatorio, es pues considerar a los actos de investigación como prueba, sin que ésta se haya gestado en juicio, de esa manera se pervierte la oralidad. En ese sentido el juicio es la etapa principal del proceso y único escenario de producción de prueba –Art. 356 del Código–, entonces, debe evitarse toda situación que favorezca la introducción en juicio de los actos de investigación documentados en actas en la estación de la lectura de prueba documental, en desmedro de la oralidad.

---

a) Las actas conteniendo la prueba anticipada;
b) La denuncia, la prueba documental o de informes, y las certificaciones y constataciones;
c) Los informes o dictámenes periciales, así como las actas de examen y debate pericial actuadas con la concurrencia o el debido emplazamiento de las partes, siempre que el perito no hubiese podido concurrir al juicio por fallecimiento, enfermedad, ausencia del lugar de su residencia, desconocimiento de su paradero o por causas independientes de la voluntad de las partes. También se darán lectura a los dictámenes producidos por comisión, exhorto o informe;
d) Las actas conteniendo la declaración de testigos actuadas mediante exhorto. También serán leídas las declaraciones prestadas ante el Fiscal con la concurrencia o el debido emplazamiento de las partes, siempre que se den las condiciones previstas en el literal anterior; y,
e) Las actas levantadas por la Policía, el Fiscal o el Juez de la Investigación Preparatoria que contienen diligencias objetivas e irreproducibles actuadas conforme a lo previsto en este Código o la Ley, tales como las actas de detención, reconocimiento, registro, inspección, revisión, pesaje, hallazgo, incautación y allanamiento, entre otras.

2. No son oralizables los documentos o actas que se refieren a la prueba actuada en la audiencia ni a la actuación de ésta. Todo otro documento o acta que pretenda introducirse al juicio mediante su lectura no tendrá ningún valor.
3. La oralización incluye, además del pedido de lectura, el de que se escuche o vea la parte pertinente del documento o acta.

Es tarea desenmascarar esta práctica para atacar frontalmente esas prácticas inquisitivas[27]. Para evitar esta perversión de la oralidad debe darse estricto cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 136 del NCPP, *"el Juez ordenará formar el respectivo expediente..."*. El mismo que debe formarse exclusivamente con los actos procesales de incoación del proceso y las resoluciones jurisdiccionales, además los actuados de prueba constituida, prueba anticipada y la prueba documental. La incorporación de los informes periciales estará sujeta a la excepcionalidad prevista en el artículo 383 del Código citado (muerte, enfermedad o ausencia del perito, supuestos previamente evaluados por el Juez de Investigación Preparatoria).

La formación del expediente exige la observancia obligatoria del procedimiento previsto en el artículo 137 del NCPP, para posibilitar el ejercicio amplio del derecho de defensa de las partes procesales, sólo para estos efectos, no para acopiar información destinada a los jueces, pues esta tiene que ser introducida en el plenario del juicio oral. En esta línea los jueces deben dar cabal cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 137.3 del NCPP, dado que las actuaciones diversas a las previstas en el artículo 136 del mismo Código, sólo tiene utilidad para el Ministerio Público y las demás partes procesales; por consiguiente, los jueces de conocimiento no deben retener el expediente fiscal[28].

4. FORMULISMO Y LITIGIO INDIRECTO

El litigio indirecto –litigio sobre las formas–, es una de las viejas prácticas del procedimentalismo inquisitivo; oculta la "ideología del ri-

---

27 En tanto, el fondo sea inquisitivo y lo formal lo acusatorio, el contenido nunca devendrá en su contrario lo acusatorio, porque lo inquisitivo no evoluciona nunca en acusatorio; esta contradicción entre inquisitivo y acusatorio es de tipo antagónico.

28 Es importante destacar que en el Distrito Judicial de Arequipa se ha desarrollado una buena práctica, evitando que se ofrezca como prueba actos de investigación documentados; empero, esta buena práctica puede enervarse por la exigencias de segunda instancia para la formación de un exuberante expediente.

tualismo" que justifica la cultura del inquisitivo, busca llevar el caso hacia las formas y no hacia el fondo[29]. Este litigio sobre las formas es una de las taras que se pretende desterrar en el nuevo modelo, pues noci-

29 BINDER, señala que entre oras causas de ensañamiento contra el juicio oral las siguientes: **A.** La incorporación de prueba por lectura, es decir, renunciando a su producción en juicio público, muchas veces en contradicción expresa a las normas legales. **B.** La actividad de los jueces supletoria de la que es propia de las partes. **C.** Las limitaciones a las facultades de las partes para litigar (interrogar, alegar, etc.), es decir, la consideración del debate más como un problema que como una virtud del sistema. **D.** La utilización de pocas horas para hacer juicios, pese a que la organización judicial asigna muchos recursos para ello. **E.** La tendencia a preparar de un modo negligente los juicios pese a que los sistemas normativos asignan suficiente tiempo para hacerlo de un modo conveniente. **F.** La suspensión de las audiencias sin motivos de valía. **G.** La utilización corriente de prueba producida de oficio, lo que presupone rupturas de la imparcialidad. **H.** Escaso tiempo asignado a la deliberación y a la producción inmediata de la sentencia. **I.** La redacción de sentencias con muchos elementos de formulario. **J.** La poca preocupación por la publicidad y la facilitación de la asistencia del público. **K.** La resistencia a realizar audiencias orales en las etapas preparatorias. **L.** La falta de salas de audiencia disponibles para los jueces de garantías, quienes perciben su trabajo como un trabajo de "despacho" y no de "sala de audiencia" (en definitiva, esos son dos paradigmas de relación de juez con su trabajo y dos "cosmovisiones" en competencia en el ámbito de lo judicial) **M.** La ausencia de preparación de los abogados para ser litigantes, no en el sentido espurio de aquellos abogados que complican innecesariamente los casos y utilizan el "litigio indirecto" sino como el profesional que sabe preparar el caso y presentarlo ante un juez, obteniendo adecuada información de la prueba que presenta y argumentando y debatiendo con su contendiente. La falta de organización de todos los servicios auxiliares necesarios para el éxito de las audiencias, tales como búsqueda de personas, cuidado de la prueba, preservación de los documentos y objetos secuestrados, etc. **Ñ.** La escasa literatura existente sobre la adquisición de destrezas y habilidades necesarias para litigar y **O.** Una teoría y una forma de análisis de los problemas de la justicia y el derecho procesal que sigue afincada en la idea de trámite y no utiliza al litigio como concepto-base.
(http://www.cejamericas.org/nexos/52/es/images/binder-ref-justicia.pdf)

vamente ha creado su nuevo nicho en las diferentes etapas del proceso penal actual –la necesidad de su manifestación escriturada es el hábitat natural del litigio indirecto–. Desde el litigio indirecto el verdadero ejercicio del poder se encuentra en el trámite y no en las decisiones con aproximación a la verdad. Las denominadas *"chicanas"*, encuentran en peticiones maliciosas o temerarias la fuente de impunidad; al desviar el eje de discusión del objeto procesal a otros carriles investigativos, logrando así confusión y pérdida de tiempo. La práctica en los tribunales es demostrativa de estas argucias utilizadas por los litigantes y aún por el propio órgano jurisdiccional para dilatar el proceso.

El exceso de formalidades supone una renuncia consciente a la verdad y lleva a aplicar las normas procesales en forma meramente ritual en desmedro de la justicia. Conducir el proceso en términos estrictamente formales es menoscabar la aproximación con la verdad con desmedro del valor justicia.

4.1. Litigio indirecto e investigación preparatoria

La lucha contra la formalidad tiene dos frentes reproductores de esas viejas prácticas: interno y externo. En el frente interno el principal enemigo es la mentalización de que el trabajo fiscal tiene su expresión en el trámite, pues la fiscalía asumen que su trabajo tiene su razón en la reproducción burocrática de papeles, en ser gestores de éstos; una expresión de este formalismo son las ratificaciones periciales. El frente externo propio de la actividad de los abogados moldeados con sello inquisitivo quienes estiman que se trata solo de un mera extrapolación del expediente –antes lo tramitaban los jueces, ahora los fiscales–; en ese sentido es harto frecuente las tachas a testigos, oposición a la realización de actos de investigación, peticiones nulidicentes.

Sin embargo, es curioso cómo tanto, los abogados adiestrados en las viejas formas del litigio indirecto como los abogados que asumen tener un compromiso con la reforma, convergen en esta práctica y ven en la inobservancia de cualquier formalidad, en sede de investigación, como una afectación susceptible de nulidad, pretenden con ello cubrir

su ineptitud en el desarrollo de actividad de investigación inteligente, orientando su actividad a una guerra de papeles y cuestionamientos de liturgias. Los defensores del nuevo modelo no se diferencian de los abogados de viejo cuño, porque las prácticas de litigio indirecto son las mismas.

Empero, debemos ser claros al respecto, los jueces no son los cancerberos de las formalidades de los actos de investigación; los cuestionamientos a la inobservancia a la forma por la forma no tienen ningún sentido. Los jueces de control de investigación preparatoria realizan un fuerte control constitucional; por tanto, sólo conocerán peticiones de defecto u omisión de formalidades directamente vinculadas a la afectación de un derecho fundamental en su contenido esencial.

4.2. Litigio indirecto y etapa intermedia

La etapa intermedia también constituye un escenario propicio para la propagación del litigo sobre las formas; en efecto, el artículo 350 del NCPP[30] habilita a las partes procesales para que puedan realizar

30 Artículo 350.- Notificación de la acusación y objeción de los demás sujetos procesales.-
1. La acusación será notificada a los demás sujetos procesales. En el plazo de diez días éstas podrán:
a) Observar la acusación del Fiscal por defectos formales, requiriendo su corrección;
b) Deducir excepciones y otros medios de defensa, cuando no hayan sido planteadas con anterioridad o se funden en hechos nuevos;
c) Solicitar la imposición o revocación de una medida de coerción o la actuación de prueba anticipada conforme a los artículos 242 y 243, en lo pertinente;
d) Pedir el sobreseimiento;
e) Instar la aplicación, si fuere el caso, de un criterio de oportunidad;
f) Ofrecer pruebas para el juicio, adjuntando la lista de testigos y peritos que deben ser convocados al debate, con indicación de nombre, profesión y domicilio, precisando los hechos acerca de los cuales serán examinados en el curso del debate. Presentar los documentos que no fueron incorpo-

cuestionamientos a la forma y el fondo de la acusación. Esto da lugar a que las defensas técnicas deduzcan excepciones, propongan nulidades, soliciten exclusión de prueba prohibida, etc. Las propuestas son generalmente cuestionamientos de formalidades que no inciden en el fondo del proceso. Se hacen problemáticas estas peticiones porque son propuestas sin comprensión del carácter técnico de cada una de los medios técnicos de defensa –en realidad estas defensas *técnicas*, no tiene nada de técnicas–. Cuando estas peticiones son desestimadas, las partes interponen recursos de impugnación –que promueven el litigio indirecto–. Sin embargo, el NCPP, habilita los recurso impugnativos sólo para aquellas resoluciones que ponen fin a la instancia, más no para las resoluciones interlocutorias; así se encuentra previsto en el artículo 352 del NCPP[31], habilitando los recursos impugnatorios sólo para los supuestos de las resoluciones estimativas que pongan fin a la instancia.

---

rados antes, o señalar el lugar donde se hallan los que deban ser requeridos;

g) Objetar la reparación civil o reclamar su incremento o extensión, para lo cual se ofrecerán los medios de prueba pertinentes para su actuación en el juicio oral; o,

h) Plantear cualquier otra cuestión que tienda a preparar mejor el juicio.

2. Los demás sujetos procesales podrán proponer los hechos que aceptan y que el Juez dará por acreditados, obviando su actuación probatoria en el Juicio. Asimismo, podrán proponer acuerdos acerca de los medios de prueba que serán necesarios para que determinados hechos se estimen probados. El Juez, sin embargo, exponiendo los motivos que lo justifiquen, podrá desvincularse de esos acuerdos; en caso contrario, si no fundamenta especialmente las razones de su rechazo, carecerá de efecto la decisión que los desestime.

31 Artículo 352.- Decisiones adoptadas en la audiencia preliminar.-

1. Finalizada la audiencia el Juez resolverá inmediatamente todas las cuestiones planteadas, salvo que por lo avanzado de la hora o lo complejo de los asuntos por resolver, difiera la solución hasta por cuarenta y ocho horas improrrogables. En este último caso, la decisión simplemente se notificará a las partes.

3. **De estimarse** cualquier excepción o medio de defensa, el Juez expedirá en la misma audiencia la resolución que corresponda. Contra la resolu-

4.3. Litigio indirecto y juzgamiento

En la etapa de Juzgamiento además de la sedicente formalidad que se despliega en el desarrollo del juicio, la suspensión de las audiencias que generan su atomización en fragmentos que anulan completamente el concepto de audiencia es uno de los aspectos críticos que desnaturalizan su desarrollo –e impide la materialización de sus principios–. Las necesidades de infraestructura y de personal insuficiente para la realización de las audiencias son las justificaciones que se esgrimen para programar audiencias con plazos procesales vencidos. Se han invertido las prioridades: la predominancia de lo administrativo sobre lo jurisdiccional, pues se ha considerado erróneamente que la programación de los plazos es un tema estrictamente administrativo; empero, esta apreciación es errada dado que los plazos procesales deben ser centralmente objeto de control jurisdiccional, bajo responsabilidad. Esta es una amenaza interna que debe ser inmediatamente superada pues sus consecuencias son extremadamente negativas, como la negación del principio de concentración, la dispersión del contradictorio, y; por consiguiente, se enerva la aproximación razonable a la verdad. La falta de un riguroso control jurisdiccional de los plazos, es una seria amenaza que se afronta en la construcción del nuevo modelo procesal. El juez del nuevo modelo no es sólo un *juez de audiencia*, sino un *juez del proceso*; por tanto, tiene el deber de controlar jurisdiccionalmente los plazos procesales.

Los procedimentalistas que exigen el exacerbado cumplimiento literalesco de la forma, soslayan su lectura *ad pedem litterae* cuando se trata del cumplimiento de los plazos procesales. Empero, desde cualquier perspectiva –procedimental o procesal– los plazos procesales son vinculantes; bien porque *"el código dice"*; o por la razonabilidad constitucional que supone el cumplimiento de los plazos en línea de optimizar principios del contradictorio, la inmediación, la oralidad, etc.

---

ción que se dicte, procede recurso de apelación. La impugnación no impide la continuación del procedimiento.

La eficacia de la variable temporal en el desarrollo del proceso tiene consecuencia directa en la *disciplina del litigio*, evitando el litigio indirecto, el litigio sobre las formas, peticiones nulidicentes intrascendentes y determinará la pronta discusión sobre el fondo; por tanto, es menester incorporar nuevos y claros mecanismos de control del tiempo, restaurando la idea de perentoriedad, introduciendo formas de responsabilidad. De lo contrario la pregonada prontitud y celeridad del nuevo modelo y sus bondades serán ilusorias sino se controla el tiempo, pues impedirá el desarrollo de una legalidad y una práctica judicial que cumpla una *función social y económica real*.

La amenaza externamente proviene de las viejas prácticas procedimentalistas de las defensas técnicas habitualmente propensas a la dilación de los procesos, ello deben ser objeto de control mediante apremios por parte de los jueces.

Otro de los defectos de la formalidad es la práctica que promueve de manera irrazonable el doble registro: el registro por audio y el registro por acta, sin considerar que el artículo 361 numeral 2 del Código Procesal Penal, regula de manera disyuntiva que "el registro de las audiencia puede ser realizado por acta y, en su caso, la grabación". Sin embargo, a efecto de, hacer razonable y converger las dos formas de registro las actas deberán contener sólo el minuto y la petición específica (síntesis) de cada una de las partes – lo relevante será la verificación del tiempo (minuto) para ubicar su contenido en el audio. Ello determinará que los Especialistas de audio superen la práctica rutinaria y mecánica de meros transcriptores y asuman una labor especializada y jurídica, como la verificación de las notificaciones a las partes, el cumplimiento de plazos, informes de incidentes, etc.

El registro sea escrito o por audio, tiene como finalidad documentar la regularidad del desarrollo de la audiencia –y nada más–; empero, cuando se pretende con ello *conservar* el contenido informativo, se pervierte completamente la oralidad. Los jueces de conocimiento muchas veces recurren al registro, –no el registro escrito– de audio, para formar convicción extra audiencia; esta es una práctica que pervierte el prin-

cipio de inmediación de la audiencia, muy complaciente con prácticas formularias.

5. LUCHA CONTRA EL FORMALISMO

Somos directos tributarios de un angosto procedimentalismo y formalismo, la disciplina *"cuasicastrense"* de los operadores jurídicos en aplicar sólo la interpretación gramatical, es predominante en nuestro medio.

Es curioso observar en los formalistas un apego al "dogma terminológico" y la lógica consecuencia es la elusión de la discusión conceptual. Estos *bouche de la loa* inciden en asignar a los dispositivos normativos un significado descontextualizado, utilizan las formas atendiendo únicamente a su texto, realizando una aplicación mecánica desde una perspectiva básicamente exegética. Sin embargo, debemos señalar que los términos sólo reflejan un significado conceptual en función de un contexto. La discusión estrictamente terminológica es básicamente una discusión de cáscara formal. Es por ello importante que la interpretación siempre se realice en un contexto sistemático-normativo y pragmático conceptual.

El formalismo pretende monopolizar el principió de legalidad, asume en apariencia la defensa de la legalidad. En efecto, señalan que la única interpretación de un determinado dispositivo legal es la que unilateralmente ellos señalan; se erigen en supremos intérpretes de la legalidad, y cuando no se comparte su único criterio interpretativo reclaman que los jueces inapliquen su particular interpretación haciendo uso del mecanismo del control difuso, sin recurrir a las otras posibles interpretaciones conforme a la Constitución. Por increíble que parezca se erigen en únicos y auténticos intérpretes de las disposiciones legales procesales; y quien se atreve a apartarse del significado que ellos asignan tendrán que hacer un control difuso del sentido normativo que ellos asignan.

Conocer las razones de las posturas procedimentalistas son importantes dado que, aunque suene contradictorio, es la única forma de

fortalecer las posiciones finalistas.[32] Por ello es muy necesario que en la construcción de un proceso cognitivo se desarrolle un debate abierto –*mejor un meta debate*– de este tema tan revelador de las liturgias procesales subyacentes en un inquisitivo aparentemente superado.

Las interpretaciones que se realicen de los dispositivos normativos del NCPP serán orientadoras de las prácticas procesales que se realicen. Estas prácticas serán eficientes o deficientes para la finalidad normativa prevista por la institución procesal que se aplique. Sin embargo, las prácticas en contienda, en un primer momento pueden dar lugar a una predominancia o inclinación por determinado tipo de posición. Son las decisiones de las instancias superiores quienes coyunturalmente pautan el predominio de determinada práctica y el desaliento de otras. En efecto, no cabe duda, que el posicionamiento de determinadas prácticas será consecuencia en gran medida de las decisiones de las instancias de Revisión. Si la instancia superior tiene una perspectiva formalista y procedimentalista de las instituciones del NCPP, entonces, con seguridad se instalará el predominio de las formas –con menoscabo de prácticas finalistas– en la aplicación de las categorías procesales.

La coyuntura de la reforma procesal ha generado un escenario de interesantes posturas interpretativas, se hierve en contradicciones y eso es bueno porque se está generando un intenso desarrollo interpretativo. Por lo menos las posturas formalistas y procedimentalistas aparecen francamente en el debate y no larvan insidiosamente. Es muy temprano para realizar apreciaciones lapidarias, en el sentido de con-

---

32 Como señala BINDER: "Aunque suene extraño, no es creíble un proceso de reforma de la justicia penal que no provoque una contrarreforma en un plazo relativamente corto. Si ello no ocurre es porque, en realidad, *no se ha logrado introducir ninguna práctica relevante contraria a la tradicional inquisitorial.* Es decir su aparente y superficial éxito, sería la muestra más palpable de su radical fracaso. Por el contrario, la profundidad y características de las contrarreformas son una clara muestra de cuáles son las prácticas que es necesario sostener." (BINDER, Alberto, La Fuerza de la Inquisición y la Debilidad de la República)

siderar que el contra contrarreformismo se impone. De hecho la gesta y maduración de la reforma sólo será exitosa si es el resultado de una dura fragua. Pretender que en unos pocos años el movimiento de reforma revierta ese torrente inquisitorial es absurdo, propio de impaciencias infantiles[33].

Es necesario e importante una evaluación y reflexión de las prácticas iniciales enfrentadas, así como de las decisiones nulidicentes de los órganos de revisión, por muy espinoso que sea; pues se afronta el peligro que la liturgia inquisitorial pueda primar en desmedro de su fin: la aproximación razonable a la verdad.

En definitiva para la construcción de un modelo procesal cognitivo constitucionalizado no es suficiente la simple entrada en vigencia del NCPP. Cierto, será necesario este cambio normativo pero deberán converger otras condiciones que orienten el cambio cualitativo de la práctica procesal. Lo más complejo será el cambio cultural, el cambio de paradigma ***en serio.***

6. A MANERA DE REFLEXIÓN

La cultura de la inquisición esta rozagante de salud, ha encontrado una nueva cobertura, el mascaron de acusatorio pero de intenso contenido inquisitivo. Para comprender las prácticas pletóricas de in-

33 Alberto BINDER señala que: "Aunque suene extraño, no es creíble un proceso de reforma de la justicia penal que no provoque una contrarreforma en un plazo relativamente corto. Si ello no ocurre es porque, en realidad, no se ha logrado introducir ninguna práctica relevante contraria a la tradicional inquisitorial. Es decir su aparente y superficial éxito, sería la muestra más palpable de su radical fracaso. Por el contrario, la profundidad y características de las contrarreformas son una clara muestra de cuáles son las prácticas que es necesario sostener". *La fuerza de la Inquisición y la Debilidad de la República INECIP* (Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales) –Argentina–. Este trabajo se publicó en la Revista Del Instituto de Derecho Penal y Procesal Penal, del Colegio de Abogados y Proc. de Neuquen. Argentina

quisitivo pero con un rostro de acusatorio, es necesario un enfoque metodológico que los distinga. Es necesaria una diferencia conceptual del método inquisitivo y del método acusatorio, de lo contrario se incurrirá en el error de calificar como práctica acusatoria lo que es inquisitivo, y adjetivar de inquisitivo a prácticas acusatorias cognitivas.

Este diagnóstico es muy importante dado que en un periodo complejo de capacitación posterior a la implementación exige la necesidad de desplegar campañas de rectificación que suponen un fuerte proceso de crítica y autocrítica despojándose de los individualismos que hacen daño al proceso de reforma. Es el periodo más delicado por varias razones entre estas algunas obvias como que la capacitación previa de remoción es diferente a la capacitación posterior de rectificación de viejas prácticas y consolidación de buenas prácticas, otra razón es la dispersión de los individuos comprometidos con la reforma, en efecto inercialmente muchos retornan a su individualismo y van perdiendo compromiso con una reforma que los requiere con urgencia[34]. En esta tarea se tendrá que romper el cerco de la formalidad promovidas por el litigio indirecto.

---

34 *Nadie cambiará cinco siglos de sistema inquisitorial sin una gran batalla y una época de traumas.* Sin embargo, una adecuada preparación del cambio, una firme concentración de fuerzas en los puntos neurálgicos y el sostenimiento del proyecto de transformación en el tiempo, mediante ajustes y una evaluación permanente, aparecen como herramientas imprescindibles para encarar el abandono del sistema inquisitivo. Por otra parte, mientras la etapa preparatoria del juicio se mantenga bajo la forma y la lógica de la "instrucción y del expediente" el mismo juicio oral y público estará en serios peligros, como lo ha demostrado la experiencia de los llamados "sistemas mixtos". Por tal razón, la utilización de audiencias orales y públicas para resolver todos los litigios previos al juicio mismo es una de mas mejores formas de introducir una práctica masiva totalmente contraria a la tradición inquisitorial, con gran beneficio para la celeridad y eficiencia del proceso penal mismo.

Capítulo VII
La construcción de la imputación Entre el formulismo y la estrategia

"El ritualismo es uno de los diez grillos que mantienen a los hombres encadenados a sus ilusiones y que les impiden alcanzar el esclarecimiento"
Buda.

Sumario: *1. Necesidad de un diagnóstico actual – 2. Centralidad de la investigación – 3. El formulismo inquisitivo – 4. Retroalimentación de la cultura del expediente – 5. Un nuevo modelo de investigación – 6. Deformalización de la investigación: cuestión estratégica*

1. NECESIDAD DE UN DIAGNÓSTICO ACTUAL

La construcción de un proceso cognitivo constitucionalizado presupone la radical demolición del procedimentalismo inquisitivo; por tanto, no implica sólo un cambio normativo de la rutina o de trámite procedimental, sino un cambio cualitativo de la cultura e idiosincrasia jurídica[1], como condición necesaria para configuración de un proceso penal conforme a las exigencias de principios de un Estado Constitucional[2], que materialice operativamente los principios y garantías procesales, principalmente la aproximación razonable a la verdad y el contradictorio.

---

1 En ese sentido señala BINDER: "Cambiar la justicia penal no es cambiar un código por otro. Esto es así, pero con ello estamos diciendo muy poco. Y sobre todo nada estamos diciendo sobre qué significa cambiar la justicia penal. Lo primero que debemos tener en cuenta es que no es posible hacer evolucionar el sistema inquisitiva hacia formas adversariales. Las instituciones centrales del modelo inquisitorial son contrarias al sistema republicano de administración de justicia. Esto no significa, por supuesto, que la justicia penal como un conjunto de instituciones, discursos, prácticas, etc. no pueda ir cambiando de un modo de funcionamiento hacia el otro, pero esto es posible, sólo se introducen nuevas y distintas prácticas, totalmente contrarias al modo de funcionamiento inquisitorial" (BINDER, Alberto, *La Fuerza de la Inquisición y la Debilidad de la República*, aparece enhttp://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=37&Itemid=27).

2 Convencionalismo y cognoscitivismo penal

Esta negación del paradigma inquisitorial y su superación por un proceso cognitivo, exige un diagnóstico de la endémica práctica formularia actual, con el definido objeto de deconstruirla; y, simultáneamente en esa tensión construir un proceso cognitivo. Es pues necesario el diagnóstico del *ser* de la investigación –en la construcción y concreción de la imputación– para evitar el riesgo de reproducir prácticas de cuño inquisitivo; en efecto, estas pueden permanecer bajo un nuevo ropaje normativo. Por tanto, solo con un serio diagnóstico del *ser* actual de la investigación tendrá sentido el desarrollo de contra prácticas que se aproximen al *deber ser* de una investigación que construya y concrete una imputación, con las exigencias de un proceso cognitivo, siempre en clave garantista. Se describe el *ser* y, se prescribe el *deber ser*[3], como referencia valiosa a alcanzar.

2. CENTRALIDAD DE LA INVESTIGACIÓN

El carácter cognitivo del juicio oral define y configura el concepto de un proceso constitucionalizado[4]; por consiguiente, *la prueba de la*

---

3 Un modelo de justicia no nace por generación espontánea o por mera casualidad ni es el producto caprichoso de algún sector más o menos ilustrado, sino que **la justicia penal es un fenómeno cultural, contingente e históricamente condicionado, que responde a una concepción del Poder.** Es decir, no existe un determinado proceso penal, sino que lo existe es el proceso penal de un determinado tipo de Estado. El absolutismo monárquico dio lugar al sistema inquisitivo, el sistema mixto es el emergente de la Revolución francesa, y así. Ahora nos toca a nosotros fortalecer el sistema acusatorio de enjuiciamiento penal, al decir de Maier: "paradigma formal sintético del Estado de Derecho en la administración de justicia penal", de esa forma acompañar el proceso de construcción democrático en el que se halla inmerso nuestro país al igual que otros países de la región, con la conciencia clara de que el éxito está en poner cimientos buenos y fuertes, y no en montar rápidamente una obra en papel maché, superficial y por debajo dejar todo igual, sino ir al fondo, profundizar el cambio de modo tal que en algún tiempo más podamos decir firmemente que hemos dejado atrás una cultura que nos había obnubilado.

4 El aspecto más débil en la impronta de la reforma procesal está constituido por imputaciones defectuosas, que hacen lugar a que el proceso penal sea

imputación sólo se produce en juicio[5]*;* es su centro y opera como garantía de contención racional del poder punitivo. La incomprensión de esta centralidad cognitiva –pese a su claridad conceptual– es el principal problema que afronta la construcción de un proceso cognitivo. Es el quebrantamiento de esa centralidad que da lugar a la reproducción de prácticas inquisitoriales de viejo cuño.

Desde el paradigma inquisitivo se impone aún la *centralidad de la investigación en la construcción y definición de la imputación*, sujeto a la cultura del registro formal; así, la elaboración escrupulosa de actas de investigación es lo principal. Se asume, por acto de fe, que esas actas constituyen *prueba* y que, por tanto, debe ser evaluadas por el juez al sentenciar. Muchos jueces no defraudan esa expectativa y, para motivar sus decisiones revisan las actas de investigación. La *centralidad de la investigación* es asumida valiosa supuestamente para evitar impunogenia; se esgrimen argumentos de inmediatez e inmediación de los actos de investigación con en el hecho punible, proximidad que supuestamente permitiría llegar la verdad. Desde esa perspectiva, no se oculta una necesidad metafísica de conocer la verdad absoluta y "hacer justicia" se erigen en *justicieros;* con ese fin no interesan los medios; satisfacen su intuición de justicia, sentenciando con actos de investigación. Se pierde de vista que esta información es de pésima calidad, producida sin inme-

---

un escenario de debate sobre sospechas, prejuicios, etc., por ello el énfasis en resaltar el carácter cognitivo del proceso. Ello de ninguna manera supone conceptuar al Proceso como un compartimiento de debate meramente descriptivo *–de puros hechos–* ; qué duda cabe, que estos hechos tienen necesariamente deben ser abordados valorativamente y ser presentados a través de proposiciones fácticas como único medio para incorporar el factum en el Proceso. Además es importante destacar que las decisiones judiciales suponen valoraciones de orden jurídico, fundamentalmente de orden constitucional.

5 La resistencia de este viejo paradigma al cambio del nuevo modelo puede considerarse una batalla perdida, si es que en la etapa de juzgamiento los operadores penal estimen de pésima calidad la información de los actos de investigación.

diación, sin contradictorio o con contradictorio enervado, y que el juez al sentenciar con esa información realiza un acto de fe. Constituye la negación de la verdad pues los actos de fe generalmente están cargados de prejuicios y juicio éticos, totalmente incompatibles con una verdad, producto de un razonamiento cognitivo –siempre aproximativo– y que sólo puede ser alcanzada en el plenario del juicio oral.

Esta mala conciencia de la *centralidad de la investigación en la concreción y definición de la imputación,* determina que sus operadores ejerzan un poder fáctico innegable sin posibilidad de contención, que pervierte la actividad investigativa; da lugar a prácticas formularias que obstruyen la construcción de una imputación concreta, idónea para en juicio aproximarse razonablemente a la verdad.

3. EL FORMULISMO INQUISITIVO

La investigación de cuño inquisitivo ha mantenido y reproducido un ritualismo anquilosado ajeno a una estrategia en la construcción de una imputación concreta sostenible en juicio. Siempre se trató de una investigación ciega, sorda, torpe e inhumana, con un latente autoritarismo de sus operadores[6]. La reducción de la investigación a un mero expediente –que esconde el drama humano generado por el conflicto delictivo– oculta la necesidad de construir una imputación con proposiciones fácticas verificables y refutables. Esta forma de investigación inquisitiva, artesanal y sin dirección tiene las características siguientes:

- **Burocratización**. El Burocratismo[7] traducido en una investigación oficinesca, es la negación completa de una investigación

6 La práctica autoritaria tenía su cobertura en el secreto que suponía el expediente.

7 El término burocratismo. designa tanto la adhesión a una ideología burocrática, como un sistema político social caracterizado por el predominio de la burocracia. Se halla, pues, en relación íntima con la palabra burocracia, de la que es una derivación; etimológicamente, viene de los vocablos: *bureau*, francés, que quiere decir mesa de escribir y, por extensión, oficina, y

operativa de campo. Predomina la cultura del trámite y no se investiga. Se cumple con el rito de la presentación escriturada de los pedidos para iniciar un engorroso trámite burocrático; se emite disposiciones para realizar actos de investigación sin finalidad específica para construir y sostener una imputación concreta en el plenario. Está ausente una planeación estratégica que atienda a las particularidades del delito[8]; la repetición formal del planeamiento de los actos de investigación corresponde a una operación de copiado y pegado de disco duro. La labor de investigación se reduce a una gestión de trámite; no existe un compromiso con la investigación, se trata sólo del mero cumplimiento de la gestión burocrática sin una visión estratégica del objetivo a alcanzar, y sin directrices claras a la policía.

- **Registro formulario**. La necesidad de documentar cualquier acto de investigación constituye un apremio inquisitivo urgente, pues los actos de investigación se asume como prueba, no como información indagatoria a probar en un juicio oral. Esto determina que la investigación reproduzca las actas escritas con *"lógica de conserva"* para preservar los actos de investigación como prueba. Este viejo paradigma se resiste a quedar atrás y se mantiene vital y desafiante. Augusto ARCINIEGAS, señala que "Quedó atrás el culto a la escrituralidad, el sistema de actas y de constancias –basado en la desconfianza– para abrir paso a la oralidad, desarrollado en

---

el griego tratos, equivalente a poder o gobierno, y significa, por tanto, literalmente, el poder o gobierno de las oficinas, o, con más exactitud, de los funcionarios o empleados que trabajan en ellas.

8 Tampoco el Ministerio público diseña estrategias de persecución penal, en función de los delitos cuya incidencia es mayor en determinados sectores, es la policía u otras autoridades (SUNAT) quienes condicionan la agenda de la persecución penal. Un objetivo estratégico es que actúe de manera selectiva de modo que concentre sus mayores esfuerzos en la persecución de los delitos más calificados por su gravedad y relevancia social.

audiencias"[9], esa afirmación es, por ahora, un buen deseo no materializado. En efecto, se mantiene en buena parte de los operadores penales la preocupación extrema por las formalidades[10] porque se investiga asumiendo que elaboran prueba de manera definitiva y por ende la urgencia de preservarla. Se pierde el norte de que se investiga para obtener información, y que esta tendrá que ser verificada y refutada en juicio para recién constituir prueba.

- **Investigación sin investigadores**. Quienes realizan los actos de investigación, por regla general, tienen una precaria formación en técnicas de investigación. Esta precariedad se presenta en toda la investigación; en efecto, a nivel policial se tiene a personal policial no capacitado en técnicas de investigación criminal.[11] A nivel fiscal no cambia mucho la situación porque quienes desarrollan la actividad fuerte de la investigación son abogados (fiscales, asistentes de función fiscal,). Se internaliza, como consecuencia, que su función es *elaborar actas* de la investigación pensándolas como prueba, por ello la necesidad del registro y documentación.

Por centurias el acopio de la información para procesar a los imputados fue a través del expediente, esto es, la acumulación compulsiva de

---

9 ARCINIEGAS MARTINEZ, Augusto, *Investigación y Juzgamiento en el sistema acusatorio*, Ediciones Nueva Jurídica, 2005 –Bogotá, p. 45

10 Señala BINDER que: "Entre la debilidad de la ley y la anemia de la razón jurídica se ha moldeado nuestra cultura jurídica. Bajo dos formas predominantes: una, la forma *curialesca* que ha hecho del saber jurídico un saber de formas, cabalas y rituales insustanciales y a la enseñanza una transmisión artesanal de gestorías; la otra, el *conceptualismo* que ha permitido crear otro saber jurídico paralelo al curialesco –pese a su desprecio por él– también despreocupado por construir fuerza para la ley y entretenido en miles de clasificaciones arbitrarias y tan insustanciales como los trámites del gestor". (BINDER, Alberto)
http://www.google.com.pe/search?hl=es&q=centralidad+del+juicio+oral&meta=

11 Eventualmente un efectivo policial experto en dirigir el tránsito vehicular aparece como ubicado en una sección de investigación criminal.

actas (de manifestación, inspección judicial, reconocimiento, etc.), documentos que se les asignaba un valor intrínseco, cada acta era valiosa en sí misma – su producción requería de la diligencia propia en la elaboración de papel moneda; lo que interesaba era el papel y no el contenido, el contenido sólo era valioso o eficaz en tanto éste era plasmado en un soporte de papel. Esta cultura del expediente no sólo estaba enraizada en la mentalidad de los jueces sino también en la mentalidad de fiscales y policías. Con acierto señala BINDER, que el expediente no sólo tiene existencia fenoménica objetiva sino que tiene una configuración subjetiva en la cabeza de los operadores de la persecución penal, y este es un reducto generacional, a veces inimpugnable.

En supuestos de flagrancia la preocupación central durante las investigaciones preliminares eran (y son) las actas; es evidente que el registro, en la lógica del expediente, requiere de un arduo trabajo y tiempo, y si el plazo de 24 horas es evidentemente insuficiente para agotar la investigación, se estrecha aún más si se pretende un exhaustivo registro por actas. Por esa razón, la optimización estratégica de los actos de investigación se diluye en la formalidad de las actas, se deja vencer el exiguo tiempo de investigación, con la lógica consecuencia de que transcurridos 24 horas se tenga que liberar a los imputados sin posibilidad de realizar un requerimiento de prisión preventiva.

La Constitución, establece que el detenido debe ser puesto a disposición del Juzgado dentro de las 24 horas[12], no un expediente y el imputado; sin embargo, una distorsión interpretativa ha asociado de manera el par imputado – expediente, los mismos que deben ser puestos a disposición del juzgado. Esta práctica constituye un paradigma burocrático que entorpece la gestión ágil de investigación y trae como consecuencia hechos lamentables[13]. Fiscales y policías no internalizan

12 Artículo 2 numeral 24 literal f de la Constitución: "el detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro de las veinticuatro horas o en el término de la distancia"

13 En nuestro medio se presentó un hecho reciente que puso en el tapete las consecuencias negativas por la pervivencia de un burocratismo investigatorio; en

que la lógica del acopio de la información es –con este nuevo modelo– cualitativamente distinta y que no existe la necesidad de armar un farragoso expediente, para recién formalizar la investigación preparatoria y realizar luego el requerimiento de prisión preventiva; es suficiente cualquier forma de acopio de información para formalizar investigación preparatoria, con la condición mínima de respetar el contradictorio, para habilitar el requerimiento de prisión preventiva y evitar situaciones de desasosiego y alarma social.

Es fundamental un cambio de paradigma para comprender que la actividad de investigación constituye un acopio de información para configurar una imputación que, de no ser adecuadamente incorporada en el juicio oral, no tendrá ninguna eficacia probatoria. La resistencia de los operadores penales a la variación de paradigma tiene que ver con el poder fáctico que supone constituir información que luego los jueces en un acto de fe los tendrán como verdaderas; este mal entendido poder solo será superado con nuevas prácticas que tomen en serio que su labor es solamente –de contención– no con meros cambios normativos.

4. RETROALIMENTACIÓN DE LA CULTURA DEL EXPEDIENTE

Reducir la construcción de un proceso cognitivo a un debate de modelos en abstracto, es totalmente improductivo; solo confrontando los problemas desde la práctica hace tangible el debate condicionando

---

efecto, los medios de comunicación de Arequipa difundieron con profusión la detención de presuntos integrantes de una organización criminal. El hecho tuvo amplia cobertura periodística porque estas detenciones se produjeron mediando una balacera, un fallecido y un accidente de tránsito. Sin embargo, transcurrido 24 horas, estas personas fueron puestas en libertad, generando una sensación de disfuncionalidad del sistema penal y de impunidad. Algunos pretenden atribuir al nuevo modelo procesal penal generar impunidad; otros, atribuyen este hecho a la negligencia de fiscales y policías en la realización de los actos de investigación preliminar. Sin embargo, las causas que dieron lugar a esas discutibles liberaciones son básicamente culturales.

soluciones también tangibles[14]. En esa línea de pensamiento debe comprenderse que la construcción de un proceso cognitivo constitucionalizado es un problema complejo de tipo socio-jurídico y presenta un conjunto de aristas de contenido socio político *–redefine la pugna permanente entre el Estado y el individuo–*; es en esta coyuntura que esta tensión se agudiza y hace más notoria las ideologías de los operadores penales.

Las conformaciones ideológicas de los operadores penales se hacen notorias desde los actos de inicio del proceso a cargo del Ministerio Público; éstos percutan el proceso penal, y no solo condicionan sino determinan el objeto del proceso y sus resultados. Precisamente por ello las conformaciones ideológicas culturalmente aceptadas de fiscales y policías, determinan su práctica operativa y éstas no son funcionales a las exigencias de un proceso cognitivo. Esto se hace muy notorio porque son quienes inician el proceso[15].

El peligro que se presenta es que esas malas prácticas iniciales pueden retroalimentarse negativamente por las decisiones judiciales, principalmente de las instancias revisoras. No cabe duda, que el posicionamiento de determinadas prácticas serán consecuencia, en gran medida, de las decisiones de las Salas Superiores; si la instancia revisora tiene una reductiva perspectiva *formalista – procedimentalista* de la implementación del NCPP; entonces, seguramente, el predominio de las formas aparecerá expresado en decisiones nulidicentes, coactando la producción burocrática de expedientes y la intonsa producción de actas. En efecto, es claro que si la Sala de Apelaciones exige *–con requerimientos de sanción–* la tramitación de una carpeta o expediente a los Jueces de Investigación Preparatoria, entonces éstos requerirán copias certificadas del expediente a los fiscales y, estos a su vez, exigirán la

14 "Funciones y Disfunciones del Ministerio Público Penal", BINDER, Alberto, Secretario del Instituto de Estudios comparados en Ciencias Penales, Buenos Aires, Argentina. http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2009/binder09.htm

15 No significa que el resto de los operadores del sistema penal estén adecuadamente preparados.

formación de actas a los policías, pues finalmente ***alguien tiene que formar el expediente***. Aquí es donde se genera una retroalimentación del formalismo inquisitivo; en esa línea de acción, la preocupación absoluta de los investigadores será la creación y recreación de actas[16] con los costos de tiempo y los costos de impunidad que supone por la obsesiva fijación en las actas de investigación[17].

El paradigma predominante en la gestión del proceso penal se expresa en la necesidad de los documentos escritos, su urgencia e importancia superlativa afecta el criterio finalístico y estratégico de los funcionarios que intervienen en el proceso. Desde el Ministerio Público, la Policía Judicial y hasta los jueces penales están sujetos a un *–auto impuesto–* formalismo documentado extremo. Toda investigación es un trámite por escrito, sometido a la cultura de formar un "expediente", que desatiende el contenido investigatorio, presentando las pruebas de manera fragmentada, perdiéndose la visión del problema en su conjunto.

Está clavado en la cabeza de los operadores penales que las actas –actuados– por acto de fe tienen eficacia probatoria; tienen internalizado ese viejo paradigma fideista. Sólo pulverizando esa concepción se dará un viraje dialéctico en la forma de realizar la investigación penal. Las justificaciones de la necesidad de la observancia obligatoria de directivas fiscales, formatos que llenar y de jerarquía funcional, solo sirven para justificar una falta de iniciativa inteligente.

5. UN NUEVO MODELO DE INVESTIGACIÓN

El nuevo modelo procesal tiene como base la Constitución y centralmente los derechos fundamentales *–en la dinámica de la construcción*

16 Estos operadores penales tienen clavada la idea de que "salvo el papel todo es ilusión", porque no comprenden que los actos de investigación pueden estar en soporte distinto al papel.

17 Es muestra de lo señalado lo acaecido, con notoriedad mediática, en nuestro ciudad respecto de la libertad dispuesta de imputados presuntamente involucrados en hechos delictivos.

y definición de la imputación– estos se encuentran siempre en tensión con las atribuciones de persecución penal; y, constituyen el límite de los actos de investigación que realicen los órganos de persecución penal[18]. Por esa necesidad de contención los roles de los operadores penales son distintos. Orgánicamente la Constitución delimita los distintos roles de los sujetos procesales; separa, por un lado las funciones de persecución penal, de, por otro lado, la función de decisión; asimismo delimita la función policial en la investigación con dirección del Ministerio Público. Estos distintos roles y la interacción de los operadores en la actividad procesal siempre generan tensiones en la construcción de una imputación.

Definidos los roles se tiene que al Ministerio Público le corresponde construir una imputación y, esta sólo puede realizarse de manera estratégica. Tiene importancia el rol que le corresponde a la policía[19] dado que constituye, de hecho, un primer filtro de criminalización secundaria[20]; La actividad investigatoria deberá ser planeada estratégicamente y en esa línea, ordenar en cada caso concreto los actos de investi-

---

18 Reconocidos en la Constitución, y también por los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos que se incorporan al derecho interno

19 No obstante su intervención en la base de la justicia penal es precaria y con claro matiz inquisitivo, dado que tiene al imputado como objeto de la investigación, antes que como sujeto. Los mismos policías cuando se objeta su actuación inquisitiva, afirman que no tiene recursos tecnológicos, materiales y criminalísticos, que les permita abandonar sus métodos inquisitivos.

20 En ese sentido ZAFFARONI, afirma : "La selectividad estructural de la criminalización secundaria coloca en función descollante este respecto de las agencias policiales (siempre condicionadas en tensión con las políticas las de comunicación) Las agencias judiciales se limitan a decidir los pocos casos seleccionados por las policiales y, finalmente, (...) El poder punitivo opera en la realidad de modo exactamente inverso al sostenido en el discurso jurídico, que pretende colocar en primer lugar al legislador, en segundo al Juez y casi ignora a la policía: en la práctica, *el poder selectivo lo ejerce la policía y lo puede reducir el Juez, en tanto que el legislador abre un espacio para la selección que nunca sabe contra quien se ejercerá.*". ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Alagia y Slokar, *Derecho Penal* Tomo I. p. 12, Ediar, 2000.

gación que correspondan conforme a las particularidades del hecho que se investiga, para indagar y obtener información que sirvan realmente para concretar y probar la imputación en el plenario. Por consiguiente, la investigación penal, sólo puede realizarse pensando en el futuro el juicio oral; no hay otra forma. Ese posicionamiento, condiciona el planteamiento estratégico y los pasos tácticos que se desarrollen durante la actividad investigatoria.

Esta actividad configura uno de los extremos del contradictorio *–imputación–* y delimita el ámbito de la defensa *–resistencia–*. No comprender que la preparación –construcción y definición– de la imputación es el presupuesto del contradictorio pervierte el objeto y finalidad de la investigación; en efecto, si no se asume estratégicamente la actividad estratégica en la construcción del aspecto principal del contradictorio –imputación– las prácticas operativas devienen en burocráticas sin una finalidad que haga razonable los actos de investigación. Por contra, si el Ministerio Público es conciente en la construcción y concreción de una imputación para sostenerlo en el juicio oral, entonces, su actividad será de un acopio inteligente de información que concreten la imputación asegurando con sentido todos aquellos elementos probatorios indispensables para su incorporación oral en el plenario reconstruyendo la verdad.

La comprensión estratégica de la investigación es compleja, pero parte por aceptar que no es suficiente el cambio normativo, su abordaje meramente legal no condiciona una investigación dinámica y efectiva, menos entrabada. Los cambios deben expresarse en el ámbito de las prácticas, usos, costumbres y rutinas de trabajo de los operadores del sistema –fiscales, policías y defensores–. Será necesario desarrollar una intensa política de capacitación con metodologías participativas para promover el cambio de actitudes, el desarrollo de nuevas competencias profesionales, así como las habilidades y destrezas en la realización de los actos de investigación para obtener información que permita una aproximación razonable a la verdad.

6. DEFORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN: CUESTIÓN ESTRATÉGICA

Es urgente, entonces, un real cambio de paradigma; uno de los objetivos urgentes e inmediatos es la deformalización de la investigación preparatoria, condición necesaria para la optimización de esta etapa. El único límite –como contención– de los actos de investigación es garantizar los derechos fundamentales. No se puede trabajar bajo presión temporal ni de requerimientos documentados formales irrazonables, pues anula cualquier posibilidad de desarrollo de investigación estratégica y condiciona impunidad.

Empero, el registro escrito aún es lo central, antes que la operatividad razonable de los operadores penales que investigación. Los operadores penales siguen sujetos a un formalismo extremo, toda investigación es un trámite por escrito; la cultura de formar un "expediente", pauta la actividad procesal y genera una dependencia absoluta al expediente[21]. El acopio de elementos de convicción centralmente consiste en la elaboración de expedientes. Se tiene mentalizado que los magistrados formarán convicción en lo que *"dice el papel"* redactado por los investigadores. Si se asume que el Juez no tendrá el soporte del expediente al momento de sentenciar, entonces, lógicamente tanto Fiscal como Abogado defensor dejarán de rendir culto al papel y su contenido; ello conllevará un necesario cambio en el paradigma investigatorio, no en el sentido de un mero cambio de actores o tenedores del cúmulo de papeles foliados sino en línea del abandono de esa cultura del registro, como transición a una investigación –tecnológica-técnica– de nuevo tipo que prepare información veraz para el plenario oral.

El paradigma de un proceso constitucionalizado tiene que ser asumido por los órganos de investigación, como condición de nuevas prácticas. En efecto los órganos de investigación deben tener claro que "se indaga y se investiga sin pruebas, puesto que solamente se considera como tal, aquella que ha sido practicada en el juicio público, oral,

21 Lo que no está en el expediente no existe en el mundo.

con inmediación, concentración, sujeta a contradicción y ante el juez de conocimiento..."[22]. La investigación preparatoria dirigida por el fiscal servirá para establecer si existe o no mérito para el desarrollo de un juicio, pero no tendrá valor para fundar una sentencia[23].

Los cambios deben expresarse también en el ámbito de las prácticas, usos, costumbres, métodos y rutinas de trabajo de los operadores del sistema (jueces, fiscales, policías y defensores) quienes están habituados a actuar en un sistema que privilegia la escritura. En este orden de ideas, dado que el nuevo modelo procesal define los roles de los distintos sujetos procesales (fiscales, jueces y abogados), será necesario desarrollar una intensa política de capacitación con metodologías participativas para difundir las nuevas instituciones procesales y, sobre todo, para promover el cambio de actitudes, el desarrollo de nuevas competencias profesionales así como las habilidades y destrezas para construir un proceso cognitivo. El desafío más significativo de la reforma es la superación de la cultura predominantemente burocrática e inquisitiva que obstaculiza la búsqueda de la verdad en la investigación, para dar paso a una cultura procesal constitucionalizada.

En síntesis: La burocracia y el formalismo destruyen la iniciativa de la investigación, la búsqueda de la verdad queda relegada. Los burócratas resiste la innovación, principalmente la innovación que produce mejores resultados que las viejas rutinas. El apego a los trámites procedimentales y la fe en la eficacia mágica de estos ritos resultan un formidable impedimento para obtener información útil para concretar una imputación; esta sólo podrá ser el resultado de una activad inteligentemente estratégica; esa es la tarea por realizar.

---

22 *"Funciones y Disfunciones del Ministerio Público Penal"*, BINDER, Alberto, Secretario del Instituto de Estudios comparados en Ciencias Penales, Buenos Aires, Argentina. http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2009/binder09.htm

23 Art. 325 NCPP: "Las actuaciones de la investigación sólo sirven para emitir las resoluciones propias de la investigación y de la etapa intermedia..."

Capítulo VIII
La etapa intermedia
Configuración operativa

"Sanea el instrumento y resolverás el problema; si no saneas el instrumento y tendrás dos problemas: el problema y el instrumento"

Anónimo

Sumario: *1. Introducción – 2. Naturaleza de la etapa intermedia – 3. Función de control o saneamiento*

1. INTRODUCCIÓN

La construcción del nuevo modelo procesal penal no supone sólo un cambio de los dispositivos normativos reguladores del procedimiento penal, menos una variación nominal de un modelo inquisitivo a un modelo acusatorio adversarial. Se tiene que persistir e insistir –aun a riesgo de ser cansinamente reiterativo– en que nos encontramos en la impronta de un cambio paradigmal profundo de la forma de hacer justicia penal. En ese orden, es tarea inmediata una revisión consciente y permanente –fuertemente crítica– de las viejas prácticas operativas inquisitoriales, que perviven y rebosan de salud, pero con cobertura nominal acusatoria.

En verdad el *cambio cultural* es complejo; inercialmente el inconciente inquisitorial opone una fuerte resistencia al nuevo paradigma. El operador penal generalmente no es consciente de ello y asume como generalmente válida la ideología procesal vigente[1]. Son las prácticas operativas, que se ensayan en la construcción del nuevo modelo, las

---

1 Señala Andrés BAYTELMAN (profesor de la escuela de derecho de la universidad Diego Portales): *"el verdadero problema de la capacitación no consiste en que los operadores aprendan las nuevas normas, sino que abandonen la idea tan culturalmente arraigada en nuestras conciencias..., en cambio, la capacitación debe ser capaz de instalar nuevas ideas culturales"*. Curso sobre instrumentos para la implementación del sistema acusatorio oral. Viña del Mar 6 de abril del 2006 (CEJA)-JSCA.

que desnudan la aún medular ideología inquisitorial. Bien afirma Alberto BINDER, *"las prácticas inquisitoriales no se reproducen solas sino a través de miles de pequeñas acciones que son realizadas por persona que posiblemente no tengan ninguna intención de reproducir el sistema inqusitivo"*[2]. Estas prácticas serán reproducidas en cada una de la etapas procesales; y, de lo que se trata es de identificarlas y atacarlas. Pero ¿cómo se les ataca?, sólo con*"contra prácticas"*. Es desde la práctica que –fundamentalmente por necesidad– los operadores penales gradualmente internalizarán el nuevo modelo.

Ahora, bien esas prácticas y *"contra prácticas"* tienen su especificidad en cada una de las etapas del proceso penal. Así, en la etapa central de Juzgamiento, frente al riesgo inquisitivo de la perversión de la oralidad, es necesario oponer la aplicación intensiva y exigente de la Técnicas de Dirección de Juicio y Técnicas de Litigación Oral optimizando los principios de contradicción inmediación, oralidad y publicidad, siempre en una actitud frontal y vigilante contra la perversión de la oralidad. En tanto que en la etapa de Investigación Preparatoria, frente a la excesivo formalismo y el estrecho legalismo, la *contra práctica* será incidir en la deformalización de la actividad investigativa[3] y la internalización permanente de la prevalencia de los derechos fundamentales para vencer cualquier resabio inquisitivo de la práctica actual[4]. Las técnicas operativas propuestas en ambas etapas permiten focalizar su eje operativo y las contra prácticas a implementar. No obstante lo an-

---

2 BINDER Alberto y otros, *Reforma del Proceso Penal en el Perú*, primera edición, p. 31 Edit. BLG, 2005

3 El cambio de paradigma de esta etapa se impone; en efecto, la escolástica práctica inquisitiva de realizar investigación con meras declaraciones recogidas en actas y papeles, debe abandonarse para propender a una investigación técnica-científica basada en las disciplinas de la criminalística.

4 La tarea que corresponde a los Jueces de Investigación Preparatoria, será ser exigentes con el cumplimiento de la tipicidad procesal y la aplicación del principio de proporcionalidad.

terior, el problema se presenta en la Etapa Intermedia[5]; ¿cómo afrontar su contra práctica? Se ha detectado una práctica operativa formal, vinculada con una lectura procedimental del Código, que ha mecanizado un determinado tipo de operatividad y que, por pereza en su repensar, se va acentuando en la práctica cotidiana; así desde una concepción formalista la metodología para controlar y calificar un requerimiento Fiscal incide en lo formal (juicio de admisibilidad) y débilmente realiza un control de procedencia (juicio de procedencia) deviniendo en una etapa ineficiente e irrazonablemente compartimental.

---

5 El nuevo Código Procesal Penal, regula esta etapa intermedia desde el artículo 344, hasta el 354; en definitiva normativamente esta mejor estructurado; es de mucha importancia porque delimita el *objeto del proceso* (elementos: objetivos, subjetivos y normativos); sin cuya determinación no sería posible el desarrollo de un juicio oral serio.
La práctica del Código Procesal Civil es una muestra de como las simples variaciones de las disposiciones normativas no son suficientes; en efecto, el fuerte y ascendrado procedimentalismo imperante con la vigencia del Código de Procedimientos Civiles de 1912 no fue abandonado y aún resiste fuertemente internalizado en los operadores civiles.
Asi, instituciones procesales como los presupuestos procesales, las llamadas condiciones de la acción de enorme utilidad prática para evaluar la validez de una relación juridico procesal no fueron utilizados a plenitud; y aún hoy en día la recurrencia a estos instrumentos conceptuales es muy escasa dado que en la resoluciones judiciales se limitan a consignar nominalmente su concurrencia sin que tenga una correspondencia con una verdadera evaluación de si ciertamente estos presupuetos y condiciones se han configurado.
En esa misma línea otra institución capital como lo es el saneamiento probatorio que obliga al juez civil a realizar juicios de conducencia, pertinencia y utilidad para excluir medios probatorios que no sean conducentes, pertinentes y útiles no es operativizada por los jueces civiles dado, que con el pretexto del irrestricto derecho de defensa admiten todos los medios ofrecidos por las partes; ésta aparente comodidad de no evaluar rigurosamente la admisión de los medios probatorios tiene un efecto negativo inmediato: esto por la realización de prolongadas audiencias que afectan el principio de economia procesal.
Realizamos esta analogía porque corresponden a una coyuntura similar, con las peculiares diferencias en atención a su objeto.

El peligro que acecha a la sustanciación de la *etapa intermedia,* es su predominancia escrita y precisamente por esa razón puede devenir en una etapa burocrática y de procedimentalismo rutinario, sin un fin sustancialmente útil al juicio y enervante del derecho de defensa de las partes. Es precisamente esta opción formularia la que nos debe mantener alerta.

2. NATURALEZA DE LA ETAPA INTERMEDIA

2.1. Cuestionamientos a su jurisdiccionalidad

Se ha pretendido sostener que el juicio oral es la única etapa jurisdiccional del proceso penal. El cuestionamiento a la realización de las *garantías – principios* de la oralidad, el contradictorio, la inmediación y la publicidad en las etapas previas al juicio oral ha sido abierto, pues consideran una indebida extrapolación del formato de audiencias a la etapas previas al juicio oral[6]. Esa postura soterradamente pretende negar el caracter jurisdiccional de esas etapas procesales *–investigación preparatoria y etapa intermedia–*. Esta arremetida parte del desconocimiento sibilino del contenido de los poderes de la jurisdicción.

La conducción de la etapa intermedia conforme al artículo 29.4 del CPP, compete a los Juzgados de Investigación Preparatoria. Dado el cuestionamiento al carácter jurisdiccional de esta etapa, debemos dejar en claro que es ese rol tiene contenido jurisdiccional, y es parte del núcleo del poder deber de la jurisdicción previsto en el artículo 138 de la Constitución[7]. En la coyuntura de la implementación del modelo pro-

---

6 SALAS ARENAS, Jorge Luis "Los hermeneutas del NCPP han extendido las reglas del juicio oral (art. X del TP contra el art. 12 del art. I.2 del propio TP para todas las etapas del proceso)".En Problemas en la Aplicación Judicial del Nuevo Código Procesal Penal Peruano, Mención Especial a la Experiencia en Arequipa, Incipp, Marzo 2009.

7 La potestad de administrar justicia emana del Pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y la leyes.

cesal es central justificar constitucionalmente la atribución jurisdiccional del Juez de Investigación Preparatoria en la conducción de la *etapa intermedia* con el objeto de anular las pulsiones contra reformistas que pretenden su negación.

La Constitución establece en sus Art. 2, 138 y 139, los contenidos jurisdiccionales atribuidos funcionalmente a los órganos jurisdiccionales. Ciertamente el artículo 138 de la Constitución establece que la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos. Esta impartición de justicia supone pues la conducción del proceso penal conforme a los principios y garantías de la función jurisdiccional prevista en el artículo 139 de la Constitución.

Son importantes estas precisiones dado que por el principio de exclusividad de la función jurisdiccional, *en sentido positivo* obliga a los jueces a sólo realizar funciones de carácter jurisdiccional; y, en *sentido negativo*, los órganos jurisdiccionales no *deben* ejercer otras funciones distintas a la que corresponde a la potestad jurisdiccional[8].

Para determinar si la etapa intermedia constituye una etapa propiamente jurisdiccional, partimos del aserto incontestable de que la potestad jurisdiccional se concreta en un haz de atribuciones; así SAN MARTÍN CASTRO, citando a Gimeno SENDRA, señala 4 potestades: "(1) *La potestad ordenatoria*, que tiene como objeto llamar a las partes y terceros al proceso, obtener la efectiva sujeción de aquellos a los fines del proceso –mediante una serie de actos limitativos de derechos

8 Por ello la actividad de investigación que realizan los Jueces Especializado Penales, en los procedimientos sumarios son inconstitucionales; en efecto, los jueces penales al desarrollar esta actividad están usurpando funciones que constitucionalmente no le han sido atribuidas. Es más está afectando el principio de exclusividad jurisdiccional, desde una perspectiva, dado que los órganos judiciales no pueden ejercer una función distinta al ejercicio de la potestad jurisdiccional. En efecto, no deben realizar por ejemplo actividades de investigación, sin embargo, contrariando este principio los jueces especializados penales realizaba labores de investigación, en el procedimiento sumario.

e incluso coercitivos– e impulsar el curso del procedimiento; y, (2) *la potestad de instrumentación o documentación*, cuya finalidad estriba en otorgar a determinado acto de conocimiento -v.gr,: una prueba anticipada con las garantías básicas de una audiencia. Y, (3) luego de la *potestad decisoria,* que se plasma en una resolución con autoridad de cosa juzgada –sentencias o autos equivalentes–, (4) *la potestad de ejecución*, que se ejercita a través de los diversos procedimientos, cuya finalidad consiste en realizar en sus propios términos lo dispuesto en la parte dispositiva de la sentencia"[9].

En la etapa intermedia, tiene plena configuración la *potestad o función ordenatoria.* Es en virtud de ésta el Juez de la Investigación Preparatoria dicta las decisiones respecto de la disposición de sobreseimiento o del enjuiciamiento del imputado; la primera generadora de la autoridad de cosa juzgada; en tanto, que la segunda organizativa y ordenadora del debate en el plenario oral.

Esta potestad ordenadora tiene plena configuración en esta etapa del proceso; y, por tanto, debe estar bajo la dirección de un órgano jurisdiccional. En esa perspectiva se tienen dos propuestas sistemáticas; una, que atribuye esta facultad al Juez o Tribunal de Juzgamiento[10]; otra, que atribuye esta etapa al Juez de la Investigación Preparatoria; sin embargo, no está exenta de críticas[11].

---

9 SAN MARTÍN CASTRO, Cesar, *Acerca de la función del juez de la investigación preparatoria*, en Actualidad Jurídica, La Gaceta No. 1246, Lima Perú, p. 280.

10 Así el Código de Procedimientos Penales establece que esta etapa está a cargo de de los jueces de Juzgamientos; empero, operativamente esta etapa es escriturada, sin posibilidad cierta de realización del contradictorio, menos de saneamiento probatorio. En el caso de Colombia la etapa intermedia el Juez de Juzgamientos realiza la etapa intermedia.

11 Este Juez que tiene e que evaluar la constitucionalidad y legalidad de los medios probatorios ofrecidos por las partes; esta afirmación nos lleva de plano al tema de la prueba ilegitima. Independientemente de su tratamiento, el modelo propuesto por el CPP, afronta dos problemas: **a)** La exclusión de la prueba prohibida solo podrá ser propuesta por las partes o corresponde al juez de oficio excluir este medio probatorio. Creemos que desde un óptica

El órgano competente con potestad ordenadora y delimitadora del *objeto del proceso* –en nuestra sistemática– es el Juez de Investigación Preparatoria; éste también se encarga de la organización y ordenación del *objeto de prueba* y de la admisión de los medios probatorios. Es meridianamente claro que esa atribución ordenadora de los jueces de investigación preparatoria forma parte de una de las potestades de la jurisdicción; por consiguiente, la etapa intermendida *–de control y saneamiento–* tiene naturaleza jurisdiccional.

Esta función jurisdiccional ordenadora tiene su horizonte y límite en la tutela de los derechos fundamentales que corresponde a los Jueces de Investigación Preparatoria; este tipo de Juez tiene la responsabilidad de habilitar el desarrollo del juicio oral, en tanto y en cuanto, exista causa probable para no someter al escarnio público innecesariamente al imputado sino está configurado una imputación concreta. En ese orden de ideas señala San Martín Castro, que la función primordial del Juez de la Investigación Preparatoria es "resguardar el legítimo espacio que una persecución penal eficaz y razonable, subordinándolo a su turno al mandato impuesto por nuestro sistema político en orden a que el ejercicio de la soberanía estatal no traspase los límites derivados de la dignidad de la persona humana"[12].

2.2. El saneamiento como deber jurisdiccional

La intensa difusión de la ideología adversativa a propósito de la implementación del modelo procesal penal, deslizó la errada idea de

---

constitucional y en el programa de optimizar los derechos fundamentales, es deber del juez del IP excluir de oficio, cualquier medio probatorio viciado de inconstitucionalidad; **b)** se presenta el problema de la ausencia de imparcialidad dado que este juez tuvo el deber de controlar la constitucionalidad y legalidad de los actos de investigación durante la investigación preparatoria, luego, este mismo juez tiene que evaluar la constitucionalidad de estos medios probatorios ofrecidos, no hay duda que se genera cierto sesgo de parcialidad

12 SAN MARTÍN CASTRO, César, *Acerca de la función del juez de la investigación preparatoria*, en Actualidad Jurídica, La Gaceta No. 1246, Lima Perú, p. 282.

que la validez del proceso estaba sujeto al principio dispositivo y, por tanto, a disposición de las partes; en ese orden, se asumió equívocamente que las partes eran las únicas habilitadas para cuestionar la validez del proceso deduciendo los medios de defensa previstos legalmente.

Así, sin mayor reflexión procesal, se asumió que la etapa intermedia estaba sujeta a la lógica adversativa; por consiguiente, asumieron que el principio dispositivo alcanzaba incluso a la configuración del proceso. Se concluía que los Jueces de Investigación Preparatoria sólamente podía avocarse al saneamiento del proceso si la partes lo cuestionaban. No se comprendía que la potestad jurisdiccional ordenadora de esta etapa que impone a los jueces el deber del saneamiento procesal, con independencia de que las partes procesales cuestionen o no la validez del proceso.

En el procesalismo comparado se encuentran hasta tres sistemas de regulación de la etapa intermedia: a) *Sistema de apertura directa del juicio*, en el que no es posible facultar a la defensa para que formule observaciones a la acusación. Es propio del sistema inquisitivo. Este es el modelo del viejo Código de Procedimientos Penales; b) *Sistema de control de acusación provocado por un acto de oposición*, en este sistema se habilita el control de la acusación en tanto sea la propia defensa quien se oponga a la apertura del proceso. Por tanto, si no hay oposición se pasa directamente a la etapa del juzgamiento, c) *Sistema de obligatoriedad del control de la acusación;* este sistema exige siempre la evaluación o control de la imputación, sin necesidad de que la defensa formule una oposición. Este sistema es el adoptado por el Código Procesal Penal.

En consecuencia, es claro que el Ministerio Publico no tiene la atribución de llevar autónomamente su acusación a juicio dado de que existe la posibilidad de una decisión judicial vinculante aún contra la voluntad del Ministerio Público. El control es sobre la verosimilitud de la imputación contra el acusado y sobre la probabilidad de una condena (*Verurtilungs wahrscheinlichkeit)* a la luz de un examen fáctico *(Tatverdach prüfung),* y jurídico *(Schüssigkeits prüfung)* de la acusación. si el tribunal considera que no existe sospecha suficiente de haberse cometido

el delito imputado, decidirá la no apertura del procedimiento principal,*(Nichteröffnungs-beschuss)* [13].

3. FUNCIÓN DE CONTROL O SANEAMIENTO

La propuesta de lineamientos operativos de control deben ser aplicados desde una perspectiva final; sino, existe el riesgo de desarrollar los actos jurisdiccionales de saneamiento de manera rutinaria y sin sentido, determinando un amorfo juicio oral sin norte y sin objeto determinado. Se adopta dos tipos de control, *un control negativo y un control positivo*; el primero, está referido a una evaluación de la acusación de *forma* y de *fondo* –imputación concreta–. El segundo, está referido a una evaluación del requerimiento fiscal del sobreseimiento. Como se ha señalado nuestro Código Procesal Penal opta por la obligatoriedad del control en la etapa intermendia; así está regulado a partir de los artículo 344 hasta el artículo 354 del CPP.

3.1. Control negativo

La finalidad del *control negativo* no es otra que la preparación del juicio. Como bien señala Alberto BINDER, la preparación del juicio consiste en la preparación de todos los elementos del debate, en la depuración final de todas aquellas circunstancias que pudieran nulificarlo o tornarlo inútil; es la etapa de la organización del juicio; siempre siguiendo a BINDER, correspondería a la etapa intermedia "dos actividades perfectamente diferenciables - por una parte, el control de la investigación y de la acusación y, por la otra, preparación del debate"[14].

---

13 HORVITZ LENON, en esa línea señala: *"en definitiva, por decisivo o central que resulte el papel que se atribuya en un sistema procesal al órgano oficial encargado de la persecución pena, no parece aconsejable prescindir del control judicial negativo de la acusación"* (HORVITS LENNON, María Inés, LÓPEZ MASLE, Julian, *Derecho Procesal Chileno* T II, Edit Jurídica Chile - Santiago, p. 14).

14 BINDER, Alberto M. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. 2da edición, 3era reimpresión. Ad - Hoc. Buenos Aires. 2005, pp. 206 y 207

Este tipo de control tiene su fundamento en la idea que *"el Estado de Derecho no puede permitir la realización de un juicio público sin comprobar, preliminarmente si la imputación está provista de fundamento serio como para eventualmente provocar una condena*[15]", parafrasenado a HORVITZ este control judicial negativo constituye un medio para evitar la arbitrariedad, parcialidad o ausencia de sustento de la misma, epecialmente en aquellos en los que existe un monopolio fiscal de la acusación[16].

Ciertamente la apertura del juicio ya constituye un gravamen para el imputado y sería contrario a los principios de un Estado Constitucional de Derecho, obligar a un imputado a soportar los efectos negativos de un procesamiento público sin una imputación concreta seria; en efecto, soportar un juzgamiento supone la imputación pública de un delito y el debate público de las actuaciones, que afectan directamente Derechos Fundamentales como el honor subjetivo y objetivo, la propia imagen, etc. Por tanto, el Juez de la Investigación Preparatoria al momento de calificar la pretensión punitiva –imputación concreta– tiene la responsabilidad constitucional[17] de evaluar la seriedad de ésta

Este control constitucional tiene una doble faz: una *subjetiva y otra objetivae*; la primera como derecho fundamental del imputado de evitar su sometimiento al escarnio público solo, en tanto y en cuanto, este configurado una imputación concreta. La faz objetiva orientado a la legitimación de la impartición de justicia, al percutar el aparato judicial sólo ante una causa probable. No cabe duda, que en esa evaluación tendra que recurrir al valioso instrumento de test de razonabilidad, aplicando rigo-

---

15 HORVITZ LENON, Maria Ines, *Derecho procesal penal chileno*. Tomo II, editorial Jurídica de Chile, Primera edición 2005, p. 11

16 Ibidem, p. 13

17 El juez de Investigación Preparatoria, cumple una labor absoluta de garante de los derechos fundamentales de las partes procesales durante la investigación preparatoria, y continua desplegando esa labor de garantía en la etapa intermedia y en efecto el decidir si un imputado tiene que soportar un juzgamiento publico supone pues realizar ese control de la seriedad formal y de merito que debe contener una acusación para juzgar a un ciudadano

rosamente los subrincipiops de idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta. El test de razonabilidad[18], supone que el Juez de Investigación preparatoria debe determinar si el someter a juzgamiento al imputado es constitucional o si, por el contrario, dicha intervención supone un vaciamiento del contenido esencial de varios derechos fundamentales como el honor, la imagen, etc. y es, por ende, inconstitucional.

En conclusión, este control negativo tiene un profundo contenido constitucional, y materializa el **principio de intervención mínima**, al dotar de relevancia las posibilidades de no desarrollo del juicio oral.

3.1.1. Contradictorio y fase escrita

Pablo Talavera, citando a Binder señala: "la funcionalidad de la fase intermedia en el nuevo CPP, tiene que ver mucho con la adopción del modelo acusatorio – adversativo, y se funda en la idea de que los juicios deben ser convenientemente preparados y de que solo se puede llegar a ellos luego de una conveniente actividad responsable"[19]. Este

---

18 Para que la aplicación del test sea adecuada, corresponde utilizar los tres principios que lo integran: De acuerdo con el **principio de idoneidad o adecuación**, toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser *idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo*, suponiendo dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo y, segundo, la idoneidad de la medida sub examine. **El principio de necesidad** significa que, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Requiere analizar, de un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo, y, de otro, el menor grado en que este intervenga en el derecho fundamental. Por último, de acuerdo con el **principio de proporcionalidad strictu sensu,** para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo del grado de afectación del derecho fundamental, comparándose dos intensidades o grados: **a)** el de la realización del fin de la medida examinada y **b)** el de la afectación del derecho fundamental.

19 TALAVERA ELGUERA, Pablo, *Comentarios al Nuevo código procesal penal*, Editorial Grigley 2004, p. 61.

fin y fundamento sólo puede configurarse en tanto se materialize el contradictorio, para este efecto debe notificarse con la acusación a los demás sujetos procesales.

Las partes pueden *oponer o resistir* la pretensión punitiva, y en el plazo de diez días *pueden*: **a)** *observar la acusación del Fiscal por defectos formales, requiriendo su corrección;* **b)** *deducir excepciones y otros medios de defensa*, cuando no hayan sido planteadas con anterioridad o se funden en hechos nuevos; **c)** solicitar la imposición o revocación de una medida de coerción o la actuación de prueba anticipada conforme a los artículos 242 y 243, en lo pertinente; **d)** *pedir el sobreseimiento*, lo que supone un debate de las partes sobre la seriedad de la acusación; **e)** instar la aplicación, si fuere el caso, de un criterio de oportunidad; **f)** ofrecer pruebas para el juicio, adjuntando la lista de testigos y peritos que deben ser convocados al debate, con indicación de nombre, profesión y domicilio, precisando los hechos acerca de los cuales serán examinados en el curso del debate. Presentar los documentos que no fueron incorporados antes, o señalar el lugar donde se hallan los que deban ser requeridos; **g)** objetar la reparación civil o reclamar su incremento o extensión, para lo cual se ofrecerán los medios de prueba pertinentes para su actuación en el juicio oral; o, **h)** Plantear cualquier otra cuestión que tienda a preparar mejor el juicio.

Los demás sujetos procesales *podrán proponer los hechos que aceptan y que el Juez dará por acreditados*, obviando su actuación probatoria en el Juicio. Asimismo, *podrán proponer acuerdos acerca de los medios de prueba que serán necesarios para que determinados hechos se estimen probados*. Esta primera etapa es obviamente escrita.

3.1.2. Contradictorio y fase oral. Audiencia preliminar

Postulados por escrito los actos procesales, o vencidos el plazo legal, el Juez de la Investigación Preparatoria señala día y hora para la realización de una *Audiencia Preliminar*. Esta se fija dentro de un plazo no menor de cinco días ni mayor de veinte días. Para la instalación de la

audiencia, es obligatoria, la presencia del Fiscal y el defensor del acusado. *No podrán actuarse diligencias de investigación o de prueba específicas*, salvo el trámite de prueba anticipada y la presentación de prueba documental, para decidir cualquiera de las solicitudes presentadas en este estado. **El formato es de audiencia –obviamente oral–** por ello *no se admiten durante su desarrollo la presentación de escritos.*

Durante la audiencia, el Juez otorga la palabra por un tiempo breve y por su orden al Fiscal, a la defensa del actor civil, así como del acusado y del tercero civilmente responsable, los que debatirán sobre la procedencia o admisibilidad de cada una de las cuestiones planteadas y la pertinencia de la prueba ofrecida. El Fiscal puede en la misma audiencia, presentando el escrito respectivo, modificar, aclarar o integrar la acusación en lo que no sea sustancial; el Juez, en ese mismo acto corre traslado a los demás sujetos procesales concurrentes para su absolución inmediata.

3.1.3. Técnicas de dirección y litigación. Audiencia Preliminar

La Técnica de Dirección Judicial de la Audiencia Preliminar tienen una finalidad distinta a la Técnica de Dirección Judicial del Juicio Oral; la primera, tiene como objeto emitir un juicio de procedencia; en tanto; la segunda, emitir un juicio de fundabilidad. Repárese que no se trata de obtener información –mediante el interrogatorio o contra interrogatorio– con fines de fundabilidad. La TLO en la audiencia preliminar tiene como objeto la realización de un juicio de procedencia, por ello será predominante jurídica y, por tanto, fuertemente argumentativa para obtener un juicio de procedencia positivo o negativo. La confusión conceptual de los fines de la audiencia preliminar condiciona a que las defensas postulen razones de fundabilidad en un escenario de debate de procedencia.

El Juez de Investigación Preparatoria, en virtud de su potestad ordenadora y saneadora, está directamente vinculado con la validez de la relación procesal. Por consiguiente, la dirección de la audiencia será

bastante activa –*ello no habilita al juez para incorporar información o material probatorio no propuesto por las partes procesales*– verificando *ex oficio* la concurrencia de los presupuestos procesales. En ese orden, conforme lo señala el artículo 352, después de realizada la Audiencia Preliminar el Juez puede tomar la decisión de sobreseer la causa, de oficio o a pedido del acusado o su defensa, si se verifica la configuración del alguno de los supuestos del artículo 344 del CPP.

El conocimiento técnico jurídico –procesal y material– será presupuesto necesario para el debate; un pobre conocimiento sólo de las reglas del CPP, constituye una seria desventaja en el debate.

3.1.4. Decisiones

Si los defectos de la acusación requieren un nuevo análisis del Ministerio Público, el Juez dispondrá la devolución de la acusación y suspenderá la audiencia por cinco días para que corrija el defecto, luego de lo cual se reanudará. En los demás casos, el Fiscal, en la misma audiencia, podrá hacer las modificaciones, aclaraciones o subsanaciones que corresponda, con intervención de los concurrentes. Si no hay observaciones, se tendrá por modificado, aclarado o saneado el dictamen acusatorio en los términos precisados por el Fiscal, en caso contrario resolverá el Juez mediante resolución inapelable.

Sin embargo, en la práctica una vez presentada la acusación se procedía, sin más, al trámite previsto en el artículo 350° del Código Procesal Penal; en efecto, ello daba lugar a que sea recién en la Audiencia Preliminar (audiencia de saneamiento) donde se detecte **omisiones o defectos notorias**, como la ausencia de fundamentación de la pena –circunstancias o de la reparación civil, dando lugar a una suspensión de la audiencia (art. 352° CPP), generando con ello una reprogramación o suspensión de la audiencia. Empero, los Jueces de Investigación Preparatoria deben propender a la realización de principios centrales –*economía procesal, concentración etc.*– dado que, no son Jueces sólo de audiencia, sino de todo el proceso (incluido el control de plazos). Por esta razón una contrapráctica a desenvolver determinará que ante

una acusación penal con **deficiencias notorias** debe devolverse la acusación a la Fiscalía, antes de la audiencia preliminar a efecto de evitar programaciones de audiencias que obviamente –por sus defectos u omisiones evidentes– no podrán ser desarrolladas; a este efecto es necesario que el operador jurisdiccional evalúe si la acusación tiene **notorias deficiencias** y devolverlas a la fiscalía para su subsanación.

Concluida la audiencia el Juez resolverá inmediatamente todas las cuestiones planteadas; en efecto, la delimitación del objeto de la audiencia preliminar y una adecuada dirección judicial de la audiencia permite al Juez contar con los fundamentos para resolver inmediatamente[20]. Excepcionalmente, por lo avanzado de la hora o lo complejo de los asuntos por resolver, se puede diferir la resolución hasta por cuarenta y ocho horas improrrogables. En este último caso, la decisión simplemente se notificará a las partes.

De estimarse cualquier excepción o medio de defensa, el Juez expedirá en la misma audiencia la resolución que corresponda. Contra la resolución que se dicte, procede recurso de apelación. La impugnación no impide la continuación del procedimiento.

El sobreseimiento podrá dictarse de oficio o a pedido del acusado o su defensa cuando concurran los requisitos establecidos en el numeral 2) del artículo 344, siempre que resulten evidentes y no exista razonablemente la posibilidad de incorporar en el juicio oral nuevos elementos de prueba. El auto de sobreseimiento observará lo dispuesto en el artículo 347. La resolución desestimatoria no es impugnable.

---

20 Esto constituye una buena práctica, dado que no sólo se tiene de primera mano toda la información que permitirá una decisión correcta, sino que permite al juez un ahorro considerable de tiempo; pues terminada la audiencia concluyó la tramitación en esa sede de ese proceso. Una práctica poco saludable es reservar el pronunciamiento por despacho, dado que la labor del Juez se duplica, pues tiene que rehacer nuevamente el trabajo, pero ahora sólo, sin contar con los actores principales para que le proporcionen información

3.2. Control positivo

Independientemente de los cuestionamientos al control positivo del requerimiento del sobreseimiento, que puede generar el *forzamiento jurisdiccional de la acusación*[21], nuestro CPP, establece la necesidad de controlar el requerimiento de sobreseimiento propuesto por el Ministerio Público[22]. En efecto, los supuestos de sobreseimiento y su configuración deben ser objeto de control jurisdiccional.

Debe tenerse claro que esta figura del control del requerimiento de sobreseimiento no afecta la imparcialidad del órgano jurisdiccional, dado que no será el Juez de Investigación Preparatoria quién emita el juicio de fundabilidad, la función de éste se agotará en el saneamiento del proceso y serán los jueces de conocimiento quienes emitan el juicio de mérito o fundabilidad[23], y, por consiguiente no se afecta el princi-

---

21 HORVITS LENNON María Inés; LÓPEZ MASLE, Julian, Derecho, Ibidem, p. 17

22 **Artículo 346 Pronunciamiento del Juez de la Investigación Preparatoria.-**

1. El Juez se pronunciará en el plazo de quince días. Si considera fundado el requerimiento fiscal, dictará auto de sobreseimiento. Si no lo considera procedente, expedirá un auto elevando las actuaciones al Fiscal Superior para que ratifique o rectifique la solicitud del Fiscal Provincial. La resolución judicial debe expresar las razones en que funda su desacuerdo.
2. El Fiscal Superior se pronunciará en el plazo de diez días. Con su decisión culmina el trámite.
3. Si el Fiscal Superior ratifica el requerimiento de sobreseimiento, el Juez de la Investigación Preparatoria inmediatamente y sin trámite alguno dictará auto de sobreseimiento.
4. Si el Fiscal Superior no está de acuerdo con el requerimiento del Fiscal Provincial, ordenará a otro Fiscal que formule acusación.
5. El Juez de la Investigación Preparatoria, en el supuesto del numeral 2 del artículo anterior, si lo considera admisible y fundado dispondrá la realización de una Investigación Suplementaria indicando el plazo y las diligencias que el Fiscal debe realizar. Cumplido el trámite, no procederá oposición ni disponer la concesión de un nuevo plazo de investigación.

23 La incidencia que se generaba a propósito del artículo 220. c) del viejo Código de Procedimientos Penales, y que daba lugar a que de estimarse pro-

pio de *imparcialidad objetiva*. Otro cuestionamiento a la figura del forzamiento jurisdiccional de la acusación estriba en que constitucionalmente quién tiene definido el rol de persecutor del delito y titular por excelencia de la acción penal es el Ministerio Público. En esa línea, los Jueces no deberían asumir directa ni indirectamente funciones fiscales; empero, repárese que los Jueces finalmente tienen la atribución constitucional de hacer cumplir los principios y derechos constitucionales; y, la legalidad es un principio de rango constitucional que no está a disposición de la partes; por consiguiente, cuando el requerimiento de sobreseimiento está viciado por afectar la legalidad en sus diferentes expresiones (Ejm. Legalidad procesal), entonces el Juez tiene la obligación de optimizar este principio; y, qué duda cabe, el forzamiento de la acusación es uno de los instrumentos que habilitan al Juez el control de legalidad, verificando la concurrencia o no de los supuestos previstos en el artículo 344 del CPP.

En ese orden corresponde al juez de investigación preparatoria la verificación exhaustiva de las causales de sobreseimiento, el mismo que procede cuando: **a)** El hecho objeto de la causa no se realizó o no puede atribuírsele al imputado; **b)** El hecho imputado no es típico o concurre una causa de justificación, de inculpabilidad o de no punibilidad; **c)** La acción penal se ha extinguido; y, **d)** No existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y no haya elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado.

Repárese que cada uno de los supuestos de sobreseimiento están vinculados con los presupuestos procesales; así si el hecho objeto de la causa no se realizó no existe una imputación concreta; o si no puede atribuírsele al imputado, no concurre legitimación procesal pasiva; si el hecho imputado no es típico o concurre una causa de justificación, de inculpabilidad o de no punibilidad, el hecho no es proponible objetivamente; si la acción penal se ha extinguido, no concurre interés proce-

---

cedente el forzamiento de la acusación sea el mismo órgano jurisdiccional el que emita la el juicio de fundabilidad, generaba una grave afectación al principio de imparcialidad objetiva.

sal; y, si no existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y no haya elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado, no concurre una imputación concretada en elementos de convicción. La ausencia o concurrencia defectuosa de cualquiera de estos presupuestos procesales determina la invalidez de la relación jurídica procesal.

3.2.1. Contradictorio y control positivo

El contradictorio se manifiesta en la etapa escrita, así los sujetos procesales podrán formular oposición a la solicitud de archivo dentro del plazo establecido. La oposición, bajo sanción de *inadmisiblidad*, será fundamentada y podrá solicitar la realización de actos de investigación adicionales, indicando su objeto y los medios de investigación que considere procedentes.

El contradictorio también se manifiesta en la etapa oral, pues una vez vencido el plazo del traslado, el Juez citará al Ministerio Público y a los demás sujetos procesales para una audiencia preliminar para debatir los fundamentos del requerimiento de sobreseimiento. La audiencia se instalará con los asistentes, a quienes escuchará por su orden para debatir los fundamentos del requerimiento fiscal. Sin embargo, *la instalación de la audiencia con los asistentes,* puede generar problemas de enervamiento o anulación del contradictorio; en efecto, puede presentarse el caso de exista constitución de actor civil, y resulte que no concurra la defensa del imputado; en este caso será necesario la presencia de la defensa técnica del imputado para materializar el contradictorio.

3.2.2. *Non bis in idem* y sobreseimiento parcial

Frecuentemente el Ministerio Público realiza calificaciones típicas plurales, a un mismo hecho, sin precisar si es supuesto de concurso ideal; al finalizar la investigación, formula un requerimiento mixto[24],

24 **Artículo 344 Decisión del Ministerio Público.-**
Dispuesta la conclusión de la Investigación Preparatoria, de conformidad con el numeral 1) del artículo 343, el Fiscal decidirá en el plazo de quince

con la misma base fáctica, así: **i)** solicita el sobreseimiento de la causa, con una calificación jurídica; y **ii)** ***sobre la base de los mismos hechos,*** formula acusación, pero por otra calificación jurídica. La resolución de sobreseimiento de un hecho con una calificación típica, sustrae estos hechos para fundamentar una pretensión punitiva, con otra calificación jurídica; pues se estaría valorando dos veces el mismo hecho, afectando el principio limitante del *non bis in ídem*.

La concurrencia de los presupuestos del ***non bis in ídem***, exige una evaluación de tres identidades: **i)** *la identidad de sujeto;* no presenta mayores problemas pues requiere solo la precisión del nivel de intervención delictiva que se le atribuye; **ii)** *la identidad de hecho;* puede ser el mismo hecho, pero configurar un *concurso ideal de delitos*, –o un *concurso aparente*–. Si configura un concurso ideal, debe exigirse la proposición fáctica específica, que describa la afectación de dos o más bienes jurídicos: una correspondiente al requerimiento de sobreseimiento y otra, a la acusación; **iii)** *la identidad de fundamento*; es errado considerar que la diferente calificación típica, determina por sí, un fundamento diferente; no es un problema meramente nominal, pues el fundamento diferente, tiene su base en la afectación material de bienes jurídicos diferentes. El Tribunal Constitucional, en el expediente 008-001-HC/T.C del 19-01-2001, no se fijó en el tipo penal que se imputó al accionante, para instaurarle el proceso penal, sino en que *"la afectación de bienes jurídicos por los cuales se les juzgó en dichas sedes, son enteramente semejantes (...)"*. Es que, si el bien jurídico implicado es el mismo, no se puede habilitar su protección en dos ámbitos de punición, pues el Estado solo puede instaurar una imputación, debido a que el principio limitante del *non bis in* ídem, no permite que se instaure dos procesos –o dos pretensiones punitivas– con el argumento de que se trata de tipificaciones nominales distintas.[25]

---

días si formula acusación, siempre que exista base suficiente para ello, o si requiere el sobreseimiento de la causa.

25 VELA GUERRERO, Anderson. Recuperado en: www.teleley.com/articulos/art-anderson.pdf

En supuesto de requerimientos mixtos, con la misma base fáctica –supuesto de concursos aparentes–,[26] el Juez de Investigación Preparatorias debe reservar el pronunciamiento del extremo del requerimiento de sobreseimiento, para que el Juez de Juzgamiento lo resuelva con el mérito de la sentencia[27], pues de emitir la resolución de sobreseimiento, sustrae ineludiblemente la base fáctica del extremo acusatorio. Se genera la autoridad de Cosa Juzgada, y con ello la imposibilidad de que los mismos hechos, ***con otra calificación jurídica,*** sean *–otra vez–* objeto de juzgamiento. En efecto, por mandato constitucional la resolución de sobreseimiento, genera la autoridad de Cosa Juzgada; por tanto, impide un nuevo pronunciamiento jurisdiccional, sobre los mismos hechos.

a) Control positivo

Si el Ministerio Público decide acusar, por considerar que existe base suficiente para ello, entonces corresponde realizar un control judicial positivo; se verifica que el hecho imputado, supere los filtros analíticos de la teoría del delito: **i)** que el hecho objeto de la causa *se* realizó y *puede* atribuírsele al imputado **–acción–**; **ii)** que el hecho imputado *es* típico ***–tipicidad–***; **iii)** *no* concurre una causa de justificación ***–antijuridicidad–***; **iv)** no concurra una causa de inculpabilidad ***–culpabilidad–***; y, **v)** no concurran un causa de no punibilidad ***–punibilidad–***. Además, debe evaluar la concurrencia de los presupuestos procesales de: **i)** *la legitimidad procesal* con la imputación de un hecho punible; **ii)** *el interés procesal*, con la no concurrencia de una causa de extinción de la acción penal; y de que exista elementos de convicción suficientes *–causa probable–* para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado.

---

26 En tanto, el Ministerio Público, no subsane los defectos del requerimiento mixto.

27 **Artículo 374 Poder del Tribunal y Facultad del Fiscal.-**
Si en el curso del juicio, antes de la culminación de la actividad probatoria, el Juez Penal observa la posibilidad de una calificación jurídica de los hechos objeto del debate que no ha sido considerada por el Ministerio Público, deberá advertir al Fiscal y al imputado sobre esa posibilidad. Las partes se pronunciarán expresamente sobre la tesis planteada por el Juez Penal y, en su caso, propondrán la prueba necesaria que corresponda. Si alguna de las partes anuncia

1) Objeto de control

El objeto material para controlar la concurrencia de los presupuestos materiales y procesales es la pretensión punitiva[28]; en efecto, este dato de la realidad *–fáctico configurador del hecho punible–*, es el punto de referencia, para evaluar la validez de la relación jurídica procesal. Es ineficiente realizar un juicio de valor, que parta de las definiciones *deductivo-conceptual*; por contra, es eficiente un juicio de procedencia que tenga como punto de referencia datos de la realidad, que considere a los conceptos teóricos como *medios* para resolver el *–fin–* caso concreto. Por tanto, es razonable la exigencia del dato de la realidad *–pretensión punitiva o imputación concreta–* como base fáctica para controlar la validez del proceso.

El hecho punible imputado, es el fundamento objetivo de la pretensión punitiva[29], y éste es el objeto del proceso penal; sin un concepto definido de la pretensión, no es posible definir satisfactoriamente la idea del proceso *–correlación entre pretensión y proceso–*[30]; conforme a este postulado de GUASP, se deduce que: **i)** para que exista un proceso, es presupuesto necesario que exista una pretensión; **ii)** toda pretensión *–procesal–*, generará un proceso; **iii)** el proceso no tiene más contenido que el de la pretensión que lo genera; en efecto, los límites de la pretensión, son los límites del proceso mismo. Por tanto, la determinación de la pretensión –objeto del proceso–, está directamente vinculada a la identificación del proceso.

Los presupuestos procesales vinculan ***pretensión y proceso***, y su adecuada correspondencia determina la validez de la relación jurídica

---

28 Optar por el concepto normativo de pretensión punitiva, en lugar de la imputación; en efecto, la imputación de un hecho punible, es parte de la pretensión punitiva; por tanto, no es cuestión de preferencia terminológica; sino de valorar cuál de los dos conceptos normativos, tiene mayor capacidad de rendimiento, para contener la violencia punitiva.

29 El término *anpruch*, fue utilizado en Alemania por Windscheidt en 1856.

30 En efecto, Guasp en un breve trabajo de 1952 titulado. *La pretensión procesal*, expresa que la acción siempre se inicia como un hecho, no como un derecho, una facultad o un poder pretensión.

procesal; en efecto, la concurrencia idónea de presupuestos procesales, constituye una relación jurídica procesal válida[31].

El juicio de procedencia *–o procesabilidad–* exige el control de la concurrencia idónea de los presupuestos procesales[32]. Los instrumentos conceptuales que permite realizar este **juicio de procedencia** –de validez del proceso–, son los presupuestos procesales[33]; estos **"son los supuestos necesarios para que pueda constituirse un** proceso válido o una relación procesal válida"[34]**.** La adecuada configuración de una pretensión punitiva con los presupuestos procesales, determina la validez del proceso. Solo así, el Juez puede emitir una decisión válida sobre el fondo del conflicto propuesto[35].

El hecho imputado, de la pretensión punitiva, es la base para controlar su proponibilidad objetiva *–tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad–*; respecto de la pretensión, se controla la legitimidad procesal pasiva *–imputación del hecho punible–*; respecto de la pretensión se controla el interés procesal – *que no concurra ninguna causa que extinga la acción penal–*; respecto de la pretensión se controla la capacidad proce-

---

31 La teoría de los presupuestos procesales, tiene su origen en Oscar VON BÜLOW, para este autor el proceso debía entenderse como una relación jurídica.

32 No hay discrepancia sobre que los presupuestos procesales, son requisitos exigidos para que el juzgador pueda resolver sobre el fondo de la pretensión o dictar una sentencia; porque si no concurren los presupuestos procesales, no se configura el proceso válidamente.

33 Los presupuestos procesales, corresponden al objeto del proceso, a las partes procesales y al órgano jurisdiccional. Son presupuestos procesales del objeto del proceso: *i) la pretensión punitiva en forma, ii) la proponibilidad objetiva de la pretensión. Son presupuestos procesales de las partes: i) la legitimidad procesal; ii) el interés procesal, iii) la capacidad procesal.* Y, es presupuesto procesal del órgano jurisdiccional: *i) la competencia del juez.*

34 Enrique VESCOVI. *Teoría General del Proceso*. Bogotá. Edit. Temis. 1984, p. 93.

35 GIMENO SENDRA, Vicente: *Derecho Procesal Penal*, 2da Edición - 2007, Madrid, Editorial Colex. p. 135.

sal; finalmente, respecto de la pretensión, se controla la competencia del Juez[36]. Sin imputación concreta –pretensión punitiva– no es posible controlar la concurrencia de los presupuestos procesales[37]. Solo un enfoque conceptual y deductivo, comenzaría su análisis desde el concepto de los presupuestos procesales; y, éste sería poco eficiente, pues por defecto, se queda solo en afirmaciones meramente conceptuales.

En conclusión, el saneamiento del proceso penal tiene como punto de referencia material a la pretensión punitiva –imputación concreta–.

2) Fines del control positivo

Este control se especifica en "dos actividades perfectamente diferenciables, por una parte, el control de la investigación y de la acusación y, por otra, la preparación del debate"[38]; son dos fases diferenciadas, la primera es presupuesto de la preparación del debate.

El control –en la etapa intermedia– de la investigación realizada y sintetizada en la imputación concreta, es central[39]; los criterios normativos para esta actividad se desprenden –*contrario sensu*– del artícu-

---

36 Con acierto el profesor Alejando RANILLA, señala que "la importancia de la pretensión es académica, política y práctica, porque ( ) aporta un criterio de organización y sistematización de los conceptos" (RANILLA COLLADO, Alejandro. Recuperado en: blog.pucp.edu.pe/media/avatar/581.pdf. visitado el 24-12-2012)

37 La delimitación de la pretensión como punto de referencia, implica una necesaria abstracción, para pasar de la complejidad del mundo real, a una representación simplificada, que es la pretensión. Este proceso de abstracción, tiene diversos niveles y normalmente, sobre su base se comienza a evaluar los presupuestos procesales.

38 BINDER, Alberto M. *Introducción al Derecho Procesal Penal.* 2da edición, 3era reimpresión. Ad - Hoc. Buenos Aires. 2005, p. 206 y 207

39 Acuerdo Plenario 5-2009 f. 17°. "Dentro de la estructura del proceso común, la etapa intermedia es imprescindible. Una de las funciones más importantes que debe cumplir es el control de los resultados de la investigación preparatoria, para lo cual ha de examinar el mérito de la acusación fiscal y los

lo 344 del CPP; en ese orden, el Juez controla que el hecho imputado, supere los filtros analíticos[40] de la teoría del delito: que el hecho objeto de la causa *se* realizó y *pueda* atribuírsele al imputado–***acción***–; que el hecho imputado *sea* típico –***tipicidad***–; *no* concurra una causa de justificación –***antijuridicidad***–; *no* concurra una causa de inculpabilidad –***culpabilidad***–;o no concurra una causa de no punibilidad –***punibilidad***–. Además controla la concurrencia de los presupuestos procesales: debe evaluar que la acción penal, *no* se haya extinguido; y de que existan elementos de convicción suficientes –*causa probable*–, para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado. La inconcurrencia de alguno de los presupuestos, determina la invalidez del proceso, y como consecuencia que el juez sobresea la causa, aún *ex oficio*.

Este control se fundamenta en que: "*el Estado de Derecho no puede permitir la realización de un juicio público sin comprobar, preliminarmente si la imputación está provista de fundamento serio como para eventualmente provocar una condena*[41]*)*"; precisa Horvitz, que el control judicial, constituye un medio para evitar la *arbitrariedad*, *parcialidad* o *ausencia de sustento* de la misma, especialmente en aquellos en los que existe un monopolio fiscal de la acusación[42]. Este control constitucional, tiene una faz *subjetiva y otra objetiva*:

La primera, como Derecho Fundamental del imputado, para evitar su sometimiento al escarnio público, en tanto no esté configurada una imputación concreta; la segunda, orientada a la legitimación de la impartición de justicia, que debe poner en movimiento, solo ante una imputación concreta, configurada como causa probable[43]. En conclu-

---

recaudos de la causa con el fin de decidir si procede o no abrir el juicio oral, el procedimiento principal"

40 Presupuestos materiales.

41 HORVITZ LENON, María Inés, *Derecho procesal penal chileno*. tomo II, editorial Jurídica de Chile, Primera edición 2005, p.

42 Ibídem, p. 13

43 No cabe duda, que en esa evaluación, tendrá que recurrir al valioso instrumento de test de razonabilidad, aplicando rigorosamente los sub principios

sión, este control negativo tiene contenido constitucional, y materializa el **principio de intervención mínima**, que desde una perspectiva procesal, configura posibilidades de no desarrollar el plenario oral, porque no se configuró una imputación concreta, como causa probable.

Ciertamente la apertura del juicio constituye un gravamen para el imputado y, sería contrario a los principios de un Estado Constitucional de Derecho, obligar a un imputado a soportar los efectos negativos de un procesamiento público, sin una imputación concreta. El juzgamiento supone la imputación pública de un delito y el debate público de las actuaciones, afecta directamente Derechos Fundamentales del imputado –honor, imagen, intimidad etc.–. Por tanto, el Juez de la Investigación Preparatoria, al momento de calificar la pretensión punitiva –imputación concreta– tiene el deber constitucional[44] de evaluar la seriedad de ésta.

La preparación y organización del juicio, es otra actividad central. Esta preparación es *conditio sine qua non* de un plenario oral, ordenado y organizado. Señala Alberto BINDER[45], que consiste en la preparación de todos los elementos del debate, en la depuración final de todas aquellas circunstancias que pudieran nulificarlo o tornarlo inútil. No obstante, esta es la fase más débil *–por su formulismo–* que realizan los Jueces de Investigación Preparatoria; este defecto, se materializa en el desarrollo ulterior de juicios amorfos y desorganizados.

---

de idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta. El test de razonabilidad, supone que el Juez de Investigación preparatoria, debe determinar si el someter a juzgamiento al imputado es constitucional o si, por el contrario, dicha intervención supone un vaciamiento del contenido esencial de varios derechos fundamentales, como el honor, la imagen, etc. y es, por ende, inconstitucional.

44 El Juez de Investigación Preparatoria, cumple una labor absoluta de garante de los derechos fundamentales de las partes procesales, durante la investigación preparatoria, y continúa desplegando esa labor de garantía en la etapa intermedia y en efecto, el decidir si un imputado tiene que soportar un juzgamiento público, supone pues realizar ese control de la seriedad formal y de mérito, que debe contener una acusación para juzgar a un ciudadano.

45 BINDER, Alberto M. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. 2da edición, 3era reimpresión. Ad - Hoc. Buenos Aires. 2005, p. 206 y 207

¿Qué supone preparar el juicio?: En primer lugar, definir las proposiciones fácticas de la imputación del hecho punible y su calificación jurídica. Estas proposiciones fácticas se deben concretar en el auto de enjuiciamiento[46]. Si son varias imputaciones, deben exigirse las proposiciones fácticas que lo individualicen, con la precisión del tipo de concurso que corresponda *(ideal o real)*. El producto de esta actividad, –determinación del **objeto del proceso**– debe expresarse en el auto de enjuiciamiento.

En segundo lugar, el Juez, con la precisión de la oposición o resistencia, define el **objeto del debate**; por tanto, delimita los puntos controvertidos[47], para ello debe promover activamente las convenciones probatorias[48]. Esta actividad es central y define el orden y organización del juicio oral. El **objeto del debate,** es el punto de referencia para la admisión de los medios probatorios; en efecto, el sentido de pertinencia, conducencia y utilidad está referido a los hechos controvertidos –objeto de debate–.

Finalmente, la admisión de los medios probatorios –actividad centralísima–, configura el desarrollo del juicio oral. La rigurosidad en la admisión de los medios probatorios, considerando el específico aporte probatorio para su admisión, determina el desenvolvimiento del plenario oral. En efecto, "el juicio oral, es prueba", y es el escenario por excelencia de producción de prueba, pero solo sobre la base de los medios probatorios ofrecidos y admitidos en la etapa intermedia.

---

46 En el proyecto de Reglamento de Despacho Judicial de la ETI-CPP-PJ, artículo 100.6, se exige que el auto de enjuiciamiento contendrá lo establecido en el artículo 353 del código, así como la relación de pruebas ofrecidas que no fueron admitidas y la reserva del caso; así como una exposición de los hechos materia de la investigación.

47 Artículo 61.4 del proyecto de Reglamento de Despacho Judicial de la ETI-CPP-PJ.

48 Las convenciones probatorias tienen que expresarse en el auto de enjuiciamiento, puesto que será la base fáctica, que considerará el juez de juzgamiento, para efectos de fundamentar la sentencia de mérito.

3.2.3. Contradictorio y fase escrita

Pablo TALAVERA, citando a BINDER, señala: "la funcionalidad de la fase intermedia en el nuevo CPP, tiene que ver mucho con la adopción del modelo acusatorio – adversativo, y se funda en la idea de que los juicios deben ser convenientemente preparados y de que solo se puede llegar a ellos luego de una conveniente actividad responsable"[49]. Esta finalidad sólo puede configurarse, con una imputación concreta –pretensión punitiva– que habilite la materialización del contradictorio, con la posibilidad de oponer o resistir a la pretensión punitiva; para este efecto, debe notificarse con la acusación, a los demás sujetos procesales.

El Ministerio público formulará acusación, siempre que exista base suficiente para ello –artículo 344 del CPP–; esta acusación debe cumplir con los requisitos legales previstos en el artículo 349 del CPP; estos requisitos de la acusación son de carácter formal y tienen que adecuarse a las exigencias sustanciales de la pretensión punitiva –imputación concreta–. En esta fase escrita, antes del traslado, se debe realizar un control de la concurrencia de los requisitos formales del Art. 349 del CPP. En la fase oral –audiencia preliminar– se debe incidir en un control de los requisitos de fondo de la imputación concreta.[50]

El Acuerdo Plenario N° 6-2009/CJ-116, precisa en el fundamento 15°: "Por la propia naturaleza de ambos controles: formal y sustancial, no es posible ejercerlos conjuntamente, sino sucesivamente. El control formal es previo a toda posibilidad de análisis de mérito de la acusación". Señala que: "Es así que el artículo 352°.2 NCPP precisa que si se advierten defectos que importan el incumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 349°.1 NCPP –en una discusión que debe preceder al análisis de los demás aspectos que deben tratarse en la audiencia preliminar– lo pertinente es suspender la audiencia para su

49 TALAVERA ELGUERA, Pablo, *Comentarios al Nuevo Código Procesal Penal*, Editorial Grigley 2004, p. 61.

50 Presupuestos materiales y procesales.

debida subsanación, luego de lo cual debe reanudarse". Empero, ello no excluye un control, en la fase escrita, de notorios errores formales.

Son supuestos de *notorios errores formales*: errores materiales en los nombres de los sujetos procesales, calificaciones jurídicas genéricas, presentación de fácticos de la imputación del hecho punible en el "rubro" de los elementos de convicción, etc. El Juez debe realizar una primera evaluación formal; en ese orden el escrito de acusación con *notorios errores formales*, debe ser devuelto para su corrección, y posibilitar un óptimo contradictorio en la fase escrita. Esperar la realización de la audiencia preliminar, para recién devolver la acusación, es tardío y genera notable retraso, en el desarrollo de la etapa intermedia.

La maximización de la oralidad en la etapa intermedia, ha dado lugar a un descuido de la fase escrita. No se repara que la delimitación escrita de la acusación y de la resistencia, establece las bases para su ulterior debate en la Audiencia Preliminar. Solo así tiene sentido la etapa escrita. Este juicio de admisibilidad de los requisitos formales de la acusación tiene fundamento normativo en la aplicación, por integración procesal, del artículo 426 del CPC[51]; en efecto, el Acuerdo Plenario N° 6-2011/CJ-116, precisa que "el proceso es una institución de configuración legal, se encuentra plasmada en las leyes procesales: el Código Procesal Civil -que es la norma procesal común, de todo el sistema procesal-"; por tanto, no existe ningún impedimento para su aplicación.

Las partes pueden *oponer o resistir* a la pretensión punitiva, y en el plazo de diez días *pueden* realizar:

---

51 **Artículo 426.-** El Juez declara inadmisible la demanda cuando:
1. No tenga los requisitos legales.
2. No se acompañan los anexos exigidos por ley.
3. El petitorio sea incompleto o impreciso.
4. Contenga una indebida acumulación de pretensiones.

En estos casos el Juez ordenará al demandante subsane la omisión o defecto en un plazo no mayor de diez días. Si el demandante no cumpliera con lo ordenado a criterio del Juez, este rechaza la demanda y ordena el archivo del expediente."

a) Observaciones de forma

- *Observar la acusación fiscal por defectos formales, requiriendo su corrección;* **estos defectos son aquellos que los sujetos procesales observan en el escrito de la acusación[52]. No es un cuestionamiento de la "formalidad por la formalidad"; la inobservancia de la formalidad, debe lesionar un específico derecho de defensa, que configura el centro del objeto de debate, para disponer su corrección. Obviamente este debate, precede lógicamente al debate sustancial de la imputación concreta.**

b) Oposición o resistencia sustancial

Cuestiona la configuración sustancial de la imputación concreta; así las partes pueden:

- *Deducir excepciones y otros medios de defensa*, si no fueron planteados con anterioridad o se funden en hechos nuevos. Están referidos a omisión o defecto en la concurrencia de los presupuestos analíticos de la teoría del delito y de los presupuestos de validez del proceso. Esta oposición o resistencia de fondo, está referida a medios de defensa típicos –excepciones, cuestiones previas etc.–, que se encuentran nominados y regulados por el CPP.

- *Pedir el sobreseimiento,* fundamentado en una de las causales previstas en el artículo 344 del CPP. Corresponde al Juez de Investigación Preparatoria, la evaluación exhaustiva del requerimiento de sobreseimiento, pedido por las partes; fundamentado en que: **i)** el hecho objeto de la causa, no se realizó o no puede atribuírsele al imputado; **ii)** el hecho imputado, no es típico o concurre una causa de justificación, de inculpabilidad o de no punibilidad; **iii)** la acción penal se ha extinguido; y, **iv)** no existe razonablemente la

52 Las inobservancias formales notorias, fueron objeto de observaciones en la fase escrita de la etapa intermedia

posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y no haya elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado. Cada supuesto de sobreseimiento está vinculado a la inconcurrencia de uno de los presupuestos materiales y/o procesales. Estos supuestos de sobreseimiento, son los mismos que fundamentan las excepciones[53] deducibles y los otros medios técnicos de defensa típicos[54].

c) Medios probatorios y convenciones

- Ofrecer pruebas para el juicio, adjuntando la lista de testigos y peritos que deben ser convocados al debate, con indicación de nombre, profesión y domicilio, *precisando los hechos acerca de los cuales serán examinados en el curso del debate.* Presentar los documentos que no fueron incorporados antes, o señalar el lugar donde se hallan los que deban ser requeridos.

  Estos *requisitos formales* del ofrecimiento de medios probatorios, están directamente imbricados con los *requisitos de fondo* de los medios probatorios; así, solo se puede establecer la **pertinencia** de un medio probatorio, si en el escrito de ofrecimiento de medio probatorio se "precisan los hechos acerca de los cuales serán examinados"; en ese orden, la identificación de los órganos de prueba, posibilitan la materialización del contradictorio con el cuestionamiento a la conducencia, pertinencia o utilidad del medio probatorio ofrecido.

  El objeto del proceso es la **pretensión punitiva** y como tal fija, los criterios de conducencia, pertinencia y utilidad para la admi-

---

53 El primer supuesto de oposición o resistencia de fondo, está referido a defensas técnicas –excepciones, cuestión prejudicial, etc.; en efecto, son defensas típicas o nominadas; pero también las causales de sobreseimiento, tienen los mismos fundamentos, y no existe impedimento para ser propuestas directamente.

54 Solo se adiciona como casual de sobreseimiento, la ausencia de causa probable.

sión de los medios probatorios. Empero, la **oposición o resistencia**, fundamentada en *nuevos hechos*[55], que configuran una causa de justificación o de exculpación[56], *–vinculados al hecho típico, pero diferente–*[57]; *también* constituyen objeto de prueba, y fijan criterios de conducencia, pertinencia y utilidad, para la admisión de los medios de prueba, ofrecidos por la defensa de los imputados y de los demás sujetos procesales.

- Los demás sujetos procesales, *podrán proponer los hechos que aceptan y que el Juez dará por acreditados*, obviando su actuación probatoria en el Juicio. Así mismo, *podrán proponer acuerdos, acerca de los medios de prueba que serán necesarios para que determinados hechos se estimen probados.*

Esta actividad es central para optimizar el principio nuclear del **contradictorio** en el ulterior plenario oral, optimiza también los principios de concentración, economía procesal, continuidad, y unidad del juicio oral. Con las convenciones probatorias, y la consiguiente fijación de puntos controvertidos, se delimita de manera puntual el objeto del debate; éste es el *prius* lógico, para la inadmisión de los medios probatorios impertinentes e inútiles al objeto de debate, que hacen ociosa su actuación en juicio oral, con dispendio de los recursos personales y logísticos.

d) Reparación civil

Con relación al objeto civil, las partes pueden:

---

55 En Derecho Procesal, no es lo mismo hablar de "Nuevos Hechos" que de "Hechos Nuevos". "Nuevos Hechos", son aquéllos hechos no considerados en la imputación, sino en la oposición o resistencia; en tanto que los "Hechos Nuevos" son aquéllos que tienen relación con la cuestión que se ventila, y ocurren o llegan a conocimiento de las partes con posterioridad, una vez que ya se ha trabado la *litis*.

56 Con efectos extintivos de la responsabilidad penal.

57 La oposición o resistencia, no siempre ataca la realización del hecho típico *–pueden convenir incluso sobre el hecho típico–*; son los supuestos de oposición o resistencia.

Objetar la reparación civil o reclamar su incremento o extensión, para lo cual se ofrecerán los medios de prueba pertinentes, para su actuación en el juicio oral. Esta discreta regulación, exige una interpretación más rigurosa, o en su caso una expresa remisión al Código Procesal Civil. Se interpreta que la objeción a la reparación civil, debe estar fundamentada en fácticos relevantes jurídicamente, para la determinación *–cuantitativa y cualitativa–* del objeto civil.

Son varias las situaciones procesales que se presentan: **i)** si el Ministerio Público formula la pretensión civil, entonces tiene el *deber y carga* de expresar los fundamentos de la pretensión civil y la carga de probar; **ii)** si el agraviado se ha constituido en Actor civil, entonces tiene la carga de fundamentar su pretensión civil y la carga de probar. El reclamo por la extensión de la pretensión civil, corresponde a la defensa del imputado, o al Tercero civil responsable; en ese orden, tendrá que precisar cuáles son las razones para oponerse y contradecir la pretensión civil –o su monto– propuesto por el Ministerio Público o el Actor Civil.

e) Otras peticiones

Solicitar la imposición o revocación de una medida de coerción o la actuación de prueba anticipada, conforme a los artículos 242 y 243, en lo pertinente;

Instar la aplicación, si fuere el caso, de un criterio de oportunidad. Se ha señalado al respecto que se refiere solo a los supuestos del artículo 2° CPP; empero, no a la terminación anticipada que tiene un procedimiento específico[58]. Esta postura es cuestionable, desde la práctica, pues genera morosidad y un flujo innecesario de proce-

58 Acuerdo Plenario 5-2009 f. 18 "Por otro lado, es de acotar que cuando el citado artículo 350°.1.e) NCPP prescribe que en la etapa intermedia se puede aplicar un criterio de oportunidad, tal referencia, sistemáticamente, sólo remite al artículo 2° NCPP".

sos llevados innecesariamente a juicio oral, pues concluyen con una conformidad del imputado.

Plantear cualquier otra cuestión, que tienda a ***preparar*** mejor el juicio.

3.2.4. Contradictorio y fase oral. Audiencia preliminar

Presentada la acusación y la oposición, por escrito, y vencidos el plazo legal, el Juez de la Investigación Preparatoria, señala día y hora para la realización de una *Audiencia Preliminar.* Esta se fija dentro de un plazo no menor de cinco días, ni mayor de veinte días[59], **El formato es de audiencia –obviamente oral–** por ello *no se admiten durante su desarrollo, la presentación de escritos.*

Para la instalación de la audiencia, es obligatoria, la presencia del Fiscal y el defensor del acusado. El objeto de esta audiencia, tiene un fuerte contenido *técnico-jurídico;* en efecto, son de aplicación para el control, las herramientas conceptuales de: *la teoría constitucional, la teoría del delito, la teoría del proceso, la teoría de la prueba, etc.,*[60]que requiere de especialistas en el objeto de control; en ese orden, no es necesaria la presencia del imputado; sin embargo, la inconcurrencia del imputado hace perder la oportunidad de **promover convenciones probatorias y determinar los puntos controvertidos,** para centrar el posterior juicio oral.

La presencia de los otros sujetos procesales –el actor civil y el tercero civil responsable– no es procesalmente obligatoria, en atención a que para la configuración del objeto civil rige el principio dispositivo; en efecto, su presencia en la audiencia preliminar es una carga procesal, no un deber.

Durante la audiencia, el Juez otorga la palabra por un ***tiempo breve*** y por su orden al Fiscal, a la defensa del actor civil, así como del acusado y

---

59 Es claro que si es un proceso con preso preventivo, la audiencia preliminar debe fijarse en el límite inferior de los 5 días.

60 Todo ello en un contexto de control constitucional.

del tercero civilmente responsable, los que debaten la **procedencia o admisibilidad** de cada una de las cuestiones planteadas y la pertinencia de la prueba ofrecida. La exigencia de brevedad se entiende, porque el objeto central, es el control sustancial de la imputación concreta del hecho punible –pretensión punitiva–; el control de las formalidades de la acusación[61] siempre es previo al control sustancial de la imputación concreta. La inobservancia de una formalidad de la acusación, puede ser subsanada por el Fiscal en la misma audiencia, presentando el escrito respectivo, modificar, aclarar o integrar la acusación **en lo que no sea sustancial[62].** Solo después se inicia el debate sustancial de la imputación concreta.

El objeto central de control, es la imputación del hecho punible; en la práctica se ha trastocado este objeto y se satura la audiencia con un extenuante control de formalidad, con la reproducción oral de toda la acusación escrita, y se genera otro registro íntegro de audio de la acusación, sin utilidad para el juicio oral.

a) Orden y organización del debate

El debate se organiza en el siguiente orden:

- En primer lugar, el Ministerio Público, presenta la calificación jurídica del hecho punible y el título de imputación; luego, conforme a los elementos del tipo, presenta las *proposiciones fácticas* pertinentes de la imputación concreta del hecho punible[63].
- El segundo lugar, el control observa la prelación lógica de los criterios normativos *–contrario sensu–* del artículo 344 del CPP; en ese orden, el juez somete a debate el hecho imputado, y utiliza los

---

61 Ese control formal se realiza incluso con anterioridad a la realización de la audiencia preliminar, cuando la inobservancia de formalidades son notorias o los errores son gruesos.

62 El Juez, en ese mismo acto, corre traslado a los demás sujetos procesales concurrentes, para su absolución inmediata.

63 El Ministerio Público, presentará la calificación jurídica que estructura las líneas jurídicas, por donde discurrirán las proposiciones fácticas significativas al tipo penal.

filtros de la teoría del delito: que el hecho objeto de la causa *se* realizó y *pueda* atribuírsele al imputado; que el hecho imputado *sea* típico, *no* concurra una causa de justificación, de inculpabilidad o de no punibilidad.

- En tercer lugar, somete a debate la concurrencia de los presupuestos procesales *–legitimidad e interés procesal–*, entre estos es central, el control de la vigencia de la acción penal.

- En cuarto lugar, se debate y controla la existencia de elementos de convicción suficientes *–causa probable–*, para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado. La inconcurrencia de alguno de los presupuestos *–materiales o procesales–* determina que el juez sobresea la causa, aún ex oficio.

b) Orden del debate y excepciones

Cuando se deducen excepciones u otros medios de defensa que pretendan el sobreseimiento de la causa, el orden del debate es el mismo; solo se ubican en el orden de control señalado; así:

El pedido de sobreseimiento, porque *"el hecho objeto de la causa no se realizó o no puede atribuírsele al imputado"*, es debatido y controlado en un primer momento, cuando el Ministerio Público presenta las proposiciones fácticas de la imputación del hecho punible.

Deducida la excepción de improcedencia de acción, porque *"el hecho no es típico"*, se debate y controla al momento de evaluar la tipicidad del hecho imputado.

Si se deduce la excepción de improcedencia de acción, porque *"el hecho es delito, pero no es justiciable penalmente"*; se debate y controla al momento de evaluar la concurrencia de una causa de no punibilidad.

Deducida la excepción de prescripción; se debate y controla al momento de evaluar la vigencia de la acción penal.

Finalmente, si se deduce la excepción de cosa juzgada, de amnistía, prescripción, etc., se debate y controla al momento de evaluar el interés procesal.

Pedido el sobreseimiento porque *"no existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y no haya elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado"*, se debate y controla al momento de evaluar los suficientes elementos de convicción que configuren una causa probable.

Como se advierte cada supuesto de sobreseimiento está vinculado con las excepciones deducibles y los medios de defensa típicos; estos a su vez, se fundan en la ausencia de un presupuesto material o procesal.

3.2.5. Dirección y litigación en la audiencia preliminar

a) Sujetos procesales y conocimiento de la acusación

El objeto de la Audiencia Preliminar es controlar la *procedencia* de la imputación del hecho punible, diferente al objeto del juicio oral, que es el juicio de fundabilidad de la imputación del hecho punible. El Juez de juzgamiento, no debe tener conocimiento previo de los hechos y de la información probatoria, pues deviene en un testigo de referencia, con riesgo de un prejuzgamiento de la causa[64] .

Sin embargo, el Juez de Investigación Preparatoria, no emite un juicio de fundabilidad, sino que prepara el desarrollo futuro del juicio oral sobre la base de un dato de la realidad: la pretensión punitiva. Preparar tiene como presupuesto, *conocer* la pretensión punitiva y su idoneidad. El punto de referencia para su *conocimiento,* es la acusación escrita y su oposición; en efecto, el eje del debate oral queda delimitado en la fase escrita de la Etapa Intermedia y debe ser de previo conocimiento por el Juez de Investigación Preparatoria.

El conocimiento judicial de los fundamentos de la pretensión punitiva, *recién* en la audiencia preliminar, no es idóneo. Quien tiene la dirección del debate, debe conocer los fundamentos de la acusación y los cuestionamientos a ésta, precisamente para centrar el debate en la audiencia preliminar.

---

64 Denominada *"contaminación"* del juzgador.

Todos los sujetos procesales, deben *conocer* los fundamentos de la acusación, para un debate oral sobre base cierta. No es una cuestión de mayor o menor habilidad oral de las partes procesales en la presentación del caso, sino de preparar el desarrollo serio del futuro juicio oral, sobre base cierta.

El conocimiento previo de los fundamentos de la acusación y sus cuestionamientos, dan sentido a la exigencia de brevedad del artículo 351, **3., del CPP,** prescribe que instalada la audiencia, el Juez otorgará la palabra **por un tiempo breve** y por su orden al Fiscal, a la defensa del actor civil, así como del acusado y del tercero civilmente responsable. La práctica ha desnaturalizado esta exigencia, pues el Ministerio Público reproduce *in extenso* las *formalidades* de la acusación.

b) El saneamiento como poder-deber jurisdiccional

El *poder-deber* de saneamiento judicial, está previsto en el artículo 352. 4 del CPP; en efecto, puede dictar aún de oficio el sobreseimiento de la causa; pues no resuelve una pretensión u oposición de fundabilidad, sino que expurga los vicios de invalidez de la relación procesal y, el control de la legalidad procesal, es una atribución judicial ordenadora. Pero, la resolución de saneamiento no debe ser sorpresiva; en efecto, si el juez estima que concurriría una causal que invalida la relación procesal, *–no advertida por las partes–* tiene que incorporarlo al debate, para resolver con las razones que emerjan de éste.

El Juez de Investigación Preparatoria, tiene el *poder–deber* de ordenación y saneamiento; y, es quién decide sobre la validez de la relación procesal. Por consiguiente, la dirección de la audiencia preliminar será bastante activa, por el control *ex oficio* de los presupuestos materiales y procesales.

c) El control de la calificación jurídica

El Juez, como Director de debate, con base en la calificación jurídica de la imputación, exige al Ministerio Público las proposiciones fác-

ticas que configuren cada uno de los elementos del tipo. El Ministerio Público tiene el deber de postular proposiciones fácticas, que realicen el tipo. La falta de base fáctica que materialice un elemento del tipo, determina que el *"hecho denunciado no sea* típico" y configura un supuesto de sobreseimiento, previsto en el artículo 344.2.b) del CPP.

El Juez de Investigación Preparatoria, no tiene atribución para desvincularse o recalificar el hecho imputado; esta atribución, es atribución legal del Juez de Juzgamiento –artículo 374.1 del CPP[65]–. No puede dictarse Auto de Enjuiciamiento, con una calificación jurídica que no corresponda a la imputación fáctica; la expresión genérica que *"el hecho tiene contenido penal"*, encubre una defectuosa imputación y configura una fundamentación aparente.

No es objeto de la Audiencia Preliminar, la obtención de información con fines de fundabilidad; su objeto es un control de procedencia de la imputación del hecho punible; está actividad supone un debate técnico-jurídico, que concluye con un juicio de procedencia positivo o negativo; el conocimiento técnico-jurídico –procesal y material–, es presupuesto necesario para el debate; un conocimiento solo de las reglas del CPP, constituye una seria desventaja en el debate. En esa línea, la confusión conceptual del objeto de la Audiencia Preliminar, ha determinado prácticas erradas de *fundabilidad,* en un escenario de procedencia. Esta mala práctica se presenta con frecuencia en el debate de los elementos de convicción y su suficiencia, contenida en las actas de investigación.

---

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

3.2.6. Decisiones

Si la pretensión punitiva está configurada con: **i)** una imputación del hecho punible, que supera los presupuestos analíticos de la teoría del delito y los presupuestos procesales, y **ii)** una imputación de circunstancias modificatorias de responsabilidad; y además de medios probatorios ofrecidos con la precisión del aporte probatorio, para determinar su conducencia, pertinencia y utilidad, entonces, el juez emite el auto de enjuiciamiento correspondiente. Esta resolución contendrá lo establecido en el artículo 353 del CPP[66] la relación de pruebas ofrecidas que no fueron admitidas y la reserva del caso; así como una exposición **de los hechos materia** del juzgamiento.[67] Si no hay observaciones, declarará la existencia de un proceso válido en los términos propuestos por el Fiscal

Los defectos sustanciales subsanables de la acusación, más frecuentes, son: **i)** que el fáctico de la imputación se encuentre como elemento de convicción y no como proposición fáctica de la imputación concreta[68], **ii)** la falta de imputación de circunstancias, para efectos de individualizar la pena; un errado juicio de tipicidad, **iv)** la falta de pro-

---

66 **Artículo 353 Contenido del auto de enjuiciamiento.-**
2. El auto de enjuiciamiento deberá indicar, bajo sanción de nulidad:
a) El nombre de los imputados y de los agraviados, siempre que en este último supuesto hayan podido ser identificados;
b) El delito o delitos materia de la acusación fiscal con indicación del texto legal y, si se hubiere planteado, las tipificaciones alternativas o subsidiarias;
c) Los medios de prueba admitidos y, de ser el caso, el ámbito de las convenciones probatorias de conformidad con el numeral 6) del artículo anterior;
d) La indicación de las partes constituidas en la causa.
e) La orden de remisión de los actuados al Juez encargado del juicio oral.

67 Proyecto de Reglamento de Despacho Judicial de la ETI-CPP-PJ, artículo 100.6

68 Es necesario que el Ministerio Público, estructure esa información en la imputación del hecho punible

nunciamiento sobre el objeto civil, **v)** la falta de precisión del aporte probatorio del medio probatorio ofrecido. Estos defectos, requieren un nuevo análisis del Ministerio Público, entonces, el Juez dispone la devolución de la acusación y *suspende* la audiencia por cinco días, para que se corrija el defecto, luego de lo cual se reanudará.

En los demás casos, el Fiscal, en la misma audiencia, puede hacer las modificaciones, aclaraciones o subsanaciones que corresponda, con intervención de los concurrentes. Si no hay observaciones, se tendrá por modificado, aclarado o saneado el dictamen acusatorio en los términos precisados por el Fiscal; en caso contrario, resolverá el Juez mediante resolución inapelable.

No obstante, una interpretación procedimental, ha determinado que recién en la Audiencia Preliminar, se detecten las **omisiones o defectos notorios de orden formal o sustancial** (errores en el nombre de los imputados y agraviados, ausencia de fundamentación de la pena, tipificaciones genéricas, falta de fundamentación de la reparación civil, etc., etc.), que ha determinado suspensiones de la audiencias temporalmente indeterminadas, no obstante el plazo legal de cinco días[69]; con ello las reprogramación o suspensión de la audiencia, como práctica dilatoria sin control.

Los Jueces de Investigación Preparatoria, deben optimizar la realización de principios centrales *–economía procesal, concentración etc.–*, no solo son "Jueces de Audiencia", sino de todo el proceso y debe controlar los plazos. Por eso es imperioso que ante una acusación penal con deficiencias **notorias** *–sustanciales subsanables, o de forma–* debe devolver la acusación a la Fiscalía, aún en la etapa escrita, a efecto de evitar programaciones de Audiencias Preliminares, que por defectos notorios no pueden llevarse adelante, pues siempre determinarán la suspensión

69 352 2. Del **CPP.** Si los defectos de la acusación requieren un nuevo análisis del Ministerio Público, el Juez dispondrá la devolución de la acusación y suspenderá la audiencia por cinco días para que corrija el defecto, luego de lo cual se reanudará.

de la Audiencia Preliminar. El Juez una vez presentada la acusación, en la fase escrita, debe evaluar si ésta adolece de **notorias deficiencias** y, en su caso, devolver a la Fiscalía, para subsanarlas.

Concluida la audiencia, el Juez resolverá inmediatamente todas las cuestiones planteadas. En efecto, la delimitación del objeto de la audiencia preliminar y una adecuada Dirección Judicial de la Audiencia, permite al Juez contar con los fundamentos para resolver inmediatamente[70]. Excepcionalmente, por lo avanzado de la hora o lo complejo de los asuntos por resolver, se puede diferir la resolución, hasta por cuarenta y ocho horas improrrogables. En este último caso, la decisión, simplemente se notificará a las partes.

De *estimarse* cualquier excepción o medio de defensa, el Juez expedirá en la misma audiencia, la resolución que corresponda; contra ésta procede recurso de apelación. La impugnación no impide la continuación del procedimiento. El sobreseimiento podrá dictarse de oficio o a pedido del acusado o su defensa, cuando concurran los requisitos establecidos en el numeral 2) del artículo 344 del CPP, siempre que resulten evidentes y no exista –razonablemente–, la posibilidad de incorporar en el juicio oral nuevos elementos de prueba. Es claro que si la resolución expedida, sobresee la causa y pone fin a la instancia, procede su impugnación.

La resolución *desestimatoria* de la excepción es impugnable; en efecto, el principio de legalidad recursal, reglado en el artículo 404.1 del CPP establece que: "las resoluciones judiciales son impugnadas sólo en los casos expresamente establecidos por ley; conforme a ésta el re-

---

70 Esto constituye una buena práctica, dado que no solo se tiene de primera mano toda la información que permitirá una decisión correcta, sino que permite al juez un ahorro considerable de tiempo; pues terminada la audiencia, concluyó la tramitación en esa sede de ese proceso. Una práctica poco saludable es reservar el pronunciamiento por despacho, dado que la labor del Juez se duplica, pues tiene que rehacer nuevamente el trabajo, pero ahora solo, sin contar con los actores principales para que le proporcionen información.

curso de apelación sólo procede para las resoluciones **estimatorias** de cualquier excepción o medio de defensa - art. 352.3 del CPP *"de estimarse cualquier excepción o medio de defensa"*

Esta interpretación estricta, evita que el proceso degenere en litigio indirecto, por admisión de recursos impugnatorios contra resoluciones interlocutorias –**desestimatorias**– en la etapa intermedia, optimizando el célere y óptimo desarrollo del proceso en esta etapa.

En síntesis, la etapa intermedia, tiene como fin: el saneamiento del proceso, evitar el desarrollo de juicios orales inútiles y solo atender a pretensiones punitivas viables. Se deben abandonar aquellas prácticas formularias, ajenas al saneamiento procesal, que actualmente desarrollan los órganos judiciales, pues se pierde su utilidad instrumental. Su operatividad, dependerá de las bases constitucionales que orienten la aplicación de una dogmática procesal y material, para un saneamiento procesal idóneo.

Capítulo IX
Presupuestos procesales e imputación concreta

El método se adecua al problema, y el problema no se adecua al método

Sumario: *1. El procedimentalismo y la reforma – 2. Perspectiva procesal y procedimental – 3. Objetivos procesales – 4.Propuesta de una nueva dirección judicial de la audiencia preliminar – 5. Construcción de la dirección judicial de audiencia preliminar – 6. En síntesis*

1. EL PROCEDIMENTALISMO Y LA REFORMA

Se asumió que con la entrada en vigencia del Código Procesal Penal las Audiencias Preliminares –Control de Acusación– tendrían un cambio cualitativo, de tal manera que el saneamiento del proceso sería ágil y eficiente con un manejo adecuado de los tiempos; empero, los Jueces de "Investigación Preparatoria" inicialmente adecuaron la Dirección Judicial de la Audiencia Preliminar **(DJAP)** a un control lineal y formal de verificación cuantitativa de los requisitos del Art. 349 del CPP, determinado que estas audiencias sean morosas, ineficientes con directa incidencia en la dilación de todo el proceso penal, y la sobrecarga en la gestión de éstos afectó la eficiencia del servicio de justicia.

La metodología de análisis utilizada en la Dirección Judicial de las Audiencias Preliminares (DJAP), se sustentaba en una concepción procedimental - formalista de los operadores, condicionado inicialmente por: i) el uso del Código como la única fuente para resolver los diversos problemas, y ii) la falta de claridad normativa respecto de los requisitos de forma y de fondo; en efecto, el CPP, no regula de manera expresa y nominal los requisitos de forma y fondo.

Sin embargo, por la exterioridad de los requisitos regulados en el artículo 349 del CPP, éstos corresponden a la forma de la acusación y, por tanto, su ausencia puede ser subsanada (Art. 352 del CPP). Por esa perspectiva exegética, la conducción de las Audiencias Preliminares estaban cargadas de un excesivo ritualismo.

El predominio del método procedimentalista - formal se manifestó operativamente porque se verificaba, en primer orden, los requisitos formales de la acusación, conforme a las exigencias legales previstas en el artículo 349 del Código Procesal Penal (CPP); se desplegaba un vano esfuerzo analítico evaluando su concurrencia. Se relegaba a un segundo plano –o anulaba– la metodología procesal de control sistemático de los requisitos de fondo –presupuestos procesales–. Esfuerzo y tiempo se consumían en este debate formal.

Este fue el paradigma imperante con claro predominio de la forma sobre el fondo, que determinaba un despliegue de esfuerzo inútil en el análisis de la forma por la forma. La consecuencia fue una deficiente –cuando no nula– actividad de control de los presupuestos procesales, que determinó la ineficacia e ineficiencia de calificación de la validez o invalidez de la relación jurídica procesal (RJP).

No se percibía la necesidad de realizar una evaluación con rigor lógico, razonable de los presupuestos procesales. Muy eventualmente se evaluaba los requisitos de fondo pero de una manera desorganizada, compartimental y reiterativa, y sólo cuando las partes oponían medios de defensa (excepciones) cuestionando el defecto u omisión de un presupuesto procesal –requisito de fondo–. No se comprendía que su evaluación correspondía sistemáticamente a un control integral de los presupuestos procesales de la pretensión punitiva –imputación concreta–, y que por su naturaleza y efectos, son fundamentales para establecer la existencia de una relación procesal válida, presupuesto ineludible para el desarrollo de un juicio oral organizado.

Los cuestionamientos a la metodología formalista y procedimentalista comenzaron por su nula utilidad en la evaluación de los presupuestos procesales, el excesivo tiempo empleado que finalmente condicionaron una dilación en la realización de las audiencias y el consiguiente incremento de carga procesal. Esta práctica operativa también incidió directamente en el poco incentivo en los abogados para desarrollar competencias y destrezas en el manejo de Técnicas de Litigación Oral en las audiencias preliminares con un enfoque procesal.

2. PERSPECTIVA PROCESAL Y PROCEDIMENTAL

La Dirección Judicial de la *Audiencia Preliminar* puede ser abordada desde una perspectiva procesal o procedimental; la primera presupone la segunda; en efecto, el procedimiento contribuye al orden y a la seguridad; empero, cuando sus exigencias son irrazonables, por un abuso de las formas sin finalidad, se desnaturaliza deviniendo en *procedimentalismo*. En efecto, asumir la etapa intermedia sólo desde la perspectiva de la letra del Código es un extremismo que supone el abandono de toda la doctrina procesal y de todos los constructos conceptuales desarrollados de cara a su operatividad práctica. Precisamente los Acuerdos Plenarios propenden al desarrollo conceptual dogmático-doctrinario, y tienen como finalidad hilvanar los contenidos de los dispositivos normativos, tomando a éstos en su conjunto para encontrarles un sentido y vincularlos a resolver problemas prácticos.

Sin embargo, estos conceptos desarrollados –*incluidos los Acuerdos Plenarios*– no deben configurarse sólo desde los dispositivos normativos, o sobre la base de pura racionalidad, con sobre razonamientos desvinculados de la realidad, pues ésta es la que da sustento y sustancia a los conceptos normativos. Las clasificaciones e hiper clasificaciones conceptuales, sino están vinculadas a una concreta imputación, sólo sirven para el discurso académico, porque no aportan criterios de operatividad de cara a la realización de una imputación concreta.

Es claro que el dato de la realidad, que permite predicar la existencia de una relación jurídica procesal penal, es la imputación concreta de un hecho punible No es posible aprehender el concepto de relación jurídica procesal penal sin una imputación concreta. Sin imputación concreta no hay proceso –*Nullum iudicium sine accusatione*–; es el punto de referencia o centro de gravedad. Teniendo a la imputación como *centro* se podrá apreciar a plenitud las coordenadas de validez de la relación jurídica procesal, pues los elementos de la estructura interna de la imputación concreta son los criterios determinantes de la validez o invalidez de una relación jurídica.

Por tanto, el objeto de la Audiencia Preliminar es centralmente un control de imputación y tiene como consecuencia principal el saneamiento de la validez de la relación jurídica procesal **(RPJ)** [1], esto es verificar si concurren los presupuestos procesales de: **i)** acusación propuesta en forma; **ii)** la competencia del Juez; **iii)** la imputabilidad del procesado *-capacidad procesal-*; **iv)** la imputación del hecho punible *-legitimidad para obrar pasiva-*; **v)** La proponibilidad objetiva de la imputación; **vi)** interés procesal.

La concurrencia de cada uno de estos presupuestos procesales sólo puede afirmarse vinculados a una imputación concreta[2].

1. Es necesaria la ***acusación propuesta en forma***, pues es el medio para evaluar la concurrencia de una imputación concreta; en efecto, los requisitos previstos en el artículo Art. 349 del CPP, constituyen el medio para verificar la atribución de una imputación concreta[3]. Es concreta porque las respuestas a las interrogantes: *¿A quién se imputa? ¿Qué se imputa? ¿Por qué se imputa?,* surgen de las proposiciones fácticas de la imputación. Tiene que estar definido quién es el sujeto imputado -individualizado o identificado; qué hecho punible se le imputa; y, porqué se le imputa. El poder dar

---

1 El saneamiento procesal está directamente vinculado con la imputación concreta; de tal manera que para concluir que una relación jurídica es válida es necesario evaluar los requisitos de fondo de la pretensión punitiva.

2 El Acuerdo Plenario 6 - 2009/CJ-116 *fundamento 6*, hace referencia expresa a la función de los presupuestos procesales, señala que: "Con independencia de las presupuestos procesales, cuya ausencia impide al órgano jurisdiccional entrar a examinar el fondo de la pretensión..." En efecto, el saneamiento procesal está directamente vinculado con la imputación concreta; de tal manera que para concluir que una relación jurídica es válida es necesario evaluar los requisitos de fondo de la pretensión punitiva.

3 El Juez debe tener muy clara la idea de que las formas son los medios para obtener una finalidad. Cada forma está diseñada para una finalidad específica; es por esa razón que los jueces deben conocer la finalidad de la institución en control para eventualmente prescindir de la formalidad si es que la finalidad se ha obtenido de otra forma.

respuesta a cada una de las interrogantes permite afirmar que la acusación está propuesta en forma. Su omisión o defecto da lugar a la subsanación.

2. Una imputación penal *–por su entidad y su calificación jurídica–* puede ser falta o delito y, en ese sentido define la competencia del juez. Aún en el caso de una imputación penal calificada como delito, será necesaria una precisión típica con el objeto de determinar el presupuesto procesal de la ***Competencia*** de los jueces de Juzgamiento[4]. No cabe duda que es el hecho imputado y su tipificación determina finalmente la competencia del juez. El cuestio-

---

4 Artículo 28 **Competencia material y funcional de los Juzgados Penales.**

1. Los Juzgados Penales Colegiados, integrados por tres jueces, conocerán materialmente de los delitos que tengan señalados en la Ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor de seis años.
2. Los Juzgados Penales Unipersonales conocerán materialmente de aquellos cuyo conocimiento no se atribuya a los Juzgados Penales Colegiados.
3. Compete funcionalmente a los Juzgados Penales, Unipersonales o Colegiados, lo siguiente:

a) Dirigir la etapa de juzgamiento en los procesos que conforme Ley deban conocer;
b) Resolver los incidentes que se promuevan durante el curso del juzgamiento;
c) Conocer de los demás casos que este Código y las Leyes determinen.

4. Los Juzgados Penales Colegiados, funcionalmente, también conocerán de las solicitudes sobre refundición o acumulación de penas;
5. Los Juzgados Penales Unipersonales, funcionalmente, también conocerán:

a) De los incidentes sobre beneficios penitenciarios, conforme a lo dispuesto en el Código de Ejecución Penal;
b) Del recurso de apelación interpuesto contra las sentencias expedidas por el Juez de Paz Letrado;
c) Del recurso de queja en los casos previstos por la Ley;
d) De la dirimencia de las cuestiones de competencia entre los Jueces de Paz Letrados.

namiento de este presupuesto está regulado en el artículo 42 del CPP[5].

3. El hecho punible debe ser atribuido a una persona *imputable* en el momento de la comisión delictiva y, con *capacidad procesal* en el momento de su procesamiento. La imputabilidad es un concepto de derecho penal material, que exige que el sujeto activo al momento de la realización del hecho comprenda el carácter delictual de su actuar; en tanto, que el presupuesto de la ***capacidad procesal*** es la aptitud para realizar actos procesales al "interior" del proceso, para que éste sea válido. El primero tiene carácter material y el segundo, procesal. Un ejemplo aclara esta distinción: El sujeto que al momento de la comisión del delito adolece de una grave alteración de la conciencia por la ingesta abundante de alcohol, es inimputable; empero, durante el desarrollo del proceso tiene capacidad para realizar actos procesales defensivos.

La relación jurídica procesal sólo será válida si el procesado tiene *capacidad procesal*, caso contrario no se establecerá una relación jurídica procesal valida.

4. El cuarto presupuesto procesal es la ***legitimidad para obrar***[6]. No hay mayor cuestión con relación a la *legitimación para obrar activa*, pues la Constitución ha atribuido al Ministerio Público el *poder* -

---

5 Artículo 42 **Contienda de competencia por requerimiento**.
1. Cuando el Juez toma conocimiento que otro de igual jerarquía también conoce del mismo caso sin que le corresponda, de oficio o a petición de las partes, solicitará la remisión del proceso. Además de la copia de la resolución, adjuntará los elementos de juicio pertinentes.
2. El Juez requerido resolverá en el término de dos días hábiles. Si acepta, remitirá lo actuado, con conocimiento de las partes. Si declara improcedente la remisión formará el cuaderno respectivo y lo elevará en el término de tres días a la Sala Penal Superior, para que resuelva en última instancia dentro del quinto día de recibidos los autos.

6 En ese sentido el Acuerdo el Plenario 6 – 2009/CJ-116 *fundamento 6*, señala que "(...) la acusación debe expresar, de un lado la legitimación activa del fis-

deber de persecución penal. El Estado ha expropiado el derecho de punir a la víctima, y ha creado una *parte formal* en el proceso constituido por el Ministerio Público. Si no es parte material en el conflicto generado con la realización del hecho punible, entonces la Fiscalía postula una imputación penal con legitimidad para obrar extraordinaria.

En cambio, la *legitimidad para obrar pasiva* se verifica en *la imputación de un hecho punible*; esta imputación se realiza afirmando proposiciones fácticas de un hecho concreto. Este concepto es de carácter estrictamente procesal; por consiguiente, la sola imputación de un hecho punible *no constituye una atribución de responsabilidad,* sino solamente una mera imputación de un hecho punible debidamente definido, que habilita el desarrollo de un proceso.

Constituye una mala práctica afirmar proposiciones fácticas sólo del hecho punible, obviando, o con débil presencia, de proposiciones fácticas de imputación del hecho al procesado, no obstante que éstas son las proposiciones fundamentales de la imputación. Es obvio que esos casos constituyen supuestos de ausencia de legitimidad para obrar pasiva que determinan una relación procesal inválida. Es importante destacar que la imputación concreta tiene que estar anclada en suficientes elementos de convicción.

5. El hecho imputado tiene que contrariar el ordenamiento jurídico; empero esa contrariedad debe ser típica, esto es que el hecho imputado tiene que estar determinado en la ley; la exigencia de la *lex penal scripta y lex penal* certa, determina que la ***imputación sea objetivamente proponible***.

El Juez tiene que verificar si las proposiciones fácticas que fundamentan la imputación superan el juicio de tipicidad –objetiva y subjetiva– si concurre una causa que justifique o exculpe el

---

cal como tal –cuya intervención sólo es posible en los delitos de persecución pública– y la legitimación pasiva del acusado..."

hacer típico. En definitiva tiene que incluir un título de imputación[7].

6. Finalmente el último presupuesto procesal es el ***interés procesal***; se trata de que el interés estatal en la persecución penal esté vigente, que no concurra ninguna situación que determine la ausencia del interés estatal en la persecución penal. Puede presentarse situaciones como el transcurso del tiempo –previsto en el marco punitivo–, o una sentencia expedida sobre los mismos hechos en otro proceso o que se haya aplicado un criterio de oportunidad en sede judicial; en estos casos es evidente que el interés estatal en la persecución delictual cesó; y, por consiguiente, la relación jurídica procesal instaurada es inválida.

El juez en la etapa intermedia en su función saneadora tiene que verificar la concurrencia de cada uno de estos presupuestos procesales. La no concurrencia de uno de ellos –*con excepción de la acusación propuesta en forma*– determinará el sobreseimiento de la causa, bien porque la imputación concreta no es de competencia del juez, o que el imputado es inimputable, o no se tiene una imputación concreta, o falta legitimidad para obrar pasiva, o exista ausencia de interés.

3. OBJETIVOS PROCESALES

No obstante la claridad conceptual y la utilidad práctica de estos constructos teóricos normativos, se presentan resistencias a su aplicación correspondientes a un viejo paradigma procedimental-formalista aún rozagante y vigoroso pero enfundado bajo el rótulo de nuevo modelo procesal; en consecuencia, es necesario plantearse objetivos claros y verificables; entre estos consideramos centrales los siguientes:

---

7 Expresamente el Acuerdo el Plenario 6 – 2009/CJ-116 *fundamento 8 señala:* "La acusación debe incluir un título de imputación, es decir una calificación, siempre provisional del hecho punible (...) referidas a la tipicidad objetiva y subjetiva, al grado del delito, a la forma de la autoría o de la participación"

- Abandonar y superar la metodología *procedimental* en la Dirección Judicial de las Audiencias Preliminares **(DJAP)** –Control de Acusación– generalizada al inicio de la reforma.
- Implementar una metodología *procesal* operativa de Dirección Judicial de las Audiencias Preliminares **(DJAP)**, sustentada en una perspectiva procesal, teniendo como objeto la evaluación sistemática de la concurrencia de los presupuestos procesales para verificar la validez de la relación jurídica procesal.
- Lograr una gestión eficiente con la Dirección Judicial de las Audiencias Preliminares **(DJAP)** a través del análisis sistemático de los presupuestos procesales, en un escenario predominantemente oral.

4. PROPUESTA DE UNA NUEVA DIRECCIÓN JUDICIAL DE LA AUDIENCIA PRELIMINAR

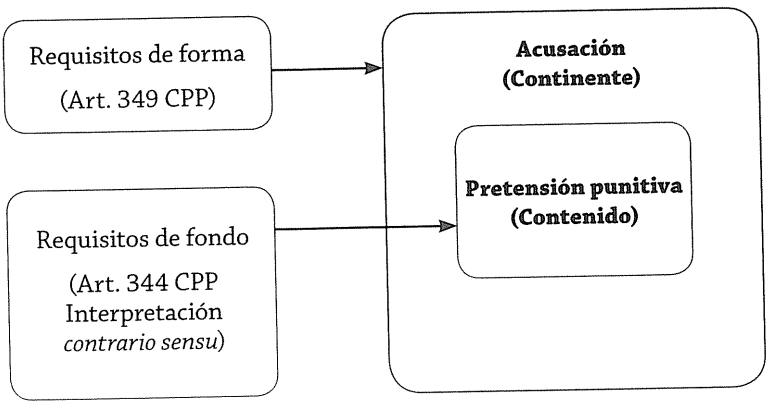
La solución al problema no es crear más juzgados con incremento del número de jueces, sino proponer una nueva metodología procesal en la Dirección Judicial de Audiencias Preliminar **(DJAP)**.

Debe promoverse, entonces, la construcción e implementación de una nueva metodología operativa de Dirección Judicial de las Audiencias Preliminares, sustentada en una perspectiva procesal sistemática, superadora de la metodología formal procedimental.

Para este fin es necesario efectuar una clara diferencia conceptual entre la acusación (continente) y la pretensión punitiva (contenido)[8]; en esa lógica, los requisitos de forma corresponden a la acusación escrita, en tanto que los requisitos de fondo –presupuestos procesales– corres-

8 Distinción destacada en Acuerdo el Plenario 6 – 2009/CJ-116 *fundamento* 6 "Mediante la acusación la Fiscalía fundamenta y deduce la pretensión penal;..."; en efecto, la acusación es el acto procesal que contiene la pretensión punitiva; así un escrito de acusación puede contener varias pretensiones punitivas.

ponden a la pretensión; en ese orden, los requisitos los requisitos *formales* de la acusación, están previstas en el artículo 349 del Código Procesal Penal **(CPP)** y, los requisitos de fondo –presupuestos procesales–[9], se desprenden de una interpretación *contrario sensu* de las causales de sobreseimiento previstas en el artículo 344 del CPP.



En efecto, los presupuestos procesales –*competencia del Juez, capacidad procesal (imputabilidad), legitimidad para obrar (imputación concreta), proponibilidad objetiva de la pretensión punitiva, e interés para obrar*– están referidos a los elementos estructurales intrínsecos de la pretensión punitiva –*imputación concreta*–. Empero, el presupuesto procesal de la *acusación propuesta en forma* está referida a los requisitos formales extrínsecos, que debe contener la acusación escrita.

---

9 El Código Procesal Peruano asume la concepción de los presupuestos procesales como requisitos necesarios para la relación jurídica procesal válida, según se desprende del artículo 352. 2del NCPP, que regula el saneamiento del proceso, estableciendo las consecuencias de la concurrencia o defecto de los presupuestos procesales en el proceso, en síntesis el saneamiento del proceso es una institución que tiene como propósito expurgar del proceso cualquier vicio que impida el conocimiento del mérito de la causa en juicio oral. Por esa razón se impone el *deber de saneamiento al Juez*, independientemente de que las partes procesales lo postulen.

Es claro, entonces, que el objeto central de la Audiencia Preliminar es la evaluación de los presupuestos procesales para decidir la validez de la relación jurídica procesal[10] –en su caso sanearla–. Sin embargo, es necesario precisar que la evaluación de los requisitos de fondo y de forma no se debe realizar de manera separada; en efecto, los requisitos de fondo tienen como correlato su expresión exterior en los requisitos de forma. En ese orden, la pretensión punitiva –*imputación concreta*– es el acto contenido en la acusación[11]. Cada uno de los elementos de la pretensión, y sus requisitos de fondo, tienen su expresión formal en cada uno de los requisitos formales de la acusación.

También es claro que la evaluación de los presupuestos procesales no es puramente conceptual sino que requiere de un dato concreto de la realidad; en efecto, es necesario una concreta pretensión punitiva –imputación concreta–, pues sólo sobre su base se puede predicar la concurrencia o no de los presupuestos procesales y, por ende, la validez de la relación procesal **(RJP)**. Así, cada presupuesto procesal se analiza y se deduce de los elementos estructurales de la imputación concreta –pretensión punitiva–.

---

10 Acuerdo el Plenario 6 – 2009/CJ-116 *fundamento 12*, se precisa que "La etapa intermedia en el NCPP, se afilia al sistema legal de la obligatoriedad del control del requerimiento fiscal. El Juez de la Investigación Preparatoria es el encargado de realizar el control de legalidad de la acusación fiscal, esto es, verificar la concurrencia de los presupuestos legales que autorizan la acusación legal – ese, y no otro, es su ámbito funcional"

11 Entre forma y fondo existe una relación estrecha; la misma que existe entre pretensión y demanda. ¿Es más importante la primera que la segunda? Es una dicotomía inexistente pues ambas están integradas. Qué duda cabe que debe priorizarse la evaluación de la pretensión y sus elementos.
La pretensión y la acusación se afectan mutuamente y no es posible tomar o considerar una sola, así se quiera. El fondo es parte de la forma y la forma es parte del fondo. No son categorías excluyentes. Pretensión y demanda constituyen una unidad, aunque para efectos didácticos se hable de éstos como conceptos separados. Pensar que fondo y forma son de la misma naturaleza es complejo; pero, remarco, debe entenderse que la separación de dichos términos se hace más con fines didácticos.

Una vez definido los requisitos de fondo –presupuestos procesales– esta nueva metodología procesal considera de importancia central su análisis sistemático por ser intrínsecos a la pretensión punitiva[12]. Los presupuestos procesales vinculados a la validez del proceso son el objeto de una metodología procesal sistemática, que tiene como centro evaluar su concurrencia, omisión o defecto, pero de manera sistemática y lógica para que la Audiencia Preliminar sea ágil y eficiente.

Por tanto, es determinante establecer un mayor rigor lógico en la evaluación ordenada de los presupuestos procesales, unos como presupuestos de los otros, un *prius* lógico para hacer más eficiente la función de controlar la concurrencia de los presupuestos procesales. Ese orden lógico constituye una necesidad práctica por los efectos jurídicos que generaban la ausencia o defecto del algún presupuesto procesal, y permite sencillez en el debate oral técnico jurídico sobre los presupuestos procesales.

Se propone el análisis de los presupuestos procesales en el siguiente orden: 1) la *acusación propuesta en forma; 2) competencia del Juez; 3), capacidad procesal (imputabilidad; 4) legitimidad para obrar (imputación concreta); 5) proponibilidad objetiva de la pretensión punitiva; e, 6) interés para obrar.*

a) Acusación propuesta en forma *(Nulla iudicium sine accusatione).* La acusación escrita delimita el objeto del proceso, para este efecto debe cumplir con las exigencias formales que objetivan la pretensión punitiva *–imputación concreta–*; es el presupuesto necesario para evaluar la concurrencia de los otros presupuestos procesales[13]. En efecto, es el punto de referencia *–contiene la*

12 Conforme al *fundamento 13* del Acuerdo el Plenario 6 – 2009/CJ-116 "El control sustancial de la acusación está en función al mérito mismo del acto postulatorio..."

13 Conforme al Acuerdo Plenario No. 6-2009, fundamento quince, señala que: "...por la propia naturaleza de ambos controles: formal y sustancial, no es

pretensión punitiva– que permite evaluar los otros presupuestos procesales intrínsecos a la estructura de la pretensión; en efecto, es la pretensión la que determina *la competencia del juez*; la pretensión sólo puede ser atribuible a una persona que sea imputable –*capacidad procesal*–; debe contener una imputación concreta –*legitimidad para obrar pasiva*–; debe ser proponible objetivamente –*"voluntad de la ley"*; y finalmente estar vigente la acción penal para su prosecución –*interés para obrar*–. La omisión o defecto en la concurrencia de los requisitos de forma (Art. 349 del CPP) no permitiría una evaluación del los presupuestos procesales. Empero deben evaluarse con criterio de razonabilidad; por consiguiente, debe evitarse cualquier exceso ritual que imposibilite una evaluación de los presupuestos procesales[14].

b) **La competencia del Juez** *(Nullum iudicium sine pretore).* Con base a la acusación escrita que delimita el objeto del proceso, se tiene que evaluar si este es de competencia de los jueces penales. No hay mayor cuestionamiento al respecto. (Art. V del T.P del CPP)

---

posible ejercerlos conjuntamente sino sucesivamente. El control formal es previo a toda posibilidad de análisis de mérito de la acusación. Es así que el artículo 352.2 NCPP precisa que si se advierten defecto que importan el incumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 349.1 NCPP –en una discusión que debe preceder al análisis de los demás aspectos que deben tratarse en la audiencia preliminar– lo pertinente es suspender la audiencia para su debida subsanación, luego de lo cual debe reanudarse (...) El control sustancial tiene lugar en un momento procesal distinto, luego de la subsanación de las observaciones de la acusación fiscal. Ésta comprende el examen de cinco elementos necesarios para la viabilidad de la acusación, respecto de los cargos objeto de la investigación: elemento fáctico, elemento jurídico, elemento personal, presupuestos procesales vinculados a la vigencia de la acción penal y elementos de convicción suficientes (artículo 344.1 1NCPP).

14 algunos jueces solicitan la oralización de los requisitos de forma, no obstante que estos no han sido cuestionados. Desde esa perspectiva el control formal deviene en un escenario meramente formulario. No tiene sentido generar un debate donde no hay contradictorio.

c) **Capacidad procesal** *(Nulla actio sine culpa).* Sólo tiene sentido atribuir un hecho al imputado, en tanto éste tenga la aptitud para realizar actos procesales defensivos; en efecto, se requiere que el imputado tenga una capacidad procesal cualificada, que le permita no sólo conocer sino sobre todo comprender los alcances de la imputación, la conveniencia de guardar silencio, etc. (Art. 75 del CPP)

d) **Imputación concreta: La legitimidad para obrar** *(Nulla iniuria sine actione).* Configurado por la posición habilitante para deducir la pretensión por quien **afirma** la titularidad del derecho material, en contra de quien se **imputa** una obligación[15]. La legitimación para obrar tiene directa incidencia práctica; ciertamente se trata de verificar una imputación concreta de un hecho punible –proposiciones fácticas de la realización del hecho–. Se exige la materialidad de la acción penal. (Art. 344.2.a. del CPP)

e) **La proponibilidad objetiva de la imputación concreta** *(Nullum crimen sine lege).* El Juez tiene que verificar si las proposiciones fácticas que sustentan la imputación, califica jurídicamente como delito, esto es, si se encuentra prevista como tal en el ordenamiento penal. Ello supone verificar que el hecho imputado sea típico, antijurídico y culpable. Evaluar la tipicidad de la acción penal normalmente requiere de más tiempo. (Art. 344.2.b del CPP)

f) **El interés procesal** *(Nulla lex culpa sine iudicio).* El Ministerio Público tiene el deber de perseguir el delito, y la única forma como debe lograr la imposición de las consecuencias penales, es precisamente a través del proceso penal; en efecto no debe existir otro medio que no sea el juicio oral para aplicar las consecuencias punitivas al imputado. Este interés en el proceso obviamente no concurre cuando la acción penal esta extinta. (Art. 344.2.c del CPP).

---

15 No existe mayor debate respecto de la legitimación para obrar activa del Ministerio Público, dado, antes que derecho tiene el deber y atribución constitucional de postular una pretensión punitiva.

La omisión o defecto de un presupuesto procesal –con excepción de la acusación propuesta en forma– acarreará siempre el sobreseimiento con efectos perentorios en razón del principio del *non bis in idem* procesal. (Art. 344 del CPP[16]).

5. CONSTRUCCIÓN DE LA DIRECCIÓN JUDICIAL DE AUDIENCIA PRELIMINAR

La operatividad procesal del CPP le incumbe al Juez y los problemas prácticos que se presentan desbordan las estrechas reglas del Código por ello la posición estratégica del Juez de Investigación Preparatoria en la Dirección Judicial de la Audiencia es determinante en el proceso de implementación de esta nueva metodología procesal. En efecto, los jueces en la coyuntura de construcción del nuevo modelo procesal tienen un poder de configuración de la actividad operativa de los otros sujetos procesales. Obviamente no se trata de una imposición sino de convencer y persuadir a los sujetos procesales de las bondades de un ágil y eficiente análisis sistemático de los presupuestos procesales –requisitos de fondo–.

En la Audiencia Preliminar debe incidirse en la calificación de los presupuestos procesales; empero, no suprimir el control de los requisi-

---

16 **ARTÍCULO 344° Decisión del Ministerio Público.- 1.** Dispuesta la conclusión de la Investigación Preparatoria, de conformidad con el numeral 1) del artículo 343°, el Fiscal decidirá en el plazo de quince días si formula acusación, siempre que exista base suficiente para ello, o si requiere el sobreseimiento de la causa.

2. El sobreseimiento procede cuando:

a) El hecho objeto de la causa no se realizó o no puede atribuírsele al imputado;

b) El hecho imputado no es típico o concurre una causa de justificación, de inculpabilidad o de no punibilidad;

c) La acción penal se ha extinguido; y,

d) No existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y no haya elementos

tos de forma, sino que debe dejar de ser una exigencia de la forma por la forma[17], para verificar el cumplimiento cualificado de cada requisito formal vinculado de manera directa y razonable con los requisitos de fondo.

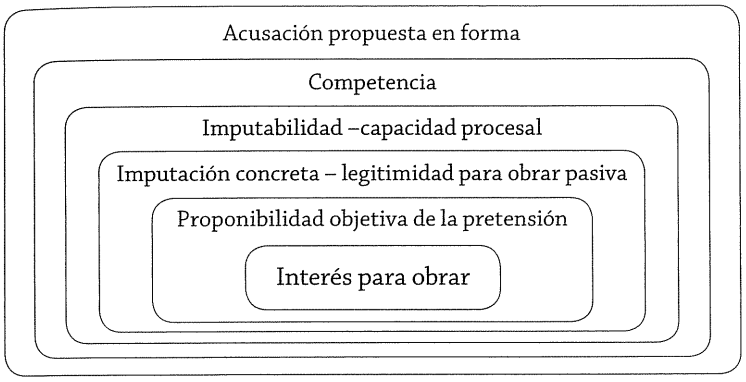
Se inicia la audiencia evaluando rápidamente los requisitos de forma, sin necesidad de una reproducción *in totto,* pues se incide sólo en aquellas omisiones o deficiencias formales notorias, que serían obstáculos para la evaluación de los requisitos de fondo –presupuestos procesales–. Aún terminada la evaluación de los requisitos de forma, puede ser evaluado nuevamente si es que su concurrencia es determinante para la evaluación de un requisito de fondo lo exigía. Debe comprenderse que los requisitos formales son el medio para aprehender los requisitos de fondo.

El siguiente paso es la evaluación ordenada de los presupuestos procesales a través de aproximaciones concéntricas, que lógicamente genera agilidad en el desarrollo de la Audiencia Preliminar y se evita con ello el dispendio de tiempo y esfuerzo.

Para lograr esa finalidad la evaluación se inicia con el presupuesto procesal de la ***acusación propuesta en forma***; en efecto, es necesario formalmente una aproximación preliminar del objeto del proceso; esa inicial delimitación permite evaluar, en segundo lugar, la **competencia** del juez; en tercer lugar verificar la **imputabilidad –capacidad procesal–**; en cuarto lugar la imputación concreta, la **legitimidad para obrar pasiva**, esto es la imputación de un hecho punible al procesado, que lo habilita para ser parte en el proceso penal; en quinto lugar la **proponibilidad objetiva de la pretensión punitiva**, esto que el comportamiento jurídico imputado se encuentre taxativamente previsto en el ordenamiento jurídico; **y** en sexto lugar, el interés estatal en la persecución penal –**interés para obrar**–. La evaluación secuen-

17 Empero, algunos jueces someten al debate los requisitos de forma no obstante que estos no han sido cuestionados; ello constituye una pérdida de tiempo.

cial de los presupuestos procesales permite evidenciar operativamente la relación intrínseca de éstos, uno constituye el presupuesto del otro.



Esta metodología permite que se pueda realizar en una sola actividad, un juicio positivo o, un juicio negativo como consecuencia de la concurrencia o inconcurrencia de los presupuestos procesales. Si se realiza un juicio positivo se declara la existencia de una relación jurídica procesal válida; empero, si el juicio es negativo *–excepto la acusación propuesta en forma–* su consecuencia era el sobreseimiento de la causa.

Aspecto positivo	**Aspecto negativo**
Acusación propuesta en forma	Acusación con defectos formales
Competencia del Juez	Incompetencia del Juez
Imputabilidad	Inimputabilidad
Imputación concreta	Imputación difusa
Proponibilidad objetiva (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad)	Improponibilidad objetiva de la pretensión (atipicidad, causa de justificación, causa de exculpación)
Interés procesal	Ausencia de interés procesal (extinción de la acción penal: prescripción, etc.)
Existencia de una relación jurídica procesal válida	**Sobreseimiento de la causa**

Un factor más importante en la implementación de esta metodología es el formato oral de la Audiencia Preliminar[18]; en efecto, la inmediación de los sujetos procesales y el medio oral optimiza el contradictorio en el debate de los presupuestos procesales, condicionado a que el Juez al finalizar la audiencia de manera ágil y eficaz, emita inmediatamente el auto de enjuiciamiento.

Esta metodología procesal traducida en una nueva forma de Dirección Judicial de las Audiencias Preliminares **(DJAP)** fue iniciada por el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de Arequipa; su rendimiento en ahorro de tiempo y esfuerzo condicionó para que otros juzgados –con algunas variables– lo adopten. Empero, se presentan obstáculos en su implementación, así la variación constante de Jueces ha suscitado estancamientos en el proceso de implementación de este método, pues requiere de un compromiso firme del Juez. Otro obstáculo que se presenta es que la capacitación se centra en jueces y fiscales[19]; no en los defensores privados, ello provoca disfuncionalidad en la realización de las Audiencias Preliminares con esta nueva metodología.

6. EN SÍNTESIS

Con esta nueva metodología en la Dirección Judicial de Audiencias se ha logrado consecuencias positivas inmediatas; en efecto, *cuantitativamente* se puede apreciar una reducción en el tiempo de desarro-

---

18 Empero, no necesariamente la optimización de la metodología de las audiencias –oralidad– determina que éstas sean ágiles y eficaces con un contradictorio real y no aparente. La práctica ha demostrado que no obstante la predominancia de la oralidad, las audiencias se conviertan en un rito procedimental oralizado *–liturgia oralizada–*, si es que no se tiene un norte definidamente procesal.

19 La capacitación del nuevo Código Procesal Penal (que consagra el modelo oralizado) se ha dirigido sólo a los Jueces y Fiscales, obviando a los abogados, quienes también forman parte del sistema judicial, por lo tanto, su capacitación y desempeño técnico es importante en la implementación de cualquier reforma procesal.

llo de las Audiencias Preliminares; esto dio lugar a que se pueda programar más audiencias en una sola fecha, incidiendo directamente en el acortamiento de los plazos en el señalamiento de las audiencias previas al juicio oral, con efecto directo en la disminución de la carga procesal.

Sin embargo, una consecuencia favorable de orden cualitativo es que mediante esta metodología se ha obtenido un *saneamiento* del proceso eficiente; así la superación de la metodología formal procedimentalista condicionó que la evaluación sea centralmente de los presupuestos procesales, con la inmediata decisión del Juez sobre validez de la relación jurídica procesal (Art. 352 del CPP).

Por otro lado, la comprensión conceptual de los presupuestos procesales posibilitó apreciar sus efectos operativos aproximando la teoría procesal con la práctica judicial. Los Juzgados que adoptaron la metodología procesal –inicialmente el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria– elevaron notablemente su producción en comparación con los Juzgados que mantuvieron la metodología procedimental - formalista. El efecto retroalimentador de estas Audiencias Preliminares fue otra consecuencia positiva, pues generó un escenario de preparación y capacitación permanente en los operadores penales.

El beneficio, tal vez más relevante, es que la función de organizar el debate para el juicio oral fue una consecuencia directa de la materialización del saneamiento eficiente en la Audiencia Preliminar.

Sintetizando, esta nueva forma de Dirección de la Audiencia Preliminar se construye sobre la base de los presupuestos procesales en su aplicación dinámica y práctica, permitiendo un control eficiente de los requisitos de validez de la relación jurídica procesal.

Capítulo X
Imputación concreta Aproximación probatoria

Sumario: *1. Introducción – 2. Prueba ¿qué es la prueba? – 3. Objeto de prueba – 4. Convenciones probatorias – 5. Tema probatorio – 6. El control de la prueba*

1. INTRODUCCIÓN

El NCPP introduce nuevamente el importante tema de la Teoría de la Prueba. Esta nueva oportunidad[1] tiene que ser aprovechada para introducir y desarrollar prácticas jurisdiccionales valiosas sobre la base de propuestas conceptuales de doctrina, la normatividad del NCPP, y fundamentalmente un concepción cognitiva de la prueba.

El dominio de los conceptos de la Teoría de la Prueba y las interpretaciones operativas de las disposiciones normativas pueden promover buenas prácticas que condicionan la elevación del nivel técnico jurídico de los operadores. Empero, estos conceptos no son asépticos ideológicamente, están cargados de una determinada concepción vinculada necesariamente al fundamento de la audiencia *–aproximación razonable a la verdad de la imputación, o sólo la idea final de resolver el conflicto penal–*[2].

---

1 La primera oportunidad lo tuvieron los operadores jurídicos civiles a propósito de la entrada en vigencia del Código Procesal Civil, así en el Título VIII de los Medios Probatorios (desde el art. 188 hasta el Art. 199) regula una base normativa, que nunca fue utilizada adecuadamente, menos condicionó el surgimiento de una dogmática del derecho probatorio de cara a la actividad jurisdiccional.

2 Con URBANO MARTÍNEZ, coincidimos en que "las distintas concepciones que existen acerca del problema de la determinación de la verdad en el proceso no pueden dejar de incidir en la forma de entender la prueba". (URBANO MARTINEZ, José Joaquín, Ibidem, p. 96) "

Así desde el fundamento de aproximación razonable con la verdad, la concepción de prueba será cognoscitiva[3]; en tanto, si el fundamento es resolver el conflicto sin comprometer la aproximación razonable con la verdad, entonces la concepción será persuasiva[4].

Nuestra postura es claramente cognoscitiva, pues asumimos objetivamente que el mundo existe independientemente de nuestra conciencia; no obstante, existen limitaciones de contexto cultural que impide una perfecta correspondencia entre el mundo objetivo y su representación. Por consiguiente, será objeto de prueba la aproximación a la verdad de la imputación.

Este posicionamiento tendrá consecuencias eficientemente valiosas en la operatividad de la prueba, pues incidirá en la puntualización del conflicto, la precisión de la necesidad de prueba y decisiones con argumentaciones probatorias puntuales, optimizando el principio de economía procesal; y, con ello la legitimación de la función judicial.

Es tarea cargar los conceptos de Teoría de la Prueba –probablemente dominados teóricamente– de una concepción cognoscitiva crítica; así, de cara a su aplicación concreta se generan un conjunto de

---

3 En ese sentido Marina GASCÓN ABELLÁN, señala que "La concepción de la prueba que derive de esta epistemología es la cognoscitivista, que concibe la prueba como un *instrumento de conocimiento*, o sea, como actividad encaminada a conocer o averiguar la verdad sobre hechos controvertidos o litigiosos, pero la mismo tiempo como una fuente de un conocimiento que sólo es probable" (GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los Hechos en el Derecho, en Seminario los hechos en el derechos, Bases Argumentales de la prueba*, Escuela Judicial Electoral del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación México, 2003, pp. 5-7)

4 Dice Marina GASCÓN ABELLÁN, que "La adopción de una epistemología constructivista en el proceso de prueba se manifiesta en aquellas propuestas que postergan la averiguación de la verdad en favor de otras finalidades prácticas (...)Y si el objetivo del proceso es dar una solución práctica al conflicto, no será necesario que la prueba se oriente a averiguar la verdad de los hechos litigiosos: bastará con obtener un resultado formal que sea operativo" (GASCÓN ABELLÁN, Marina, Los Hechos en el Derecho, Ibidem, pp. 5-7)

problemas derivados de su incipiente práctica en la coyuntura de la construcción del NCPP.

Una vez concluida la etapa de investigación preparatoria con la postulación de la pretensión penal y el ofrecimiento de los medios probatorios por las partes procesales, se hace necesario organizar la actividad probatoria para su desarrollo en el juicio oral, siempre en clave cognitiva. La primera cuestión que se plantea es: *¿Qué probar?*, esto es determinar el *objeto concreto de prueba*, seguidamente, sobre la base de la posición del imputado respecto de estos hechos y las convenciones probatorias fijar el *tema de prueba*[5] *o necesidad de prueba*. Después corresponde admitir los medios probatorios *¿Con qué probar?* labor que supone evaluar la concurrencia de los requisitos de forma y fondo[6] –conducencia, pertinencia y utilidad–.

2. PRUEBA ¿QUÉ ES LA PRUEBA?

Aún desde una perspectiva técnica el concepto no es unívoco y se considera tres criterios desde los cuales se puede dar un concepto de prueba procesal:

a) **Objetivo**: prueba es el medio que sirve para llevar al Juez al conocimiento de los hechos; la prueba, entonces es el instrumento o medio que se utiliza para lograr la certeza judicial.

b) **Subjetivo**: prueba es el convencimiento o grado de convicción que se produce en el Juez; la prueba es el resultado de la actividad probatoria.

c) **Objetivo y subjetivo:** prueba es tanto los medios o instrumentos que se utilizan como prueba es también el convencimiento o grado de convicción en los jueces.

---

5 Un punto de referencia negativo es la forma como los jueces civiles afrontaron el tema de la fijación de los puntos controvertidos

6 También esta actividad degeneró en la práctica de los jueces civiles. Probablemente por dos factores: a) la no fijación adecuada del tema de prueba; y b) la no aplicabilidad práctica de conceptos básicos de la teoría de la prueba.

La prueba es actividad y resultado; en esa línea MONTERO AROCA define a la prueba como "la actividad procesal que tiende a alcanzar la certeza en el Juzgador respecto de los datos aportados por las partes, certeza que en unos casos se derivará del convencimiento psicológico del mismo juez y en otros de las normas legales que fijarán los hechos". Un concepto de prueba debe abarcar a la prueba como actividad que se realiza, como resultado de dicha actividad y como los medios a través de los cuales se logra ese resultado. Pero entiéndase como actividad dentro del juicio oral y como resultado de éste.

En la coyuntura de la construcción del modelo la confusión conceptual y terminológica es harto frecuente; en efecto, es común confundir la prueba como actividad con los actos de investigación, y a la prueba como resultado con los elementos de convicción que son el resultado de los actos de investigación. Pero, la confusión no sólo es terminológica sino también conceptual, dado que existe la tendencia a considerar que los actos de investigación por el sólo hecho de estar documentados en actas constituyen prueba documental. Esta confusión afecta directamente el axioma de que la prueba sólo se produce en juicio.

3. OBJETO DE PRUEBA

La doctrina no es pacífica en conceptuar el objeto de la prueba. Se postulan dos tesis: Objeto de prueba son: i) los hechos; ii) las afirmaciones que las partes hacen de esos hechos. CARNELUTTI[7] pretendió armonizar ambas posiciones, destacando un objeto mediato (los hechos) y un objeto inmediato (las afirmaciones).

Las proposiciones fácticas son el medio necesario para introducir los hechos en el proceso. La única forma de probar los hechos es comprobando la veracidad de las proposiciones fácticas. Por consiguiente, es claro que el objeto de la prueba es el *hecho afirmado*. Se presenta entre ambos –hecho y afirmación– un correlato necesario; en efecto, los he-

7 CARNELUTTI, F. (1993). *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Edit. UTEHA Reimpresión, tomo II, p. 450.

chos para ser incorporados en el proceso requieren de ser afirmados, y la "afirmación" no es sino una "proposición fáctica". Esta propuesta está en consonancia con lo dispuesto en el artículo 156 del NCPP[8].

De manera sintética la afirmación de hechos de la imputación o de la oposición, no son sino *proposiciones fácticas;* y si pretendemos una aproximación razonable a la verdad de la imputación, esta sólo se producirá en tanto los hechos sean introducidos al proceso por medio de proposiciones fácticas[9].

3.1. Objeto abstracto de prueba. ¿Qué puede probarse?

Desde una concepción cognoscitiva el *objeto abstracto de prueba* está constituido por todo aquello susceptible de probar, que tenga existencia sobre lo que puede recaer la prueba[10]. En ese sentido, es objeto

---

8 **ARTÍCULO 156° Objeto de prueba.- 1.** Son objeto de prueba **los hechos** que se refieran a la imputación, la punibilidad y la determinación de la pena o medida de seguridad, así como los referidos a la responsabilidad civil derivada del delito.

9 Precisa Valdivia Cano, Juan Carlos, que es necesario precisar "si por carácter cognitivo... se considera los puros hechos, o si se consideran los hechos como producto de la interpretación, convertido en los signos y símbolos del lenguaje, lo que convertiría los hechos en "proposiciones factuales" y la proposiciones ya no son hechos sino lenguaje". Es necesario precisar que el problema planteado puede exponerse siguiendo a TARUFFO de la siguiente manera: " Se debe tener en cuenta que los hechos no se construyen, ni se determinan, ni se definen en el proceso pues a lo que hay lugar es a una determinación de enunciados que se refieren a hechos acontecidos en el mundo real. Por lo tanto, es vano cualquier esfuerzo orientado a la demostración de la verdad histórica. Como se ésta ante enunciados que remiten a hechos, sólo es posible atribuir valores de verdad a estos enunciados descriptivos de hechos" (URBANO MARTINEZ, José Joaquín, Ibidem, p. 94).

10 PARRA QUIJANO, J. (2001), *Manual de Derecho probatorio*, p. 85. DEVIS ECHANDÍA, H. (1993), *Teoría General de la prueba Judicial,* Tomo I, p. 142. El ilustre maestro distingue entre objeto de la prueba y necesidad de la prueba.

de prueba los hechos del mundo exterior (provengan de la naturaleza o de la acción humana), o de los estados de la vida interior del hombre (intención, conocimiento, voluntad, etc.)[11], el tiempo y, aún excepcionalmente las normas. El objeto de prueba esta configurado sólo por lo que es susceptible de verificarse en sus diversos niveles de existencia material; por tanto, no constituye objeto de prueba divagaciones metafísicas como probar una resurrección, o el viaje astral del alma y otras especulaciones de alienante distracción.

Por regla general la prueba recae sobre los hechos afirmados; pero, determinados tipos de hechos no requieren ser probados; así no constituyen objeto de prueba: a) las máximas de experiencia, b) las leyes naturales, c) la norma jurídica interna, d) los hechos que han sido objeto de cosa juzgada, e) lo imposible y, f) los hechos notorios. Así se encuentra regulado en el artículo 156. 3 del NCPP[12].

Tener clara la idea del objeto abstracto de prueba es de mucha importancia, pues es frecuente proponer como objeto de prueba las consecuencias jurídicas pretendidas; no es razonable pretender probar el efecto jurídico, porque esta es la reclamación jurídica que será atribuida de probarse los hechos afirmados como fundamento. Al respecto es expreso lo dispuesto en el artículo 156.2 del NCPP, que señala que no son objeto de prueba *la norma jurídica interna vigente*.

3.2. Objeto concreto de prueba ¿Qué debe probarse?

La carga de la afirmación de los imputación del hecho punible, corresponde al pretensor punitivo la delimitación del *objeto del proceso –imputación concreta–*; y, corresponde al opositor, la delimitación del

---

11 **PALACIO, Lino E. (1975). Derecho Procesal Civil, Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, tomo IV, p. 234**

12 **ARTÍCULO 156° Objeto de prueba.- 2.** No son objeto de prueba las máximas de la experiencia, las Leyes naturales, lá norma jurídica interna vigente, aquello que es objeto de cosa juzgada, lo imposible y lo notorio.

objeto del debate[13]. Congruentemente, desde una concepción cognitiva de la prueba, también es claro que las proposiciones fácticas de la imputación delimita el *objeto de prueba*[14]; en tanto, que las proposiciones fácticas de la resistencia delimitan *el tema probatorio*. Esta puntualización es central dado que precisamente en base a los fundamentos de hecho y la fijación de los puntos controvertidos se configura el objeto de prueba.

Es importante destacar que el objeto concreto de prueba atiende a las necesidades probatorias de la teoría del caso de las partes. Por esa razón se debe destacar que –en la etapa intermedia– las partes deben tener definido sus teorías del caso. El Juez de la Investigación Preparatoria para realizar su actividad de control en esta etapa, tiene que conocer la teoría jurídica, la teoría fáctica y la teoría probatoria –*conocer la imputación concreta*– del caso. Solo de esa manera podrá, en su caso, disponer el sobreseimiento de la causa por falta de tipicidad, o cualquiera de las causales previstas en el artículo 344 del NCPP[15], acordar

---

13 Señala Rosemberg, que "en un procedimiento (...), las partes no sólo tiene que probar los hechos necesarios para la decisión sino que también debe introducirlos en el proceso mediante su afirmación(...)en eso estriba la carga de la afirmación (...) La carga de la afirmación es por lo tanto, un concepto que corresponde enteramente a la carga de la prueba; también su objeto y su alcance son principalmente iguales, su importancia no es mucho menor que la de la carga de la prueba " (ROSEMBERG, Leo; *La Carga de la Prueba*, Editorial EJEA, 1986 Buenos Aires, Argentina; pp. 39 y 40)

14 **ARTÍCULO 156° Objeto de prueba.**

1. Son objeto de prueba los hechos que se refieran a la imputación, la punibilidad y la determinación de la pena o medida de seguridad, así como los referidos a la responsabilidad civil derivada del delito.

2. No son objeto de prueba las máximas de la experiencia, las Leyes naturales, la norma jurídica interna vigente, aquello que es objeto de cosa juzgada, lo imposible y lo notorio.

3. Las partes podrán acordar que determinada circunstancia no necesita ser probada, en cuyo caso se valorará como un hecho notorio. El acuerdo se hará constar en el acta.

15 **ARTÍCULO 344° Decisión del Ministerio Público.- 1.** Dispuesta la conclusión de la Investigación Preparatoria, de conformidad con el numeral 1)

las convenciones probatorias, realizar los juicios que corresponden a la admisibilidad de los medios probatorios, etc.

3.3. Objeto concreto de prueba e imputación penal

La evaluación estratificada de la teoría del delito nos ubica de lleno en la delimitación el objeto concreto de prueba[16]. En efecto, la verificación probatoria de la tipicidad, como juicio probatorio positivo, es relativamente simple; pero la verificación de la antijuridicidad obedece

---

del artículo 343°, el Fiscal decidirá en el plazo de quince días si formula acusación, siempre que exista base suficiente para ello, o si requiere el sobreseimiento de la causa.

2. El sobreseimiento procede cuando:

a) El hecho objeto de la causa no se realizó o no puede atribuírsele al imputado;

b) El hecho imputado no es típico o concurre una causa de justificación, de inculpabilidad o de no punibilidad;

c) La acción penal se ha extinguido; y,

d) No existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y no haya elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado

16 Señala con genialidad Alberto BINDER que "Por ello, la *dogmática penal, en especial a través de la teoría del delito*, ha construido todo una *analítica del hecho*, en base al desarrollo y precisión de las exigencias que surgen de esos cuatro principios. La doctrina del tipo penal (con todos sus detalles), la doctrina de la culpabilidad, la teoría del error, las circunstancias de determinación de la pena, etc. constituyen el desarrollo de *garantías de segundo orden*, dado que en todo caso su función consiste en fortalecer las garantías de primer orden (legalidad, culpabilidad, lesividad, proporcionalidad). De este modo los requisitos de verificabilidad se vuelven un listado muy preciso donde cada segmento del hecho esta precisado por las exigencias de principios, hoy por hoy, todos ellos con fundamentos legal. De este modo, esta dimensión constituye a la idea de verdad en una técnica muy precisa de proposiciones fácticas seleccionadas desde los principios de protección" (BINDER Alberto, Elogio de la Audiencia Oral y Pública, www.procesalsantafe2011.com/wp-content/.../Binder_Alberto.pdf)

a una lógica inversa, dado que constituye un juicio de valor[17]. La prueba de culpabilidad, además de lo señalado, presenta otros problemas que puede dar lugar a que los dispositivos normativos implicados presenten de diferentes interpretaciones.

3.3.1. Tipicidad y objeto de prueba

La delimitación conceptual del *objeto concreto de prueba* en el proceso penal requiere de unas precisiones previas, con el fin de caracterizar la materia sobre la que recaerá la actividad probatoria. Superaríamos simplistamente el problema en el sentido de que el objeto de prueba puede identificarse con la afirmación de los hechos que realizan los elementos del tipo penal y que constituyen el contenido mismo de la imputación[18]; pero, con esta definición sintética del objeto concreto de prueba se evade un problema central: la vinculación del Derecho Penal Material con el Derecho Procesal Penal.

Se plantea entonces la cuestión de determinar, en un *proceso concreto*, el objeto *concreto* de prueba *–definido sobre la base de una imputación concreta–*. Su configuración presupone para el operador jurídico un conocimiento adecuado de los elementos constitutivos del supuesto típico cuya realización se imputa[19]. Así, por ejemplo, la determinación del *objeto concreto de prueba* en el supuesto de hechos típico previsto en el artículo 106 del Código Penal, requerirá de una previa afirmación de proposiciones de hechos relevantes típicamente, esto es afirmar la rea-

---

17 No se trata de *probar* la no concurrencia de una causa de justificación, sino de valorar la contradictoriedad del comportamiento imputado con todo el ordenamiento jurídico

18 Art. 156°.- **OBJETO DE PRUEBA** (1) "Son objeto de prueba los hechos que se refieren a la **imputación**, la punibilidad y la determinación de la pena o medida de seguridad"

19 La falta de formación técnica penal, ocasionó que durante mucho tiempo, la determinación del objeto de prueba, fuera ignorado y que la actividad probatoria fuera intuitiva por parte de los operadores jurídicos en general.

lización de los elementos del tipo objetivo y subjetivo[20]. En efecto, corresponde una evaluación previa del principio de imputación concreta.

Se discutía si el objeto concreto de prueba está configurado por los *hechos* o por *la afirmación de los hechos*; consideramos, y asumimos postura porque *los hechos* no constituyen objeto concreto de prueba, dado que por su carácter *histórico-temporal* no son susceptible de reproducción en el proceso; por consiguiente, el objeto concreto de prueba se configura con las afirmaciones o proposiciones sobre hechos –*proposiciones fácticas*–; en esa línea la actividad probatoria constituye un proceso reconstructivo de aproximación razonable a lo realmente acaecido[21].

Todo dispositivo normativo y su resultado interpretativo (norma jurídica) comprenden un supuesto típico[22], una consecuencia jurídica, enlazadas por un nexo lógico. En la hipótesis fáctica se describen las conductas situadas típicamente[23] a las que se aplicarán las consecuencias jurídicas. Es sobre la base de éste supuesto de hecho que se elaborarán las proposiciones fácticas; éstas se construyen en función de la configuración de cada uno de los elementos del tipo. Pueden concurrir una o varias proposiciones para la configuración de un elemento del tipo[24].

---

20 La predominancia de elementos descriptivos en esta figura torna hace que el tema de los medios probatorios no sea complicada; esta afirmación aparentemente sencilla guarda cierta complejidad en los tipos penales con una predominancia de elementos valorativos o de los tipos asimétricos que además del dolo requiere de otro componente subjetivo, como el caso del que mata para facilitar y ocultar otro delito.

21 En el otro extremo están quienes consideran que la verdad se construirá en el proceso.

22 ROSENBERG, Leo, *"Tratado de Derecho Procesal Civil"*, Tomo II, 1955, p. 209.

23 Todo el sector normativo correspondiente al tipo legal o hipótesis es lo que se denomina *"fattispecie"* o *"tatbestand"*

24 Esta proposición fáctica –esa porción concreta de la realidad jurídicamente relevante– constituye el objeto de la prueba. Sostiene ROSEMBERG, que "hecho" es todo lo que pertenece a la tipicidad de los preceptos jurídicos aplicables y forma la proposición menor del silogismo judicial para concluir

El pretensor punitivo deberá tener el cuidado de postular las proposiciones adecuadas y suficientes para configurar cada elemento, ello obviamente dependerá de si el supuesto de hecho es simple o complejo.

Se acepta pacíficamente que el objeto concreto de prueba está constituido por las proposiciones fácticas *típicamente relevantes* afirmadas por el Ministerio Público y el debate generalmente suele centrarse sólo en la verificación probatoria de los elementos del supuesto de hecho previsto en el tipo; no obstante con ello sólo se ha configurado como objeto concreto de prueba el filtro de la Tipicidad. Ello deja pendiente el tema de la prueba respecto de los otros niveles analíticos de la teoría del delito: antijuridicidad y de la culpabilidad.

3.3.2. Antijuridicidad y objeto de prueba

Un primer aspecto tener en cuenta es que el juicio de tipicidad es positivo y, por ello, exige al Ministerio Público el deber de la carga de probar las proposiciones fácticas típicamente relevantes y, la correspondiente carga probatoria del hecho imputado. El juicio de antijuridicidad es de carácter negativo dado que constituye un juicio de valor por la contrariedad del hecho típico atribuido con todo el ordenamiento jurídico[25]; por consiguiente, si eventualmente concurre de una causa que justifique el hecho típico, constituirá también objeto concreto de prueba.

El objeto concreto de prueba en un proceso penal no se limita al ámbito de la imputación típica, en el sentido de probar las proposiciones fácticas que configuran los elementos del tipo penal[26], sino que pue-

---

que es lo que el derecho objetivo ha convertido en presupuesto de un efecto jurídico.

25 Dado que la antijuridicidad supone la colisión de la conducta delictiva con todo el ordenamiento jurídico, entonces, el objeto de prueba puede estar configurado por un supuesto de hecho previsto en un dispositivo de derecho civil.

26 En el sentido de afirmar que una determinada conducta ha realizado los elementos del tipo penal

de abarca la concurrencia de proposiciones fácticas realizadora de una causa de justificación postulada en la teoría del caso de la defensa del imputado.

Las proposiciones fácticas que *justifiquen* (por encontrarse previstos en un precepto permisivo) un hecho típico, constituyen también objeto de prueba –conforme a las exigencias fácticas del tipo permisivo en debate–; así en el supuesto que un imputado afirme haber dado muerte a otra en legítima defensa, y con ello realizar los elementos del tipo permisivo previsto en el artículo 20 inciso 3 del Código Penal[27], introducirá como objeto concreto de prueba proposiciones fácticas realizadoras de los elementos del tipo permisivo: *a) agresión ilegítima, b) necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla y c) falta de provocación suficiente del que hace la defensa,* que justificaría el hecho típico neutralizando el imperativo típico[28].

El Juez de Investigación Preparatoria tendrá que contar con las proposiciones fácticas que configuran los elementos de un precepto permisivo; sólo con ello podrá realizar el juicio de admisión de los medios probatorios ofrecidos por la defensa. La base normativa para postular afirmaciones de hechos impeditivos, extintivos o modificativos en la etapa intermedia está prevista en el enunciado abierto del artículo 350. 1.h) del NCPP[29]. En esta etapa se realiza el juicio de admisión de los

---

27 Artículo 20 (causas legales de justificación): agresión ilegítima, Necesidad racional del medio empleado para impedirla repelerla y falta de provocación suficiente del que hace la defensa.

28 Así también en el supuesto del sujeto activo que realice el tipo penal de Apropiación Ilícita (Artículo 190 del Código Penal), pero en su defensa argumenta, como causa de justificación, el derecho de retención; es obvio que el objeto de prueba no se va a circunscribir a tener como objeto de prueba la verificación de la realización de los elementos del tipo penal de Apropiación Ilícita, sino constituirá, además, objeto de prueba los elementos del supuesto de hecho del *derecho de retención* previsto en el artículo 1123 del Código Civil, el mismo que sólo procederá en los casos que haya conexión entre el delito y el bien que se retiene.

29 "Plantear cualquier otra cuestión que tienda a preparar el juicio"

medios probatorios, evaluando su pertinencia, conducencia y utilidad respecto de las proposiciones fácticas postuladas por las demás partes procesales.

3.3.3. Culpabilidad y objeto de prueba

Las proposiciones fácticas postuladas relacionadas con este nivel analítico de la teoría del delito, está vinculadas: **a)** la inimputabilidad del sujeto activo, por no tener capacidad psíquica para motivarse en la norma; **b)** la falta de conocimiento del carácter delictual o del conocimiento que tuvo el sujeto activo del carácter criminal del hecho o de la circunstancia que pese a tener capacidad para motivarse en la norma, que no tuvo conocimiento que su comportamiento era ilícito; **c)** el ámbito de autodeterminación se ha reducido al mínimo del sujeto activo.

Obviamente si son postulados como fundamentos de la oposición a la imputación concreta, como causas de exculpación, tendrá que ser objeto concreto de prueba. Sin embargo, respecto de la inimputabilidad el tratamiento es distinto; en efecto, el artículo 75.1 del NCPP,[30] regula que cuando existe fundada razón para considerar el estado de inimputabilidad del procesado al momento de los hechos, el Juez de la Investigación Preparatoria o el Juez Penal Colegiado o Unipersonal, según el estado de la causa, dispondrá, de oficio o a pedido de parte, la práctica de un examen por un perito especializado.

---

30 **Artículo 75° Inimputabilidad del procesado.**

1. Cuando exista fundada razón para considerar el estado de inimputabilidad del procesado al momento de los hechos, el Juez de la Investigación Preparatoria o el Juez Penal, colegiado o unipersonal, según el estado de la causa, dispondrá, de oficio o a pedido de parte, la práctica de un examen por un perito especializado.

2. Recibido el informe pericial, previa audiencia, con intervención de las partes y del perito, si el Juez considera que existen indicios suficientes para estimar acreditado el estado de inimputabilidad del procesado, dictará la resolución correspondiente instando la incoación del procedimiento de seguridad según lo dispuesto en el presente Código.

Otra regulación especial está vinculada al error de comprensión culturalmente condicionado; así el artículo 172.2 del NCPP, establece que se podrá ordenar una pericia cuando corresponda aplicar el artículo 15 del Código Penal, sobre las pautas culturales de referencia del imputado. En este supuesto estimamos que también puede ser propuesto de oficio, atendiendo al principio de igualdad material del proceso[31], precisamente atendiendo a que estas personas son las más vulnerables y generalmente tienen una inadecuada defensa técnica.

Con relación a la reducción del ámbito de autodeterminación del sujeto activo, tanto la carga de la afirmación de los hechos, como la carga de probar los hechos corresponden a la defensa del imputado.

3.3.4. Individualización de pena y objeto de prueba

Hasta aquí se ha delimitado lo relacionado al objeto de prueba para determinar el carácter delictivo. No obstante, no olvidemos que constituye también objeto concreto de prueba las proposiciones fácticas vinculadas con la determinación de la pena[32]. La probanza de las proposiciones fácticas realizadoras de las circunstancias *–genéricas, cualificadas, agravantes, atenuantes, etc.–* condicionarán un debate cognitivo de la graduación de la pena –o una exención de pena– y tienen que constituir siempre objeto de prueba. Urge una reflexión en este extremo, dado que no existe una cultura de debate cognitivo en este extremo.

Son ocasionales las veces que el Ministerio Público expone proposiciones fácticas para efectos de individualizar pena. Sin embargo, constituye una imperiosa necesidad. Repárese que el objeto del juicio oral puede circunscribirse al debate probatorio sobre la pena; este

---

31 El Juez constitucional de la Investigación Preparatoria, debe atender a la realización de los valores como el de igualdad material.

32 Art. 156°.- **OBJETO DE PRUEBA** (1) "Son objeto de prueba los hechos que se refieren a la imputación, la punibilidad y la **determinación de la pena** o medida de seguridad.

son los supuestos de los *proceso de conformidad*, regulado en el artículo 372.3 del NCPP, en efecto, si el imputado acepta los hechos objeto de la acusación, pero mantiene un cuestionamiento a la pena; el Juez previo traslado a todas las partes, siempre que en ese ámbito subsista la contradicción, establecerá la delimitación la delimitación del debate a la sola aplicación de la pena y determinará los medios de prueba que deberá actuarse, pero obviamente los medios probatorios deben tener como prepuesto proposiciones fácticas. Si las partes procesales no ofrecieron los medios probatorios pertinentes a la individualización de la pena en la etapa intermedia luego no podrán realizarlo en la etapa de juzgamiento. Pero no sería razonable el ofrecimiento de medios probatorios para individualizar la pena, si no se tiene proposiciones fácticas pertinentes a ese objeto.

La labor del Ministerio Público es mucho más exigente cuando postule circunstancia agravantes cualificantes; en efecto, el Acuerdo Plenario N° 1-2008/CJ-116 precisó que "la reincidencia es una circunstancia agravante cualificante, por imperio del principio acusatorio, ha de ser solicitada por el Fiscal en la acusación (...). Por tanto, no puede establecerse de oficio sin el debate procesal respectivo, pues ello importaría, además, un fallo sorpresivo que vulneraría el principio de acusación". Es claro entonces que la Fiscalía tiene el deber de la carga de exponer como fundamentos de su pretensión punitiva las circunstancias agravantes cualificantes que considere. Pero además tiene la carga de probar las proposiciones fácticas realizadoras de esas circunstancias.

El problema se presenta respecto de las circunstancias cualificantes atenuantes como son los supuestos previstos en los artículos 21 y 22 CP que posibilitan una disminución de la pena hasta límites inferiores al mínimo legal. Si del debate en la Audiencia Preliminar se desprenden la concurrencia de algunos de estos supuestos consideramos que corresponde al Juez de la Investigación Preparatoria aplicar extensivamente lo dispuesto en el artículo 75.1 del NCPP[33], el mismo

33 **Artículo 75° Inimputabilidad del procesado**

que regula que cuando existe fundada razón para considerar el estado de inimputabilidad del procesado al momento de los hechos, el Juez de la Investigación Preparatoria o el Juez Penal colegiado o unipersonal, según el estado de la causa, dispondrá, de oficio o a pedido de parte, la práctica de un examen por un perito especializado

Las modificaciones de los artículos 50 y 51 del C.P. han determinado que la figura de los concursos, anteriormente inocuas para efectos de la individualización de la pena, sean ahora de urgente evaluación en audiencia dado que el artículo 50 del C.P. establece que en los supuestos de concurso real se sumarán las penas privativas de libertad que se fijen para cada uno de ellos; en tanto que el artículo 51, del mismo cuerpo legal, establece que de configurarse un concurso real retrospectivo, la pena se sumará a la anterior hasta un máximo del doble de la pena. Por otro lado, el artículo 48 del C.P. regula el supuesto de concurso ideal de delitos y establece que si este concurre se reprimirá hasta con el máximo de la pena más grave, pudiendo incrementarse éste hasta en una cuarta parte.

La necesidad de postular proposiciones fácticas es determinante en la configuración del carácter cognitivo del debate sobre la pena, para superar las apreciaciones subjetivas y discrecionalidad sin control de los jueces.

4. CONVENCIONES PROBATORIAS

El Juez *–aplicando las TDJA–* promoverá que las partes acuerden que determinadas circunstancias no necesitan ser probadas; en este caso se valorará como un hecho notorio[34]. Previamente el Juez habrá excluido del objeto de prueba: los hechos no controvertidos, imposibles o que sean notorios o de pública evidencia; los hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la otra.

---

34 **Artículo 156° Objeto de prueba 3.** Las partes podrán acordar que determinada circunstancia no necesita ser probada, en cuyo caso se valorará como un hecho notorio. El acuerdo se hará constar en el acta.

Los artículos 156 y 350.2[35], señalan que los demás sujetos procesales (partes) podrán proponer los hechos que aceptan. La lectura procedimental de estos dispositivos determina una actitud pasiva de los jueces. En efecto, los operadores penales aún no tienen internalizado que esta actividad es profundamente ordenadora del debate penal y que centra el debate respecto de aquellos puntos realmente controvertidos y se optimiza intensamente el principio de economía procesal.

Si el principio central de la audiencia es el contradictorio, entonces sólo depurando aquellos aspectos no controvertidos e irrelevantes para la decisión final se podrá encontrar el eje sobre el que gire un debate realmente contradictorio y dinámico.

Los fundamentos teóricos de las convenciones probatorias y su necesidad práctica son claros. Empero, el problema son los sistemas operativos que se diseñen para operar; y el problema es que no hay propuestas al respecto. El practicismo rutinario prescinde de manera inconsciente la enorme utilidad de las convenciones probatorias. Un incipiente sistema operativo, exige que el Juez de la Investigación Preparatoria conozca adecuadamente las proposiciones fácticas que propongan las partes –*fundamentalmente de la pretensión punitiva y de la resistencia*– luego promoverá las convenciones probatorias con participación activa de las partes. Cuidará de diferenciar las proposiciones fácticas referidas al hecho punible de las proposiciones fácticas referidas a la responsabilidad del imputado. Además, será menester diferenciar las proposiciones fácticas correspondientes a la realización de los elementos del tipo objetivo de las proposiciones fácticas referidas a la realización de los elementos subjetivos.

---

35 Art. 350.2 NCPP "Los demás sujetos procesales podrán proponer los hechos que aceptan y que el Juez dará por acreditados, obviando su actuación probatoria en el Juicio. Asimismo, podrán proponer acuerdos acerca de los medios de prueba que serán necesarios para que determinados hechos que se estimen probados. El Juez, sin embargo, exponiendo los motivos que lo justifiquen, podrá desvincularse de esos acuerdos; en caso contrario, si no fundamenta especialmente las razones de su rechazo, carecerá de efecto la decisión que los desestime."

Si es que las proposiciones fácticas vinculadas a la realización del evento delictivo, tienen vinculación con la atribución de responsabilidad del imputado, entonces, no se debe promover convenciones. En efecto, una adecuada defensa requerirá de un amplio debate en juicio oral de todas las proposiciones fácticas vinculadas a la realización del hecho punible y a la atribución de responsabilidad penal. En ese orden tampoco deberá promoverse convenciones probatorias si es que el imputado tenga la calidad de ausente o contumaz.

Si no se realiza este paso, se corre el riesgo de la realización de extensas audiencias de juzgamiento en razón de la actuación de medios probatorios impertinentes o inútiles.

4.1. Puntos controvertidos

Nuestro normativa procesal no regula la fijación de los puntos controvertidos; empero, gran parte de estos el resultado necesario de la fijación de convenciones probatorias; y, determinan: **i)** qué hechos de la pretensión y resistencia son pacíficos porque las partes reconocen que ocurrieron tal como fueron descritos en sus actos postulatorios –*convenciones probatorias*– y, **ii)** qué hechos son objeto de discusión porque una parte dice que sucedieron de un modo y otra parte que no sucedieron o que sucedieron de otro modo.

Esta operación permite centrar el debate; y, es precisamente esta finalidad ordenadora que –*como deber*– tienen los jueces: centrar el debate de cara al juicio. La fijación de los puntos controvertidos permitirá concentrar toda la actividad de los sujetos procesales en la actuación de los medios probatorios orientados a acreditarlos; evitará el dispendio de esfuerzos en debatir hechos no controvertidos y de contradictorio aparente. Condiciona de manera directa la coherencia, claridad y precisión de la sentencia con la actividad probatoria desplegada en el proceso y un mayor grado de aproximación razonable a la verdad.

Los puntos controvertidos representan la expresión real del contradictorio en el proceso; permiten: **i)** delimitar el objeto del debate probatorio; **ii)** realizar el saneamiento probatorio, pues constituye el

presupuesto necesario para la realización del juicio sobre la admisión de los medios de prueba; **iii)** determinar que exista congruencia entre lo controvertido en el proceso y la sentencia por el Juez. Dada su trascendencia procesal los jueces tienen una participación activa en la promoción de las convenciones probatorias y su resultado natural: la fijación de puntos controvertidos; pero esta responsabilidad es compartida por todos los sujetos procesales

Se debe insistir en que la Fijación de los Puntos Controvertidos es necesaria, pues todo el debate girará en torno a estos. En efecto, es sobre la base de la fijación de los puntos controvertidos que gravitará toda la actividad probatoria de los las partes y la intervención del Juez. Es una actividad tan importante que resulta inexplicable la poca importancia que los operadores jurídicos otorgan a la fijación de los puntos controvertidos y ha devenido en una actividad meramente formal.

El material fáctico para fijar los puntos controvertidos se extraen con claridad de la imputación concreta –contenida en la acusación escrita– y de la oposición. Es aconsejable estar alerta cuando la parte contraria alega controversias jurídicas y/o valoraciones, junto con hechos, para impugnarlas porque no son hechos.

5. TEMA PROBATORIO

Los puntos controvertidos constituyen el *tema probatorio*; las proposiciones fácticas en conflicto tiene como resultado la delimitación del tema probandum *(necesidad de prueba)*. El *thema probandum,* o necesidad de prueba, está referido a la situación objetiva de los hechos que son materia de prueba en un proceso en concreto[36]. Es claro que el

36 Devis Echandía, precisa que se suele confundir el objeto de prueba con el tema de la prueba Cuando algunos autores sostienen que el objeto de la prueba son los hechos controvertidos y negados en un proceso y más ampliamente, los no aceptados, confunden el concepto de objeto con el de necesidad o tema de la prueba, pues la circunstancia de que un hecho determinado no necesita prueba en un proceso, no significa que ese hecho no pueda

objeto concreto de prueba –*thema probandum*– son los hechos que realizan el supuesto de hecho de la norma que se pretende aplicar sobre la base de la pretensión y resistencia de las partes, y deben probarse, por constituir el presupuesto de los efectos jurídicos perseguidos por las partes[37].

El tema de prueba o necesidad de prueba se configura en un determinado proceso, en función de los hechos introducidos en los fundamentos de la pretensión y resistencia de las partes. El *thema probandum* es una necesidad del proceso que carga a las partes probar sus afirmaciones de hechos y el juez requiere de ellas para fundar su decisión.

Al delimitar el tema de prueba se hace posible realizar el saneamiento probatorio, pues constituye el presupuesto necesario para la realización del juicio sobre la procedencia *(juicios de pertinencia, conducencia y utilidad)*. Sólo con su fijación el Juez podrá admitir o inadmitir los medios probatorios *(Art. 363 NCPP)*; evitará actividad probatoria impertinente inconducente e inútil. En síntesis evitará un contradictorio aparente. No es posible realizar el saneamiento probatorio, esto es el juicio de admisión de los medios probatorios, si previamente no se ha fijado el tema probatorio –puntos controvertidos–. Constituye el eje articulador entre el derecho procesal y sustantivo con el derecho probatorio

El *thema probandum* o necesidad de prueba, está referido a la situación objetiva de los hechos que son materia de prueba en un proceso en

---

ser objeto de prueba judicial. De allí que objeto de prueba sea todo aquello que pueda ser susceptible de demostración histórica (cfr. DEVIS ECHANDÍA, Hernando: *Compendio de la Prueba Judicial*, Tomo I, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2000, p. 74).

37 En el Acuerdo Plenario 4-2007/CJ-116, *(fundamento 9)* se diferencia el concepto de objeto de proceso y el objeto del debate: El Objeto de proceso es fijado o delimitado por la Fiscalía, a partir del cual se consolida y desarrollan los principios acusatorios y de contradicción, a diferencia del objeto del debate que se conforma con los hechos, pruebas y pretensiones de las demás partes procesales o de la resistencia hecha valer por el acusado.

concreto. Es claro que el objeto concreto de prueba –*thema probandum*– son las afirmaciones sobre los hechos que realizan el supuesto de hecho de la norma que se pretende aplicar sobre la base de la pretensión y resistencia de las partes, y deben probarse, por constituir el presupuesto de los efectos jurídicos perseguidos por las partes.

El tema de prueba es lo que debe ser objeto de prueba pero en un determinado proceso, en función de los hechos introducidos en los fundamentos de la pretensión y resistencia de las partes. El *thema probandum* es una necesidad del proceso que genera en la Fiscalía el deber de la carga de probar sus afirmaciones de hechos y a las otras partes la carga de probar sus afirmaciones que el juez requiere de ellas para fundar su decisión.

Por precisión corresponde consignar que los puntos controvertidos configuran el *thema probandum*; aquél es presupuesto de éste; son cara y contra cara de un mismo concepto, uno desde la perspectiva de los hechos y el otro desde la perspectiva de su necesidad de prueba

6. EL CONTROL DE LA PRUEBA

6.1. Requisitos de fondo

Un problema muy acentuado en nuestro medio, y que se hace más notorio en la construcción del modelo es la falta de destreza en las calificaciones de *conducencia, pertinencia y utilidad* de los medios probatorios que se ofrecen en un proceso[38]. Peor aún, no es parte de la cultura jurisdiccional la realización de un control constitucional de los medios probatorios ofrecidos. Sin embargo, constituye un imperativo para los Jueces de IP realizar este control en la Audiencia Preliminar[39].

---

38 Así en el proceso civil no obstante encontrar una previsión normativa en el artículo 190 sin embargo los jueces civiles son poco inclinados a aplicar rigurosamente el citado dispositivo.

39 **ARTÍCULO 159° Utilización de la prueba.- 1.** El Juez no podrá utilizar, directa o indirectamente,las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.

Por orden, el Juez de la Investigación Preparatoria, en esta etapa tiene que evaluar la constitucionalidad de los medios probatorios ofrecidos por las partes. Esta afirmación nos lleva de plano al tema de la prueba ilegitima, las excepciones a la regla de exclusión. Independientemente de su tratamiento, el modelo propuesto por el CPP, presenta dos problemas: **a)** La exclusión de la prueba prohibida sólo podrá ser propuesta por las partes, o corresponde al Juez de oficio excluir este medio probatorio. Desde un óptica constitucional y en línea de optimizar los derechos fundamentales, es deber del Juez de la IP excluir de oficio, cualquier medio probatorio viciado notoriamente de inconstitucionalidad; y, **b)** se presenta el problema de la ausencia de imparcialidad dado que este Juez tuvo el deber de controlar la constitucionalidad y legalidad de la investigación preparatoria; luego, este mismo Juez es quien tendría que evaluar la constitucionalidad de estos medios probatorios ofrecidos; no hay duda que se genera un sesgo de parcialidad. Este juicio jurídico es de conducencia constitucional, y, tiene como consecuencia que la información obtenida afectando derechos fundamentales sea inutilizable como prueba[40].

Agotado el debate y las decisiones sobre la constitucionalidad de los medios probatorios el Juez de la IP deberá proceder a verificar la concurrencia de los requisitos de, pertinencia, conducencia y utilidad de los medios probatorios[41]; esto, claro está, supone previamente tener determinado el tema probatorio.

---

40 **ARTÍCULO VIII°. Legitimidad de la prueba.- 1.** Todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo.

2. Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.

3. La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio.

41 El Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre estos requisitos en la sentencia STC 6712-2005-HC/TC, precisa los siguientes requisitos:

Operativamente de los tres requisitos de fondo –pertinencia, conducencia y utilidad de los medios probatorios–[42] por orden, se debe eva-

---

"*Pertinencia*: Exige que el medio probatorio tenga una relación directa o indirecta con el hecho que es objeto de proceso. Los medios probatorios pertinentes sustentan hechos relacionados directamente con el objeto del proceso.

Conducencia o idoneidad: El legislador puede establecer la necesidad de que determinados hechos deban ser probados a través de determinados medios probatorios. Será inconducente o no idóneo aquel medio probatorio que se encuentre prohibido en determinada vía procedimental o prohibido para verificar un determinado hecho.

Utilidad: Se presenta cuando contribuya a conocer lo que es objeto de prueba, a descubrir la verdad, a alcanzar probabilidad o certeza. Sólo pueden ser admitidos aquellos medios probatorios que presten algún servicio en el proceso de convicción del juzgador, mas ello no podrá hacerse cuando se ofrecen medios probatorios destinados a acreditar hechos contrarios a una presunción de derecho absoluta; cuando se ofrecen medios probatorios para acreditar hechos no controvertidos, imposibles, notorios, o de pública evidencia; cuando se trata de desvirtuar lo que ha sido objeto de juzgamiento y ha hecho tránsito a cosa juzgada; cuando el medio probatorio ofrecido no es el adecuado para verificar con él los hechos que pretenden ser probados por la parte; y, cuando se ofrecen medios probatorios superfluos, bien porque se han propuesto dos medios probatorios iguales con el mismo fin (dos pericias con la finalidad de acreditar un mismo hecho) o bien porque el medio de prueba ya se había actuado antes.

Licitud: No pueden admitirse medios probatorios obtenidos en contravención del ordenamiento jurídico, lo que permite excluir supuestos de prueba prohibida.

Preclusión o eventualidad: En todo proceso existe una oportunidad para solicitar la admisión de medios probatorios, pasado dicho plazo, no tendrá lugar la solicitud probatoria."

42 **Artículo 155° 2.** Las pruebas se admiten a solicitud del Ministerio Público o de los demás sujetos procesales. El Juez decidirá su admisión mediante auto especialmente motivado, y sólo podrá excluir las que no sean pertinentes y prohibidas por la Ley. Asimismo, podrá limitar los medios de prueba cuando resulten manifiestamente sobreabundantes o de imposible consecución

luar primero la *pertinencia del medio probatorio*[43]. Este es un juicio de razonabilidad de ***medio a fin***; exige una adecuación del medio probatorio al tema probatorio. Si el medio no se adecua al fin, entonces, el medio es impertinente[44]. Este juicio de procedencia exige que los Jueces –aplicando ***TDJA***– verifiquen y exijan una coherencia y razonabilidad entre el *medio* probatorio y el fin, esto es la proposición fáctica que pretende satisfacer probatoriamente.

Este requisito es el que genera ordinariamente más contradictorio y, por ende, debate; las partes generalmente cuestionan la pertinencia de los medios probatorios. En ese orden, el Juez deberá tener claro cuáles son las proposiciones fácticas del tema probatorio, para que en función de ellas establezca la pertinencia de los medios probatorios. No hay otra forma. Operativamente el Juez con las proposiciones fácticas presentadas por las partes exigirá a éstas los medios probatorios con los que pretenden probar cada una de las proposiciones fácticas, evaluando seguidamente su pertinencia. Sin embargo, en la estación del saneamiento probatorio, es frecuente la confusión conceptual entre el juicio de procedibilidad y el de fundabilidad; se considera erróneamente que este es el momento para cuestionar la eficacia del medio probatorio. El Juez debe ordenar el debate precisando que el mérito del medio probatorio lo efectuarán los Jueces de conocimiento en la etapa del juicio[45].

---

43 Es muy importante no confundir la pertinencia de la prueba con la pertinencia de los hechos. Sin embargo, es necesario hacer notar que para Montero Aroca, la pertinencia es la vinculación entre el hecho que se prueba y el objeto del litigio; así es necesario que este hecho tenga relación con el objeto del debate. (MONTERO AROCA, Juan: *Contestaciones al programa de Derecho Procesal Civil para acceso a las carreras Judicial y Fiscal. Tema 25*, archivo del site www.academiaderecho.org)

44 En ese sentido la doctrina es mayoritaria Santiago C. FASSI y Alberto L. MAURINO: *Código Procesal Civil y Comercial, comentado, anotado y concordado*, Tomo III, 3ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 396

45 En ese orden de ideas señala Talavera Elguera "No debe confundirse la pertinencia de un medio probatorio con su eventual eficacia, pues el primero alude a la relación lógico-jurídica que existe entre el medio probatorio y al-

El requisito de fondo de la conducencia generalmente no es cuestionado por las partes; ello en razón de que los operadores jurídicos no tienen un concepto claro del juicio de conducencia. Para no generar equívocos seguimos los conceptos asumidos por el Tribunal Constitucional en la sentencias STC 6712-2005-HC/TC, señala por *"Conducencia o idoneidad*: El legislador puede establecer la necesidad de que determinados hechos deban ser probados a través de determinados medios probatorios[46]. Será inconducente o no idóneo aquel medio probatorio que se encuentre prohibido en determinada vía procedimental o prohibido para verificar un determinado hecho".

El artículo 157° del NCPP, establece que los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por la Ley.[47] Sin embargo, el artículo 325 de la norma procesal al precisar el *"Carácter de las actuaciones de la investigación"* señala que las actuaciones de la investigación sólo sirven para emitir las resoluciones propias de la investigación y de la etapa intermedia. De tal manera que los actos de investigación no tienen idoneidad legal o conducencia para demostrar determinada proposición fáctica discutida en juicio. Esta limitación legal se ve reforzada con la interpretación sistemática del artículo 393.1 del Código, que prevé la regla de que el Juez Penal no podrá utilizar para la deliberación pruebas diferentes a aquellas legítimamente incorporadas en el juicio

---

guno de los hechos que constituyen el objeto concreto de prueba, el segundo se refiere a la posibilidad de que el medio probatorio produzca los fines perseguidos con él..." (TALAVERA ELGUERA, Pablo; *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal*, AMAG, marzo 2009, p. 55)

46 El subrayado es nuestro

47 Este requisito tenía operatividad restringida en los sistemas que consagran la libertad de medios probatorios, que implica la libertad de valoración, es decir, cuando la Ley no los señala ni exige un medio determinado para ciertos actos, todos serán idóneos. La idoneidad se hace más importante cuando la Ley procesal enumera los medios admisibles y consagra la tarifa legal para su valoración.

Esta regla tiene dos únicas excepciones: a) las pruebas anticipadas recibidas de conformidad con los artículos 242° y b) las actuaciones objetivas e irreproducibles cuya lectura en el juicio oral autoriza la norma procesal, a las que se les asigna normativamente el carácter de acto de prueba.

Para comprender mejor el juicio de conducencia es importante no confundir la idoneidad del medio, con el valor de convicción de éste; en efecto, lo idóneo está referido a la permisión legal extrínseca para la proposición fáctica en debate; empero, la fuerza probatoria o su valor de convicción está referido al contenido intrínseco y particular del medio en cada caso. Puede darse el supuesto de que no obstante existir idoneidad del medio probatorio; sin embargo, no generar convicción en el Juez. Es claro que el juicio de conducencia no es una cuestión de hecho, sino de derecho, en el sentido de determinar la aptitud legal del medio probatorio[48].

Este principio representa una limitación al principio de la libertad de la prueba, pero es igualmente necesario, pues significa el tiempo y el trabajo de los funcionarios judiciales y de las partes en esta etapa del proceso, no debe perderse en la práctica probatoria de medios que por limitación o prohibición legal no sean idóneas para probar las proposiciones fácticas que constituyen objeto del debate.

En este contexto del juicio de conducencia aparece con fuerza el debatido tema de la preconstitución de la fuente de prueba[49]; en efecto, los operadores jurídicos nos hemos quedado en afirmaciones epidérmi-

---

48 El juicio de conducencia se desprende del artículo 157.1 del NCPP, que señala que: "Los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados pro cualquier medio de prueba permitido por ley.

49 Para comprender este aspecto es útil la distinción existente entre fuente de prueba (entendida como realidad extra procesal independiente al proceso) y medio de prueba (que vendría a ser un acto procesal, esto es, una realidad interna al proceso, y por medio del cual la fuente de prueba es ingresada al proceso), Así es posible afirma que la declaración de nulidad de un proceso únicamente acarrea la invalidez de los medios de prueba inherentes al mis-

cas "*de que el hecho es objetivo y reproducible o no es objetivo e irreproducible*", sin dar mayores razones. Sin embargo, estas deben corresponderse necesariamente con el manejo operativo de categorías probatorias, que presupone conceptos claros de lo que es una *fuente de prueba* –material o personal– o un *medio probatorio*; diferenciado una fuente de investigación de un medio de investigación, etc.

Es básico señalar la fuente de prueba es la que se preconstituirá, no el medio de prueba; que la fuente es a fuente de prueba y fuente de investigación a la vez; dependerá si la fuente sea útil para la realización de actos de prueba o parra los actos de investigación. En ese orden, una acto de investigación no es un fuente de prueba preconstituida, sino meramente un acto de investigación y, por tanto, no tiene el carácter de prueba, y su ofrecimiento como tal determina un juicio de inconducencia conforme a la previsión legal del artículo 325 del NCPP.

El requisito de fondo de la **utilidad** tiene su fundamento en la necesidad del medio probatorio para probar una proposición fáctica, la misma **que aún no se encuentra demostrada con otra**. Una prueba inútil es cuando sobra por sobreabundante; no es idónea en sí misma, sino con relación a la utilidad que presta al debate probatorio. Una prueba puede ser conducente y pertinente pero inútil.

En la práctica se presente un problema: la sobreabundancia de medios probatorios muchas veces irrazonable. En efecto, es cierto que la prueba se produce en juicio, pero la sobreabundancia de medios probatorios implica el despliegue de esfuerzos inútiles. La inadecuada comprensión del axioma normativo de que la prueba se produce en juicio lleva muchas veces a las partes a sobreabundar en el ofrecimiento de medios probatorios. Si esa sobreabundancia no es detectada por el Juez de la Investigación Preparatoria, entonces, es tarea de los Jueces de Juzgamiento prescindir de los medios probatorios inútiles al momento de la delimitación del objeto de prueba. En caso contrario la abundan-

---

mo, mas no de las fuentes de prueba (Cfr. STC Exp. N.° 00003-2005-AI/TC, fundamentos 128, 129; Exp. N.° 00010-2002-AI/TC, fundamento 160).

cia de medios probatorios inútiles que sobresaturan información traerá como consecuencia el dispendio de valioso tiempo en audiencia y afectando directamente el principio de economía procesal.

En la coyuntura de la implementación del nuevo modelo procesal el esfuerzo por probar de las partes tienen una predominancia cuantitativa antes que cualitativa; en esa perspectiva, erradamente estiman que a mayor número de medios probatorios, mayor será la eficacia de estos medios probatorios, siendo que por lo contrario la sobreabundancia cuantitativa hacen perder de vista el eje central del debate. El debate probatorio debe ser cualitativo *–de lo bueno poco–* y puntual.

6.2. Requisitos de forma

Requisitos de admisibilidad de los medios probatorios

Formalmente el Código Procesal Penal en su artículo 352.5 establece que para la admisión de los medios de prueba ofrecidos se requiere: que la petición contenga la especificación del probable aporte a obtener para el mejor conocimiento del caso. Este aporte probatorio constituye una necesidad para evaluar los requisitos de fondo– pertinencia conducencia y utilidad–.

Una mala práctica ha devenido en que la Fiscalía al momento de ofrecer la prueba personal señale generalidades de formato como aporte probatorio, como que el testigo *"depondrá sobre las circunstancias como se desarrollaron los hechos"*; esto es un formato que no permite evaluar la pertinencia, conducencia o utilidad del medio probatorio. Esta práctica tiene consecuencias negativas, pues el Juez no puede evaluar la pertinencia, conducencia y utilidad del medio probatorio, sin el aporte probatorio. Por consiguiente, se debe exigir a la Fiscalía que señalen el eje o los ejes temáticos (aporte probatorio). No se requiere una puntualización analítica, precisa y delimitada de cada uno de los hechos sobre los que depondrá el testigo, sino un núcleo temático; esto permitirá a las partes desarrollar líneas de interrogatorio vinculadas al eje temático, y

permitirá un control de la otra parte, permitiendo a la vez que el juez de juzgamiento pueda controlar la pertinencia de las preguntas que se proponga. Esta exigencia obliga a las partes procesales a preparar con anticipación y de manera estratégica los medios probatorios que ofrezca y planificar las líneas de interrogatorio que desarrollaran en juicio.

También en el ofrecimiento pruebas periciales se detecta este defecto; se señala el aporte probatorio sólo por cumplir con la formalidad; no se apunta a que la finalidad del aporte probatorio es que el juez evalúe en audiencia pública su pertinencia, conducencia y utilidad. La fiscalía se limita a señalar *"que el señor perito será examinado conforme al contenido del dictamen pericial"*. No se toma en cuenta que el juez no conoce ese contenido, tampoco de la necesidad de que el contenido (aporte probatorio) sea expreso para que el juez evalúe su pertinencia, conducencia y utilidad. Las partes deben precisar los ejes temáticos de experticia sobre los que serán examinados los peritos. Esta previsión permite además a las partes planificar estratégicamente las líneas de interrogatorio que desarrollarán en juicio oral.

Si el aporte probatorio es genérico y de formato, como *"la declaración que realizará los peritos respecto del contenido del Examen Pericial N° xx"*, se genera un problema operativo, pues los jueces no saben cual es el contenido de esta pericia; y, recién en la audiencia tiene que exigir el aporte probatorio, esto determina a que la fiscalía recién recurra a una "estudio" del informe pericial y –sobre la marcha– recién estructurar o mal estructurar el *aporte probatorio*. Esta es una mala práctica indudablemente, pues sino está estructurado adecuadamente el aporte probatorio, en el desarrollo del juicio oral cualquier imprecisión dará lugar a que no se produzca adecuadamente la prueba en juicio. No debemos olvidar que el aporte probatorio constituyen los ejes temáticos sobre la base de los cuales se desarrollarán líneas de interrogatorio y contrainterrogatorio planeados tácticamente en función de una estrategia (teoría del caso). No es una exigencia formal, no es una exigencia procedimental, sino una necesidad ordenadora.

En el ofrecimiento de la prueba documental este defecto es más notorio; en efecto, las partes consideran que hay un aporte implícito

asumen que se da por entendido que *–por su contenido–* los documentos son pertinentes al objeto del debate y, por tanto, no señalan el aporte probatorio, inobservando lo dispuesto en el artículo[50] 352 numeral 5 literal a), del NCPP. Se llega también al otro extremo, frente a la exigencia del juzgado de que se señale el aporte probatorio, pretenden señalar el aporte probatorio de cada documento; si la prueba documental excede de 50 documentos y, la verificación de la pertinencia, conducencia y utilidad será de los 50 documentos a través de 50 aportes probatorios; esto obviamente es saturante, tedioso y cansino. La forma apropiada para señalar el aporte probatorio de documentos en cantidad, es vincular todos aquellos que estén referidos a un eje temático; así por ejemplo, en un proceso de omisión a la asistencia familiar la fiscalía no tendrá que señalar el aporte probatorio de cada actuado judicial –sentencia, notificación, resolución, liquidación, requerimiento–, sino señalar el aporte probatorio que se espera alcanzar del conjunto de estos medios probatorios; así sería suficiente señalar como aporte probatorio *"la existencia de una resolución que obliga al imputado a asistir con una pensión de alimentos"*; esta situación tan elemental no es entendida y tiene como consecuencia que en la etapa de lectura de prueba documental, en juicio oral, se realice una tediosa lectura del contenido integro de cada documento, sin precisar los contenidos convergentes de todos los documentos para generar convicción probatoria.

Otro defecto en ofrecimiento de abundante prueba es su presentación en un listado indistinto, sin cronología y sin sentido estratégico de los documentos; es necesario hacer una selección del conjunto de medios probatorios en función de ejes temáticos así: por ejemplo, de 50 medios probatorios, 10 estarán orientados a determinado aporte probatorio – punto controvertido. Esto favorecerá el desarrollo del juicio oral en la estación de prueba documental, evitando lecturas completas

---

50 **Artículo 352 Decisiones adoptadas en la audiencia preliminar.**
5. La admisión de los medios de prueba ofrecidos requiere:
a) Que la petición contenga la especificación del probable aporte a obtener para el mejor conocimiento del caso; y

y latosas puntualizándose solo el contenido referido al aporte probatorio de un paquete de documentos para pasar a un segundo paquete. Esto que es tan elemental no es apreciado en sus bondades por parte de los operadores fiscales.

A manera de conclusión los temas tratados son algunos de los problemas teóricos prácticos de la actividad probatoria[51] que se presentan agudamente en la coyuntura de la implementación: remarcamos la necesidad de una concepción cognitiva de la prueba pues sólo en función de ella pueden superarse los problemas interpretativos en la aplicación de buenas prácticas en el contexto de la construcción del nuevo modelo procesal.

51 Existen otros aspectos problemático, desde la perspectiva de la prueba (además de los elementos valorativos del tipo objetivo) y que reviste importancia práctica, es la prueba de la realización de los elementos subjetivos del tipo. El juzgador para determinar la concurrencia del dolo tiene realizar una apreciación conjunta y razonada de todos los medios probatorios para finalmente determinar la concurrencia de la intencionalidad delictiva, valoración que tiene que traducirse en una argumentación factual respecto de la concurrencia del dolo. El tema es aún más complejo toda vez que el dolo supone conocimiento y voluntad, y probar el aspecto conativo o volitivo es dificultoso en sumo grado. Las posiciones normativistas consideran al *conocimiento* como único componente del dolo postura que facilita la prueba del dolo pues su concurrencia se verifica sólo con la concurrencia probada del conocimiento del sujeto activo. Similar problema se presenta para verificar la concurrencia de los elementos subjetivos distintos del dolo.

Capítulo XI
Imputación concreta Omisión o defectos estructurales Efectos jurídicos

El poder jurisdiccional solo se ejerce conforme a un proceso penal constitucionalizado como instrumento de contra poder.

Sumario: *1. Abordaje procesal – 2. El hecho punible. Objeto del proceso penal – 3. Disposición de formalización de la investigación preparatoria – 4. La etapa intermedia y postulación – 5. Acusación, imputación y consecuencias jurídicas – 6. Juzgamiento. Imputación y consecuencias jurídicas – 7. Segunda instancia*

1. ABORDAJE PROCESAL

Es necesario reconocer en el ordenamiento procesal las consecuencias jurídicas previstas para los supuestos de omisión o defecto estructural de la imputación concreta; pero además para su operatividad se debe conocer y comprender conceptos procesales elementales como: objeto del proceso, admisibilidad y procedencia, actos procesales, actos postulatorios, sobreseimiento, nulidad, etc. Estos conceptos procesales son necesarios para el abordaje procesal de las consecuencias legales, y su falta de conocimiento y comprensión condiciona una aproximación intuitiva, estimativa y procedimental. Entre estos conceptos tenemos:

a) Objeto del proceso

Son los hechos imputados como fundamentos de la pretensión penal, conocido con los términos de "imputación concreta", "imputación suficiente", "imputación necesaria", "pretensión punitiva", etc., pero, el concepto es el mismo; y constituye el objeto del proceso. Su configuración plena, es necesaria para el desarrollo de un proceso cognitivo, con exigencia de un estándar de información, que corresponde a cada etapa del proceso, con sujeción a los requisitos epistémicos previstos legalmente. En efecto, la imputación se configura como núcleo de una hipótesis de investigación, tesis de acusación, o fundamento de una sentencia. El objeto del proceso cognitivo requiere de hechos, solo estos pueden ser sometidos a un juicio de tipicidad. Las creencias, sospechas

o estimaciones autoritarias no son objeto de un proceso penal cognitivo, menos de un juicio de tipicidad

b) Requisitos de admisibilidad y procedencia

La clasificación de los requisitos de forma y de fondo es clásica; se vincula los requisitos de forma a la admisibilidad de un acto procesal, y los requisitos de fondo a la procedencia[1] de un acto procesal. Sin embargo, esta clasificación ha generado consecuencias sin lógica procesal; así podía presentarse supuestos de omisión de requisitos de forma *insubsanables*, y supuestos de omisión de requisitos de fondo *subsanables*; esto no resultaba operativo en la práctica procesal.

No obstante, lo determinante en la práctica procesal es el criterio de ***subsanación*** del requisito; este criterio material de posibilidad de subsanación se erige en lo central. Si puede ser subsanado, constituye un requisito de admisibilidad; si no puede ser subsanado, constituye un requisito de procedencia. En efecto, los juicios de admisibilidad y procedencia son necesarios para una decisión judicial sobre el fondo de las peticiones de las partes.

El criterio correcto de la posibilidad de **subsanación** permite proponer una clasificación procesalmente operativa, así: **i)** son requisitos de admisibilidad aquellos cuya omisión o defecto es posibles de subsanar; entre estos están los requisitos de organización de información, previstos en el art. 349 del CPP; **ii)** son requisitos de procedencia aquellos cuya omisión o defecto no son posibles de subsanar; entre estos los previstos en el art. 344.2 del CPP, y configuran el objeto del proceso –imputación concreta–. Los requisitos de admisibilidad son los medios necesarios para poder ingresar a los requisitos de procedencia vinculados a la estructura de la imputación.

---

1 Esta opción se basaba en el art 128. Del CPP - Admisibilidad y Procedencia.- "El Juez declara la inadmisibilidad de un acto procesal cuando carece de un requisito de forma o éste se cumple defectuosamente. Declara su improcedencia si la omisión o defecto es de un requisito de fondo".

c) Actos del Ministerio Público

Todo tipo de proceso judicial tiene una fase postulatoria[2], en ésta la parte realiza la propuesta de sus pretensiones; pues se precisan las peticiones de las partes, los fundamentos y los los medios probatorios. Es una etapa central pues define el objeto del proceso que será decidido por los jueces. Por lo general, el proceso empieza con la etapa postulatoria; no obstante, el CPP, establece que con la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria, se inicia el proceso común; es, la etapa intermedia la que corresponde a la fase postulatoria de pretensiones.

Los actos procesales del Ministerio Público, desde la perspectiva de sus decisiones, se clasifican en postulatorios y no postulatorios.

- **Actos postulatorios**. Son los actos procesales que realiza el Ministerio Público, mediante el cual pide al órgano judicial un decisión; se tiene: **i)** requerimiento de proceso inmediato; **ii)** requerimiento de prisión preventiva; **iii)** requerimiento de sobreseimiento; **iv)** requerimiento de acusación; **v)** requerimiento mixto. Estos requerimientos deben cumplir requisitos de admisibilidad y procedencia para un pronunciamiento judicial de fondo.

- **Actos no postulatorios.** El Ministerio Publico, dentro del ámbito de sus atribuciones, emite disposiciones para la realización de diferentes actos que no requieren de una decisión judicial; emite: **i)** disposición de aplicación de principio de oportunidad[3], **ii)** disposición de abstención del ejercicio de la acción penal, **iii)** disposición de formalización y continuación de investigación preparatoria, **iv)** disposición de ampliación de plazo de investigación preparatoria, **v)** disposición que declara compleja la investigación. Estos actos no son postulatorios. En ese punto cabe resaltar que la

---

2 La postulación es una etapa fundamental del proceso que deriva del latín ***postulatio***, que significa pedir, solicitar, pretender o suplicar.

3 Esta disposición fiscal corresponde íntegramente al ámbito de atribuciones del Ministerio Publico y no tiene que ser comunicada al Juez.

Disposición de Investigación Preparatoria solo se comunicación al Juez de Investigación Preparatoria.

d) Consecuencia jurídica

El **sobreseimiento** es un efecto legal previsto por el CPP, para supuestos de naturaleza distinta. La consecuencia jurídica, para los supuestos de ausencia o defecto estructural de la imputación concreta, está prevista en el art. 344.2.a) del CPP; ese es el efecto jurídico que de manera expresa regula el CPP.

Asimismo, la **nulidad** también es un efecto jurídico previsto como sanción prevista en el art. 150 del CPP, para los supuestos de invalidez de la relación procesal, por ausencia o defecto estructural de la imputación y debe aplicarse como tal. Decidir el sobreseimiento o la nulidad, como consecuencia legal, dependerá de la etapa del proceso.

Estas consecuencias jurídicas están expresamente previstas en la norma procesal; por tanto, los jueces deben aplicarlas, por imperio legal; no corresponde a los jueces crear consecuencias judiciales; las consecuencia legales, están previstas en el ordenamiento procesal, y son imperativas por que la reglas procesales tienen carácter público.

Con base a estos conceptos se aborda el problema de los efectos de la imputación defectuosa de un hecho punible.

2. EL HECHO PUNIBLE. OBJETO DEL PROCESO PENAL

El objeto del proceso penal es la imputación de un hecho punible; sin estos el proceso es inválido; solo los hechos[4] son susceptibles de adecuación típica, de determinación de vigencia de la acción penal, etc. Sin hechos no es posible realizar calificación material o procesal. No obstante, la omisión del hecho punible se presenta con recurrencia en

4 Enunciados fácticos.

procesos con pluralidad de imputados y concursos de delitos; en estos el Ministerio Público, descuida la formulación del hecho punible.

Así, el defecto en la estructura de la imputación esrecurrente, pues se emplean términos lingüísticos indeterminados, generales, vagos o ambiguos que reproducen a veces la generalidad de los componentes normativos, en lugar de proposiciones fácticas que en concreto describan el hecho o la imputación. Con ello se pone en cuestión el objeto del proceso y su propia configuración.

Este es el principal problema, pues un reducido sector resiste a considerar este extremo como un problema, que determina una configuración defectuosa del objeto del proceso; esa posición es encubridora de la inepcia fiscal en la construcción de la imputación.

La omisión o defecto en la configuración del objeto del proceso puede advertirse al inicio de la investigación preparatoria, es necesario precisar el efecto legal previsto en el ordenamiento procesal. Pero, también puede ser advertida en el requerimiento de acusación; y es preciso diferenciar el efecto legal previsto en el CPP, para cada acto procesal. De hecho los órganos judiciales han dado distintas respuestas a situaciones de omisión o defecto en la estructura de la una imputación concreta, así puede apreciarse desde el Acuerdo Plenario 2/2012, el Recurso de Nulidad 956-2011, la Casación 392/2016. Todo ello ha generado un panorama de incertidumbre. Solo con el empleo de una buena doctrina procesal aceptada pacíficamente, y la estricta aplicación de la ley procesal se puede superar esos problemas, sin recurrir a aproximaciones intuitivas con argumentos de esgrima de libre pensantes.

El objeto del proceso, bien como hipótesis o como tesis, debe cumplir con determinadas exigencia epistémicas de concreción. En efecto, solo una imputación del hecho punible como hipótesis puede habilitar la formalización de la investigación preparatoria; y una imputación concreta como tesis habilita el auto de enjuiciamiento. Pero, el problema central es la consecuencia procesal por causa de una defectuosa configuración de la imputación concreta como hipótesis o como tesis.

Bien sea por omisión o defecto de la estructura del objeto del proceso es necesario precisar los efectos procesales que corresponda legalmente, según sea la etapa del proceso.

3. DISPOSICIÓN DE FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

La Disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria (DFIP) no es un acto postulatorio, pues corresponde al ejercicio de las atribuciones constitucionales del Ministerio Público[5]; no se formula ninguna petición al órgano judicial, pues solo comunica al juez la Disposición de la investigación formalizada[6].

La formalización de investigación preparatoria es una disposición que corresponde al ámbito de las atribuciones fiscales; en ese orden, el juez de investigación preparatoria no tiene atribución para admitir o autorizar el inicio de la investigación. Esto no significa que la investigación preparatoria no sea objeto de control judicial.

El núcleo fáctico de la Formalización de Investigación Preparatoria es la hipótesis de imputación concreta, como motor de la investi-

---

5 **Artículo 159** Atribuciones del Ministerio Público Corresponde al Ministerio Público: 1. Promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho. 2. Velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia. 3. Representar en los procesos judiciales a la sociedad. 4. Conducir desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito, la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función. 5. Ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte. 6. Emitir dictamen previo a las resoluciones judiciales en los casos que la ley contempla. 7. Ejercer iniciativa en la formación de las leyes; y dar cuenta al Congreso, o al Presidente de la República, de los vacíos o defectos de la legislación.

6 Art. 336 (3). El Fiscal, sin perjuicio de su notificación al imputado, dirige la comunicación prevista en el artículo 3° de este Código, adjuntando copia de la Disposición de formalización, al Juez de la Investigación Preparatoria.

gación; exige indicios reveladores de la existencia de un delito[7], como estándar epistémico de sospecha reveladora[8]; esto es, el tránsito cognitivo de la dimensión de la posibilidad a la probabilidad. La hipótesis de investigación exige determinado grado de concreción para orientar la finalidad de los actos de investigación. Sin hipótesis de imputación concreta no puede realizarse una investigación con objetivos definidos, y esta deviene en ciega y burocrática.

En síntesis, la disposición de formalización de la investigación preparatoria no es un acto postulatorio, por tanto, el órgano jurisdiccional no autoriza o admite la disposición de formalizar la investigación. No obstante, puede existir una hipótesis de imputación concreta con omisión o defectos en su estructura. Las consecuencias operativas son negativas para todos los sujetos procesales; el primer afectado es el propio Ministerio Público, pues no pondrá los actos de investigación conforme a una hipótesis concreta; en definitiva ello afecta la configuración del contradictorio procesal, pues se impide al imputado realizar actos defensivos idóneos; se afecta el derecho convencional a la comunicación detallada de los hechos, y se impide la configuración de una relación procesal.

a) ¿Audiencia de control de imputación?

Desde diferentes perspectivas se han propuesto incorporar en el CPP una audiencia de control de la hipótesis de imputación concreta contenida en la disposición de formalización de investigación preparatoria; sin embargo, ello sería contrario a la titularidad de la investigación penal que corresponde de manera exclusiva al Ministerio Público, único órgano legitimado que decide el ejercicio de la acción, conforme al mandato constitucional; ese ejercicio debe ser razonable conforme a

---

7 Artículo 336°.- Formalización y continuación de la Investigación Preparatoria 1. Si de la denuncia, del Informe Policial o de las Diligencias Preliminares que realizó, aparecen indicios reveladores de la existencia de un delito.

8 Empleando la terminología de la Sentencia Casatoria Plenaria 1-2017.

la información con que cuente; y es que muchas veces el ejercicio de la acción penal es carente de esa razonabilidad.

Pero la audiencia de control debe realizarse con un objeto distinto, *primero* por exigencia de la Convención Americana de los Derechos Humanos; y, *segundo,* por la configuración del proceso. El art. 8. 2. b) de la Convención Americana de los Derechos Humanos, establece como Derecho Convencional de imputado, la comunicación previa y detallada de la acusación formulada, entendida esta en sentido amplio. Este Derecho convencional es el fundamento para realizar una audiencia con el objeto de controlar que el Ministerio Público comunique con detalle el hecho punible atribuido al imputado. El cumplimiento de este derecho convencional debe ser objeto de control por el juez de investigación preparatoria.

También desde la configuración del contradictorio procesal es necesaria la audiencia de control de imputación; pues el proceso es contradictorio por excelencia.

El CPP precisa en el libro Tercero que el Proceso Penal Común, comienza con la Disposición de Formalización de Investigación Preparatoria; es el inicio del contradictorio procesal; y, la única forma de configurar un contradictorio procesal es con una hipótesis de imputación concreta, que define el aspecto principal del contradictorio; si no está definida no se configura el contradictorio procesal; y, por tanto, el proceso es inválido.

En síntesis, el juez de investigación preparatoria tiene el deber de verificar el cumplimiento del Derecho Convencional de la comunicación previa y detallada de la imputación; y su consecuencia, será la configuración del aspecto principal del contradictorio procesal, y por tanto, de la validez del proceso.

b) Consecuencia jurídica

La disposición de formalización de investigación preparatoria no es un acto postulatorio, pero puede contener una hipótesis de imputación concreta con omisión fáctica o defectos en su estructura, ¿cuál sería la consecuencia jurídica?.

Esta omisión o defecto estructural de la hipótesis de imputación concreta no configura un contradictorio procesal, y, por tanto, la relación procesal es inválida, y, la consecuencia procesal es la nulidad. Esto no significa que el órgano jurisdiccional se inmiscuya en las atribuciones constitucionales del Ministerio Público; se trata de un control judicial de cumplimiento de los límites convencionales y procesales que tiene la fiscalía en el ejercicio de la persecución punitiva.

El art. 150° del CPP, regula la nulidad absoluta y señala que no es necesaria la solicitud de nulidad de algún sujeto procesal y pueden ser declarados aun de oficio, los defectos concernientes: **c)** a la promoción de la acción penal, **d)** a la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución; en efecto, se extiende a la inobservancia de los derechos convencionales.

Esta consecuencia está prevista en el ordenamiento jurídico; por tanto, no corresponde al ámbito de su discrecionalidad judicial decidir la nulidad o no; si la relación procesal es inválida entonces los jueces imperativamente deben declarar la nulidad, por ser un imperativo de orden público.

Sin embargo, en cautela de un ejercicio adecuado de la atribución constitucional de la investigación del Ministerio Público, el Acuerdo Plenario No. 2-2012, ha establecido que la defensa del imputado primero tiene que recurrir al Ministerio Público, para que subsane las omisiones o defectos de estructura de la hipótesis de la imputación concreta; pero, si el Ministerio Público no subsana el defecto u omisión, recién podrá acudirse al juez de investigación preparatoria para que ordene al Ministerio Público cumpla con su deber de comunicar de manera detallada la imputación del hecho punible.

Si el Ministerio Público, no cumple con subsanar la omisión o los defectos estructurales de la imputación, el órgano jurisdiccional debe declarar la nulidad del proceso, y de la disposición de formalización de la investigación preparatoria, en cautela del derecho convencional a la comunicación previa y detallada de la imputación y de la validez de la relación procesal. Esta atribución no requiere de una petición de la par-

te afectada, pues corresponde a la función de control y de sanemiento del juez de garantías.

4. LA ETAPA INTERMEDIA Y POSTULACIÓN

El Ministerio Público realiza actos procesales postulatorios y no postulatorios; la Disposición de Investigación Preparatoria es un acto no postulatorio; el requerimiento de la acusación es un acto *postulatorio*; pero, ambos actos tienen su fundamento nuclear en la imputación del hecho punible (imputación concreta).

En la disposición de formalización de la investigación preparatoria la imputación concreta es una hipótesis; en la acusación, es una tesis. Los estándares de idoneidad para la construcción de la imputación concreta en la disposición de formalización está prevista en el art. 336 del CPP, y de la acusación en el art. 349 del mismo cuerpo legal, cada una conforme al objeto epistémico de la etapa del proceso. Esa diferencia del CPP, determina que en supuestos de defectuosa imputación concreta, los efectos legales sean diferentes.

La etapa intermedia, es la fase postulatoria donde el Ministerio Público emite su requerimiento acusatorio, con fundamento en una tesis de imputación concreta, con un estándar de sospecha suficiente o grave, que será objeto del control, conforme a las exigencias que corresponden a una tesis de imputación del hecho punible.

Pero, para realizar ese control se verifica el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad para ingresar al conocimiento de la procedencia imputación del hecho punible; en efecto, el juicio de admisibilidad es previo al juicio de procedencia de la tesis de imputación concreta. El requerimiento debe cumplir con esos[9] requisitos, para que el órgano jurisdiccional, emita la decisión correspondiente.

---

9 El procesalismo clásico, señalaba que la concurrencia de los requisitos de forma daba lugar a la admisibilidad, y que su omisión o defecto determina su inadmisibilidad; igualmente se asociaba los requisitos de fondo con la

El juez de investigación preparatoria (JIP) verifica la concurrencia de: **i)** la subsanabilidad de los requisitos de la acusación, y, **ii)** y la insubsanabilidad de configuración de la imputación concreta. El criterio de ***subsanación*** clarifica los problemas operativos relacionados con los requisitos de la acusación y su contenido –la imputación–. La clásica tipología de requisitos de *forma* previstos en el artículo 349 del CPP, y requisitos de *fondo* a los previstos –contrario sensu– en el artículo 344 del Código acotado, no contribuye en resolver los problemas de control de la etapa intermedia, y por lo contrario genera paradojas en el saneamiento procesal.

El Ministerio Público debe cumplir con los requisitos de admisibilidad y de procedencia en su requerimiento acusatorio, para que el juez de investigación preparatoria en la audiencia de control de acusación controle la imputación concreta; el pronunciamiento del órgano judicial será un auto de enjuiciamiento, o el sobreseimiento de la causa.

5. ACUSACIÓN, IMPUTACIÓN Y CONSECUENCIAS JURÍDICAS

El escrito de acusación contiene nuclearmente una tesis de imputación concreta; es objeto de control los requisitos de admisibilidad de la acusación –*subsanables*– y requisitos de procedencia de la imputación, –*insubsanables*– en fase intermedia. En efecto, la omisión o defecto de un requisito de admisibilidad (art 349 y otros del CPP) da lugar a que el juez de investigación preparatoria devuelva la acusación al Ministerio Público[10], o se subsane en la misma audiencia; esto depende de la magnitud del defecto subsanable.

---

procedencia, y su omisión o defecto determinaba su improcedencia; sin embargo, esta clasificación no tiene operatividad directa.

10 Artículo 352 Decisiones adoptadas en la audiencia preliminar.- 1. Finalizada la audiencia el Juez resolverá inmediatamente todas las cuestiones planteadas, salvo que por lo avanzado de la hora o lo complejo de los asuntos por resolver, difiera la solución hasta por cuarenta y ocho horas improrroga-

Con frecuencia los fácticos de la imputación concreta están dispersos en el escrito de acusación, pero no se encuentra organizada, conforme a los requisitos del art. 349, del CPP, así por ejemplo, los fácticos del verbo típico rector suelen encontrarse en el rubro de elementos de convicción. La falta de organización de los fácticos dificulta la materialización de un contradictorio adecuado de control. En estos supuestos el Juez de Investigación Preparatoria, debe devolver la acusación al Ministerio Público, para que organice la información conforme a las exigencias de admisibilidad previstas en el art. 349 del CPP y habilite un adecuado juicio de procedencia.

Lo central en esta etapa es controlar los requisitos de procedencia del objeto del proceso; la propuesta idónea de la tesis de imputación del hecho punible determina la validez del proceso. Estos requisitos de procedencia están previstos en el art. 344 del CPP[11] y en otras reglas procesales.

El eje epistémico de los juicios de procedencia gira en torno a la imputación del hecho punible; así está dispuesto de manera organizada y lógica en el art. 344 del CPP. Veamos:

Decisión del Ministerio Público (2) El sobreseimiento procede cuando:

a) El hecho objeto de la causa no se realizó o no puede atribuírsele al imputado;

---

bles. En este último caso, la decisión simplemente se notificará a las partes. 2. Si los defectos de la acusación requieren un nuevo análisis del Ministerio Público, el Juez dispondrá la devolución de la acusación y suspenderá la audiencia por cinco días para que corrija el defecto, luego de lo cual se reanudará. En los demás casos, el Fiscal, en la misma audiencia, podrá hacer las modificaciones, aclaraciones o subsanaciones que corresponda, con intervención de los concurrentes. Si no hay observaciones, se tendrá por modificado, aclarado o saneado el dictamen acusatorio en los términos precisados por el Fiscal, en caso contrario resolverá el Juez mediante resolución inapelable.

11 Por ejemplo en el artículo 349.2 del mismo cuerpo legal.

b) El hecho imputado no es típico o concurre una causa de justificación, de inculpabilidad o de no punibilidad;

c) La acción penal se ha extinguido; y,

d) No existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y no haya elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado.

El dispositivo normativo regula como presupuesto epistémico central la atribución de un hecho punible, esto es la imputación concreta. Este hecho tiene que ser típico, antijurídico, culpable y punible; además, la acción penal debe estar vigente; y finalmente deben concurrir elementos de convicción suficientes (causa probable) de la imputación concreta. Si cumple con estos requisitos de procedencia, entonces, el juez emite el auto de enjuiciamiento sobre la base de una relación jurídica procesal válida.

a) Imputación concreta

Art. 344. 2. a) "El hecho objeto de la causa no se realizó o no puede atribuírsele al imputado". La imputación concreta es el hecho de la realidad, objeto de calificación jurídica material y procesal. Es el presupuesto óntico límite exigible para configurar un proceso cognitivo; esta premisa constituye su objeto nuclear y determina la existencia y validez del proceso. No son susceptibles de calificaciones las meras estimaciones, conjeturas, creencias o apreciaciones, expectativas normativas o impulsos punitivos emotivos. Analíticamente el dispositivo dice:

- **"El hecho objeto de la causa"**, está referido al sustrato fáctico necesario, que es calificado como punible; sin hechos no hay causa, sin causa u objeto no hay proceso, y procede el sobreseimiento; así de elemental.
- **"No se realizó"**, este término está relacionado a un "hecho objeto de la causa", no se realizó; esto es, que no obstante que fue afirmada como hipótesis provisional, sin embargo, no es propues-

to como tesis, porque no se realizó; por tanto, procede el sobreseimiento.

- **"No puede atribuírsele al imputado",** esta atribución exige dos presupuestos: **i)** que esté afirmado el *"hecho objeto de la causa"*, y **ii)** que éste se haya realizado; pero, si el hecho realizado no puede atribuírsele al imputado, es causal de sobreseimiento.

Esto dice el art. 344.2.a) del CPP, y es expresa y literal la exigencia del "hecho objeto de la causa". La interpretación literal es puerta de entrada hermenéutica para atribuir sentido normativo a los términos del dispositivo, y dentro de la capacidad de rendimiento de estos. Solo una perspectiva estrecha puede llevar a cerrar los ojos y negar lo establecido en el CPP.

En síntesis, si el hecho punible no se realizó, y con mayor razón si no están propuestos los fácticos del hecho[12], procede el sobreseimiento. Puede estar propuesta el hecho punible, y, sin embargo, no existir una adecuada atribución fáctica a una persona, entonces también se dicta el sobreseimiento.

En conclusión, la consecuencia jurídica prevista expresamente por el ordenamiento procesal por omisión o defecto estructural de la imputación concreta es el sobreseimiento.

b) Calificación jurídica. (proponibilidad objetiva)

Art. 344.2. b) del CPP *"El hecho imputado no es típico o concurre una causa de justificación, de inculpabilidad o de no punibilidad"*. El hecho punible y la atribución, puede estar propuesto; empero, el ordenamiento jurídico prevé supuestos de calificación material negativa:

---

12 Bastante frecuente en los delitos contra la administración pública, con pluralidad de imputados. Por otro lado, los ejemplos que proponen los dogmáticos son solo algunos supuestos ejemplificativos (como que el sujeto no se encontraba en el lugar de los hechos, etc.), y no agotan otros supuestos donde la ausencia de fácticos determina el sobreseimiento de la causa.

- El hecho imputado es **atípico**, entonces, el requerimiento acusatorio es improcedente y por tanto, se sobresee la causa.
- El hecho imputado es típico, pero **concurre una causa de justificación**, entonces, el requerimiento acusatorio es improcedente y se sobresee la causa.
- El hecho imputado es típico, antijurídico, pero **concurre una causa de culpabilidad**, entonces el requerimiento acusatorio es improcedente y se sobresee la causa.
- El hecho imputado es típico antijurídico y culpable pero **concurre una causa de no punibilidad**, entonces el requerimiento acusatorio es improcedente y se sobresee la causa.

c) Interés procesal

Art. 344.2. c) del CPP *"La acción penal se ha extinguido"*. El hecho puede ser típico, antijurídico y culpable; sin embargo, está en cuestión la validez del proceso, por supuestos de extinción de la acción penal, prescripción, muerte del imputado, cosa juzgada, etc.; en estos supuestos el requerimiento acusatorio es improcedente y se debe sobreseer la causa.

d) Causa probable o sospecha suficiente

Art. 344. d) del CPP. *"No existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y no haya elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado"*. Si el hecho imputado es típico antijurídico, culpable y punible, y está vigente el interés procesal; pero no concurran elementos de convicción suficientes (sospecha suficiente), se declara el sobreseimiento de la causa.

El art. 344. 2. d) del CPP, exige una estándar epistémico de sospecha suficiente para la configuración de la imputación concreta; esta exigencia tiene su fundamento en el principio de necesidad[13]; en efecto, los

13 Todas las instituciones del proceso penal están trasvasadas e insumidas por el principio de necesidad.

hechos no están a disposición de la parte, pues su configuración corresponden a un interés público; por tanto, el Ministerio Público no puede acusar sin ese estándar epistémico requerido por la regla procesal; y los jueces están vinculados a ese imperativo procesal. Este estándar permitirá al órgano jurisdiccional vincular con razonabilidad al acusado para que afronte un juicio oral.

El examen operativo de los requisitos se realiza en el orden establecido en el artículo 344 del CPP. Siempre considerando como eje epistémico a la imputación concreta, que será objeto de calificación jurídica material (niveles analíticos de la teoría del delito), después la vigencia procesal (presupuestos procesales) y finalmente el estándar epistémico de sospecha suficiente (causa probable). Cada uno de estos supuestos son de naturaleza diferente (material, procesal, epistémico), pero todos determinan el sobreseimiento de la causa. En conclusión, si el requisito es insubsanable entonces el juicio de procedencia será negativo.

e) Medios de defensa e imputación concreta

Los medios típicos de defensa están directamente vinculados con los presupuestos de sobreseimiento regulados en el artículo 344 del CPP, pero tienen una nominación típica. Por tanto, dado que se debate el mismo objeto, debe realizarse una sola vez. Una adecuada dirección de audiencia que materialice el principio de economía procesal está orientada a debatir en un solo momento el medio de defensa típico que corresponda al análisis de cada supuesto de improcedencia, previsto en el art. 344.2 del CPP; así:

- "El hecho objeto de la causa no se realizó o no puede atribuírsele al imputado; discutirá la omisión o defecto de la imputación concreta". Su exigencia formal está prevista en el art. 349.1 del CPP, que prevé la relación del **hecho atribuido** y sus circunstancias (precedentes, concomitantes y posteriores). Así: **i)** sin objeto, corresponde sobreseer, **ii)** sin objeto "realizado" también corresponde sobreseer.

- "El hecho imputado no es típico o concurre una causa de justificación, de inculpabilidad o de no punibilidad". Su admisibilidad está prevista en el art. 349. 1. f) del CPP, que prevé la tipificación del hecho y los niveles de intervención delictiva. El objeto del debate es la calificación típica, y esta a su vez es cuestionada con la excepción de improcedencia de acción, entonces debe debatirse en un solo momento[14].

- "La acción penal se ha extinguido". Se discutirá conjuntamente con los medios defensivos que cuestionan la vigencia del interés procesal punitivo, como la excepción de prescripción, la excepción de cosa juzgada, la extinción de la acción penal por muerte del imputado, amnistía, etc. Estos presupuestos procesales deben ser objeto de debate en un solo momento.

- "No existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y no haya elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado". La base o elementos de suficientes (causa probable) que dotan de información a la imputación, lo exige el art. 344.1 y 349.1. c) del CPP[15].

No obstante, es generalizada la mala práctica de controles aparentes de acusación que realizan los jueces de investigación preparatoria, donde la atención es nula respecto de los supuestos de sobreseimiento previsto en el art 344 del CPP. Así, en supuestos de imputaciones defectuosas se hace transitar la acusación inválida o defectuosa hasta a la etapa del juicio oral. Ese rol disfuncional del juez de investigación preparatoria, pervierte el saneamiento, y es similar al rol del servidor de

14 Aun cuando por la amplitud terminológica de este medio defensivo técnico, su alcance abarca todos los niveles analíticos del delito: "que el hecho no se delito, que no sea justiciable penalmente".

15 Dispuesta la conclusión de la investigación preparatoria, de conformidad con el numeral 1) del art.343, el Fiscal decidirá en el plazo de 15 días si formula acusación, siempre que exista base suficiente para ello (...).

mesa de partes; la audiencia de control degenera en una mera liturgia tránsito ritual, que concluye con un auto de saneamiento que no sanea, pues el uso curial de los términos en las resoluciones de: *"sanear la relación procesal" "dictar auto de enjuiciamiento"*, no tienen la virtud mágica de sanear el proceso. Esta práctica ha anquilosado su objetivo saneador.

6. JUZGAMIENTO. IMPUTACIÓN Y CONSECUENCIAS JURÍDICAS

La renuncia al rol saneador del juez de investigación preparatoria ha generado una situación crítica en la implementación de la reforma procesal; así, son varios los efectos negativos. Dado que los jueces de investigación preparatoria no exigen una imputación concreta, y que ***todo pasa***, esto es asumido por el Ministerio Publico; sin embargo, ese facilismo de mero trámite genera consecuencias contra epistémicas en el plenario del juicio oral. El plenario degenera en un contradictorio aparente que se prolonga sin sentido y recarga la labor de los jueces de juzgamiento. Los jueces de juzgamiento deben verificar la configuración del objeto del proceso para determinar el objeto de prueba y llevar adelante la actividad probatoria; pero, esto no es posible sin una imputación concreta definida.

6.1. Defectos de inadmisibilidad

Si el juez de Juzgamiento, al inicio del juicio oral advierte imputaciones defectuosas, no controladas por el juez de investigación preparatoria, primero determinará si el vicio es subsanable o insubsanable.

Si el vicio es subsanable por defecto de admisibilidad, la decisión depende de la magnitud del vicio: **i)** si el vicio no es de gravedad y no afecta el desarrollo de un contradictorio pleno en juicio oral, puede ser subsanado por la fiscalía al inicio del plenario oral; **ii)** pero, si el vicio es de gravedad y afectaría el desarrollo del contradictorio en el plenario, entonces corresponde anular el auto de enjuiciamiento, y devolver el expediente al juez de investigación preparatoria para que cumpla su rol

de control y saneamiento y devuelva la acusación al Ministerio Público, para que éste organice la información de la acusación.

6.2. Defectos de procedencia

La situación procesal es distinta si el defecto u omisión de la imputación concreta es insubsanable. No sería razonable que el juez de juzgamiento anule el auto de enjuiciamiento y devuelva la causa al Juez de Investigación Preparatoria; tampoco es razonable el despliegue de todo el juicio oral y recién al finalizar emitir una sentencia inhibitoria por defecto o ausencia de imputación, pues el debate del plenario sería una opereta formal sin ninguna finalidad material.

La consecuencia legal por omisión o un defecto estructural de la imputación es el sobreseimiento; pero es necesario precisar que los jueces de juzgamiento tienen competencia saneadora, y deben resolver el sobreseimiento del objeto de la causa. El juicio de mérito requiere, como presupuesto de la relación procesal válida, una imputación concreta que configura el objeto de prueba, y determina la actividad probatoria para decidir el fondo o mérito del proceso. Si la relación procesal es inválida no es posible una decisión de fundabilidad. Por esa razón, la atribución del despacho saneador corresponde a todos los jueces, pues si el proceso es inválido están inhabilitados de emitir una decisión de mérito[16].

Con esa atribución de saneamiento de los jueces de juzgamiento, no es lógico ni procesal que declaren la nulidad hasta la etapa intermedia para que el juez de investigación preparatoria resuelva el sobreseimiento. En efecto, el despacho saneador es también atribución de

16 En ese orden, el Código de Procesal Civil regula la atribución de los jueces civiles de emitir una sentencia inhibitoria, en supuesto de invalidez de la relación procesal Sí se encuentra previsto en el último párrafo del art 121 del CPC, establece que: Mediante la sentencia el juez pone fin a la instancia o al proceso en definitiva, pronunciándose en decisión expresa y motivada sobre la controversia declarando el derecho de las partes. **O excepcionalmente sobre la validez de la relación procesal.**

los jueces penales de juzgamiento, y es su deber evaluar la validez del proceso al inicio del debate probatorio en el plenario para un pronunciamiento de mérito.

Si el objeto (imputación concreta) es inexistente, entonces el proceso es inválido y corresponde emitir la resolución de sobreseimiento por el Juez de juzgamiento. El proceso no retrocede ni avanza, pues es inexistente por ausencia de objeto; y corresponde que el Juez conforme a lo dispuesto por el art. 184.5 de la LOPJ, declare el sobreseimiento de la causa aplicando las consecuencias prevista en el art. 344.2.b del CPP.

En defecto del ejercicio del despacho saneador, *ab initio* del juicio oral, y despliegue de todo el plenario oral, los jueces de juzgamiento podrán –*emitir in extrema ratio*– una sentencia inhibitoria y el sobreseimiento de la causa.

6.3. Excepción de improcedencia de acción

Ha sido mala práctica, que en supuestos omisión o defecto estructural de la imputación defectuosa, los jueces de juzgamiento al inicio del plenario declaren fundada de oficio una excepción de improcedencia de acción; empero, este medio de defensa cuestiona la tipicidad (absoluta o relativa) del hecho imputado; su objeto es el cuestionamiento de la tipicidad del hecho y no la ausencia o defecto del hecho. Si no hay hecho imputado, no existe hecho que tipificar. Entonces, la excepción de improcedencia de acción no es el medio defensivo para cuestionar la ausencia o defecto del hecho, sino para cuestionar la tipicidad del hecho. En esa línea se ha pronunciado la Casación No. 392-2016 Arequipa[17].

17 Fundamento Décimo Quinto: "(...) La falta de imputación necesaria no significa la ausencia o inexistencia de algún elemento del tipo penal; por lo que no puede equipararse con la excepción de improcedencia de acción. La Sala Penal de Apelaciones, interpretó erróneamente el artículo 6, literal b) del Código Procesal Penal, al considerar que la falta de imputación necesaria es un supuesto para amparar la excepción de improcedencia de acción. En tal

En síntesis, si los jueces de juzgamiento verifican la invalidez del proceso por omisión o defecto estructural de la imputación concreta, deben declarar el sobreseimiento de la causa.

7. SEGUNDA INSTANCIA

La ausencia del despacho saneador en el plenario oral condiciona que procesos con omisión o defecto estructural de la imputación concreta, en primera instancia terminen con sentencia expedida, recurrida a segunda instancia.

En segunda instancia se puede advertir omisiones o defectos subsanables o insubsanables, entonces, si estos fueron superados en el plenario oral en segunda instancia, se debe emitir el pronunciamiento sobre el fondo de la pretensión recursal. En supuesto de sentencia condenatoria con incumplimiento de requisito de admisibilidad que haya generado un contradictorio enervado con afectación del derecho de defensa del imputado, entonces debe declararse la nulidad de lo actuado hasta la etapa intermedia, a efecto de que el juez de investigación preparatoria devuelva la acusación para que el Ministerio Público organice la información de la acusación para un adecuado desarrollo del contradictorio oral.

Empero, los problemas críticos se presentan cuando el defecto en la configuración de la imputación concreta es insubsanable. Si el vicio es insubsanable no es razonable que los jueces de segunda instancia declaren nulo todo lo actuado para que el juez de investigación preparatoria sobresea la causa, ya que declarar la nulidad de todo lo actuado para que el Juzgado de Investigación Preparatoria resuelva afecta al principio de economía procesal. Por tanto, corresponde a los jueces de segunda instancia disponer el sobreseimiento de la causa, pues ellos también tienen competencia saneadora.

---

virtud, la causal de errónea interpretación de la ley procesal, debe estimarse (...)

Capítulo XII
Imputación concreta y ¿Corrupción y judicialización de la política?

Sumario: *1. Imputación: ¿política, mediática o concreta? – 2. La imputación concreta como límite – 3. Estándar de información mínima e hipótesis de imputación – 4. Cifra negra y criminalidad funcionarial*

1. IMPUTACIÓN: ¿POLÍTICA, MEDIÁTICA O CONCRETA?

Los conflictos políticos expresan contradicciones de factores reales de poder económico, bélicos, religiosos etc. Estas tensiones políticas –por mejor representar los intereses del poder real– ha devenido en antagónica y desencadena una guerra mediática con impacto en el colectivo social *(de)* formando opinión pública. El antagonismo político orienta su objetivo al castigo y supresión del adversario utilizando los cauces legales del poder punitivo. Se recurre a denunciar sus viejas y estructurales prácticas corruptas y criminales; así se desnuda patrones normalizados en el ejercicio del poder público: *"roba pero hace obras"*, el *"diezmo en la contratación estatal"*, *"hermanito estamos para servirnos"*, etc. internalizadas en las castas burocráticas.

Cuando la política de coyuntura encausa sus conflictos a través de la justicia penal todo se enrarece; así, cualquier insignificante información es suficiente para disfrazarla de imputación penal, y es el pretexto para criminalizar al adversario político. Una comunicación telefónica, fotografías, cual sea la relación amical profesional, laboral, etc., es considerada como suficiente para imputar pertenencia a una organización criminal.

Se inician investigaciones, impulsadas mediáticamente, motivadas por el impacto político antes que por la relevancia típica de los hechos. Con ello se difumina la demarcación entre lo político y lo jurídico

–penal–[1]. Se desata una persecución punitiva sin contención típica como límite. Será suficientes las imputaciones difusas, mediáticas y políticamente convenientes, para iniciar investigaciones; así se asume el placebo punitivo solo para atenuar los síntomas epidérmicos de la corrupción.

2. LA IMPUTACIÓN CONCRETA COMO LÍMITE

En este contexto, la imputación concreta se erige en un formidable método para contener las pulsiones y contrapulsiones políticas. En efecto, la configuración de una imputación concreta no debe estar sujeta a coyunturas políticas. El núcleo típico de la imputación se concreta en una proposición fáctica, y ese dato de la realidad expulsa cualquier extraño interés de coyuntura.

La imputación concreta define y demarca la geografía de lo jurídico y lo político; sus características de concreción, explicitud, etc., son decisivas en esta demarcación. Precisamente la exigencia de proposiciones fácticas que realicen todos los elementos del tipo, condicionan una selectiva subsunción solo de hechos con características que se adecuen al tipo penal. Se diferencia de las imputaciones mediáticas y política que se configuran de manera difusa y cargadas de implicitudes, por sus fuentes y objetivos.

Los excesos punitivos en la coyuntura actual pueden ser controlables, si se exige a los operadores penales un adecuado juicio de tipicidad en la configuración de la imputación concreta; esto es, de hechos que realicen plenamente los elementos del tipo.

Esto no significa que el tipo penal pueda contener, por si, las pulsiones y contrapulsiones políticas; en efecto, el tipo penal requiere materializar principios constitucionales. El límite de los intensos flujos y reflujos políticos es la Constitución; por eso, la exigencia de que el hecho imputado realice todos los elementos del tipo, supone materializar la Constitución como límite al poder.

---

1 O por lo menos la predominancia jurídica con relación a lo político.

3. ESTÁNDAR DE INFORMACIÓN MÍNIMA E HIPÓTESIS DE IMPUTACIÓN

La imputación concreta es la llave maestra que pone en marcha el proceso penal; exige para ello de información –*simple, reveladora, grave*– para su configuración y decisión; ese es su límite epistémico. Si se no cuenta con información conforme a esos estándares entonces no existe posibilidad de construir hipótesis de imputación de hecho punible; por tanto, no se puede aventurar una investigación sin brújula. La hipótesis de investigación fija el norte de los actos de investigación; sin ésta, las aventuras investigativas no tienen objeto y permanecen durante años sin actos significativos de investigación. Solo su mediatización le da vida con movimientos burocráticos y justificativos sin horizonte.

Imputar un hecho punible mediáticamente, es bastante grave; imputar por imputar constituye una irresponsabilidad más grave. Una imputación debe contener un mínimo de información que permita la reconstrucción del hecho histórico y la construcción de la imputación concreta. Las conjeturas, intuiciones, etcétera, generadas por comunicaciones telefónicas, fotografías, mensajes, etc. sin directo contenido delictivo, son por sí, insuficientes.

4. CIFRA NEGRA Y CRIMINALIDAD FUNCIONARIAL

Son pocos los casos de corrupción funcionarial que dejan vestigios o indicios para construir una hipótesis de imputación para habilitar investigación. La cifra negra de la criminalidad funcionarial tiene dimensiones insertas en estructura del Estado. Sus formas sofisticadas evitan dejar rastros de su permanente realización. Las denuncias sobre corrupción funcionarial son pocas; la proyección de la criminalidad funcionarial escapa a cualquier cálculo optimista.

Empero, la exigencia de una hipótesis de imputación de un delito funcionarial punible requiere con un estándar mínimo de información; por esa razón, no es posible investigar judicializar toda la estructural corrupción funcionarial. Así, la respuesta punitiva, sin observar mínimos estándares epistémicos, resulta un placebo de momento para

aplacar iras mediáticas y populares; empero, no resuelve las causas estructurales de la corrupción. Esto en absoluto supone renunciar a la imposición de pena en los supuestos probados de hechos de corrupción; pero, es emotivo e ingenuo considerar que las penas impuestas a los pocos casos judiciales desincentivará los actos corruptos; por lo contrario, genera un efecto opuesto, pues incentiva un perfeccionamiento de los actos de corrupción para evitar su descubrimiento.

La corrupción estructural no puede ser remediada con placebos punitivos; corresponde a decisiones de otra magnitud, de verdaderas políticas de Estado, para configurar e institucionalizar eficaces y eficientes modos de control previo y concomitante. Desde la fiscalización a los medios como se accede a los cargos públicos de elección popular, de control eficaz de las burocracias estatales, etc. etc. Este control debe ser institucional y estructural, para prevenir un fenómeno, también estructural, de corrupción. Cualquier otra medida coyuntural es *"un cuentito más"*.

Concluyendo: El derecho a ser presumido inocente emerge con una imputación concreta y corresponde a todo ciudadano contra quien se atribuye un hecho punible, independientemente de su perspectiva política, social, de clase, etc. Reina la infamia de la imputación mediática conforme a intereses diversos; y es más infame si su contenido es falso. Se cuestiona la imputación sin fundamento. Pero, si se tiene sospecha simple o reveladora, se debe investigar, sea quien sea. Puede parecer paradójico, pero el derecho a una imputación, con un mínimo de información, es también un derecho de aquellos que lo violan sistemáticamente en el ejercicio de cargos públicos.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto: *Del Formalismo en el Proceso Civil (propuesta de un formalismo-valorativo)*; traducido por Juan José Monroy Palacios; Palestra Editores, Biblioteca de Derecho Procesal, N° 7; Primera edición, agosto 2007.

ATIENZA, MANUEL, *Introducción al Derecho,* Editorial Club Universitario Alicante 1985.

AGUILERA ESTRADA, Agustín, *Revista Virtual Vinculo Jurídico Revista 16*, Octubre-Diciembre,1993, http://www.uaz.edu.mx/vinculo/webrvj/rev16-5.htm (consultado el 2007-10-24).

ATIENZA, Manuel, *Introducción al Derecho*, Editorial Club Universitario, 1985 Alicante España.

AARNIO, Aulis. *Derecho, racionalidad y comunicación social. Ensayos sobre filosofía del derecho*, México, Fontamara, 2000.

AGUIAR DE LUQUE, Luis, en *Estudio de Derecho de Derecho Constitucional, Homenaje al profesor Dr. Joaquín García Morillo, "La Noción de derechos fundamentales desde la perspectiva del constitucionalismo iberoamericano"*, Edit Tirant Lo Blanch, Valencia 2001.

ARCINIEGAS MARTINEZ, Augusto, *Investigación y Juzgamiento en el sistema acusatorio*, Ediciones Nueva Jurídica, 2005, Bogota, p. 45.

ATIENZA, Manuel, *El sentido del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2001.

Acuerdo Plenario No. 6 – 2009/CJ-116, V Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias, noviembre 2009.

BAYTELMAN A, Andrés y Duce J, Mauricio, *"Litigación Penal y Juicio Oral y Prueba"*, Editorial Universidad Diego Portales, Primera Edición, Santiago de Chile, 2004.

BINDER, Alberto M. *"El Incumplimiento de las Formas Procesales"*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.

BINDER, Alberto, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Editorial Ad – Hoc, Primera Edición Buenos Aires - 1993.

BERNARD Schuartz, *Los poderes del gobierno. Poderes federales y estatales*, t. 1 UNAM, México, 1996.

BINDER, Alberto,y otros, *Reforma del Proceso Penal en el Perú*, primera edición, Edit. BLG, 2005.

BINDER, Alberto M. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. 2da edición, 3era reimpresión. Ad - Hoc. Buenos Aires. 2005.

BINDER, Alberto M, *"Introducción al Derecho Procesal Penal"*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.

BINDER, Alberto. www.inecip.org/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=100. http://www.google.com.pe/search?hl=es&q=centralidad+del+juicio+oral&meta=

http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2009/binder09.htm. http://www.google.com.pe/search?hl=es&q=centralidad+del+juicio+oral&meta=

http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2009/binder09.htm

BINDER Alberto, *Elogio de la Audiencia Oral y Pública*, www.procesalsantafe2011.com/wp-content/.../Binder_Alberto.pdf

BOBBIO, Norberto. *Teoría General del Derecho*, Edit. Temis. Bogota – 1999, Segunda Edición.

CAROFIGLIO Gianrico, *"El arte de la duda"*, Editorial Marcial Pons, Madrid 2010.

CARNELUTTI, F. (1993). *Sistema de Derecho Procesal Civil.* Buenos Aires: Edit. UTEHA Reimpresión, tomo II.

CARPIO MARCOS, Edgar, *Segundo Curso de Formación: Código Procesal Constitucional, "Modulo 4: Control Difuso e Interpretación Constitucional,* AMAG, 2004.

CASTILLO ALVA, José Luis, *Razonamiento Judicial*, Edit, Gaceta Jurídica 2004.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *El carácter normativo Fundamental de la Constitución Política de la Constitución Peruana*, en Revista Jurídica del Perú No 63 2005. Edit. Normas legales.

CASTILLO ALVA, José Luis: *"Razonamiento Judicial"*, Editorial Gaceta Jurídica, Primera Edición, Lima, 2004.

CASTILLO ALVA, José Luis: *"Interpretación Jurídica"*, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2004.

CORREAS, Óscar, *Metodología Jurídica I, Una introducción filosófica*, Editorial Fontamara primera Edición 1997, segunda reimpresión 2003, México.

CARO CORIA, Dino Carlos, *"La enseñanza de la dogmática penal como* conditio sine qua non *para el éxito de la oralidad"*.

Curso sobre instrumentos para la implementación del sistema acusatorio oral. Viña del Mar 6 de abril del 2006 (CEJA)-JSCA.

Diálogo con la Jurisprudencia N° 61, *"La Página de Juan Monroy Gálvez"*, Editorial Gaceta Jurídica, 2003.

DEVIS ECHANDÍA, H. (1993), *Teoría General de la prueba Judicial,* Tomo I.

DEVIS ECHANDÍA, H., *Compendio de la Prueba Judicial,* Tomo I, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2000.

DIEZ PICAZO, LUIS, *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*, Editorial Ariel, primera edición, segunda reimpresión 1975. Madrid.

FERRAJOLI Luigi, *Derecho y Razón*, Editorial Trotta, Madrid, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Trad, de Antonio de Cabro y Gerardo Pisarello, Madrid, Trota, 2000.

FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías, la Ley del más débil*, Edith. Trota, segunda edición 2001.

FERRAJOLI, Luigi, *El Garantismo y la filosofía del derecho*, Edit. Universidad Externado de Colombia, primera edición, primera reimpresión. 2000.

GASCÓN ABELLÁN, Marina, en *Seminario los hechos en el derecho, Bases Argumentales de la prueba*, Escuela Judicial Electoral del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación México, 2003.

GUASTINI, Riccardo, *"Disposizione vs. norma"*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, Cuidad, 1989.

IBAÑEZ, Perfecto Andrés, *"Prólogo"*, en Ferrajoli, *Derechos y garantías...*, cit, nota 11.

Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales) –Argentina–. Este trabajo se publicó la Rev. Del Instituto de Derecho Penal y Procesal Penal, del Colegio de Abogados y Proc. de Neuquen. Argentina)

KELSEN, Hans, *"El Otro Kelsen"*, Edit UNAM, Primera Edición, México, 1989.

MAIER, Julio (1996): *Derecho Procesal Penal Argentino. Fundamentos*, Editores Del Puerto, Buenos Aires.

MAIER Julio B.J. *Derecho Procesal Penal*. T. I, Editores del Puerto Editores Buenos Aires 1999, 2da Edición.

MONTERO AROCA, Juan: *Contestaciones al programa de Derecho Procesal Civil para acceso a las carreras Judicial y Fiscal*. Tema 25, archivo del site www.academiaderecho.org

MONTERO AROCA, Juan: *De la Legitimación en el Proceso Civil*, Editorial Bosch S.A., Barcelona - España, 2007.

MONTERO AROCA, Juan, *Principios del Proceso Penal*, Editorial Tirant Lo Blanch alternativa, Valencia 1997.

MADARIAGA CONDORI, Luis: *Análisis dogmático y estratificado de los presupuestos procesales en un sistema unitario del derecho procesal civil (juicio de procedibilidad vs. juicio de admisibilidad): hacia un proceso oralizado, eficiente y con garantías*, Publicado por la Academia de la Magistratura, Lima, 2010.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal y control social*, Ed. Fundación Universitaria de Jeréz de la Frontera, España, 1985.

MONTÓN REDONDO, Alberto, *Derecho Jurisdiccional. Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

NINO, Carlos Santiago, *Consideración sobre la Dogmática Jurídica* "UNAM", 1982.

LASO PRIETO, José María, *Sobre la Teoría del Uso Alternativo del Derecho* http://www.nodulo.org/ec/2007/n067p06.htm) (consultado el 2007-10-24).

PARRA QUIJANO, J. (2001), *Manual de Derecho probatorio.*

PALACIO, Lino E. (1975). *Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, tomo IV.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *"Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución"*, Quinta Edición, Madrid, 1995.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Los Derechos Fundamentales*, Quinta Edición, Tecnos Madrid, 1995.

PIZZI T, William, *Juicios y Mentiras*, Editorial Tecnos, Madrid, 2004.

RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Editorial Fondo de Cultura Económica, Primera Edición en Español México, 1955, Primera reimpresión Colombia 1997.

RAGUES I Valles, Ramón *"El dolo y su prueba en el Proceso Penal"*, prólogo de Jesús Maria Silva Sánchez, Editorial J.M Bosch Editor, 1999.

REÁTEGUI SÁNCHEZ James, *El control Constitucional en la Etapa de Calificación del Proceso Penal*, Editorial Palestra, Primera Edición, Lima 2008.

ROSALES, Elsie. *Sistema penal y Estado Constitucional en Venezuela. CC*, dic. 2005, Vol. 33, no.4.

REYNA ALFARO, Luis Miguel: *Litigación Estratégica y Técnicas de Persuasión*, Editorial GRIJLEY, Edición 2008.

ROXÍN, Claus, *Pasado, Presente y Futuro del Derecho Procesal Penal.* Edit Instituto de Estudios del Ministerio Público Colombia 2004, Primera Edición.

ROSEMBERG, Leo; *La Carga de la Prueba*, Editorial EJEA, 1986 Buenos Aires, Argentina.

ROSEMBERG, Leo; *"Tratado de Derecho Procesal Civil"*, t. II, 1955.

SALAS ARENAS, Jorge, *"Bases para la Determinación Racional de los Límites del Procesamiento Penal Acusatorio"* en Instituto De Ciencia Procesal Penal.

SANTIAGO C. Fassi y Alberto L. Maurino: *Código Procesal Civil y Comercial, comentado, anotado y concordado*, Tomo III, 3ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2002.

SAGÚES, Nestor Pedro y PALOMINO MANCHEGO, José, *Imprevisión y Reforma: Dos Problemas Contemporáneos del Derecho Constitucional*, Edit Grijley, Lima 1995, primera edición.

SAN MARTÍN CASTRO, *Acerca de la función del juez de la investigación preparatoria*, en Actualidad Jurídica, La Gaceta No. 1246, Lima Perú.

SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*, Volumen I. Editora Jurídica GRIJLEY, Lima Perú, año 2000.

TALAVERA ELGUERA, Pablo, *Comentarios al Nuevo código procesal penal*, editorial Grigley 2004.

TALAVERA ELGUERA, Pablo; *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal*, AMAG, marzo 2009.

TARUFFO Michele. *Simplemente la Verdad*, Editorial Marcial Pons, Madrid 2010.

URBANO MARTINEZ, José Joaquín, *Los Nuevos Fundamentos de las Pruebas Penales, Editorial Consejo Superior de la judicatura Sala administrativa*, Escuela "Rodrigo Lara Bonilla, Colombia, 2006"

VIGO, Rodolfo Luis, *Interpretación Constitucional*, Edit Lexis Nexos, Segunda Edición, Buenos Aires 2004.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, 3ra. ed., Madrid, Trotta, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal*, T. II, Ediciones Jurídicas - 1986.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Alagia y Slokar, *Derecho Penal* Tomo I. Ediar, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Derecho Penal, Parte General*, Editorial EDIAR, Buenos Aires 2000.

ANEXOS

II PARTE

El Derecho Procesal de no se agota en las leyes y sus códigos: los principios son parte central; en efecto, es necesario su conocimiento y comprensión, también es de mucha importancia conocer la dogmática y todo el saber procesal elaborado a partir de ellas. Empero, no cabe duda que es indispensable saber como son interpretadas y aplicadas por los órganos jurisdiccionales. En efecto, son los jueces quienes de manera constante, buscando coherencia práctica justifican interpretan jurídicamente los dispositivos adjudicando un determinado sentido normativo a las disposiciones legales. Estos criterios gradualmente consolidados constituyen la jurisprudencia. Cada una de éstas, es un pronunciamiento sobre un caso particular y las razones estimadas deben ser generalizadas, en tanto sean consideras doctrina jurisprudencial.

Sin embargo, en la impronta de la reforma procesal penal, qué duda cabe, que son las interpretaciones judiciales las que marcaran el derrotero de la reforma; por ello su importancia. En efecto, están en pugna no disimulada dos tendencias: una reforma en clave euro continental y otra en clave adversativa. Es evidente que cada uno de estos modelos tienen atributos indiscutibles para mejorar la justicia penal; empero, también tienen sus propias limitaciones, por sus propias configuraciones.

Nuestra perspectiva es clara, la reforma debe efectuarse conforme al diseño del proceso que recoge la Constitución; el efecto, el formidable

desarrollo teórico de la doctrina procesal deben constituirse en los insumos conceptuales para orientar una reforma verdaderamente procesal. En ese orden, la doctrina que desarrollan los operadores jurisdiccionales mediante la interpretación que realizan de los dispositivos normativos, constituyen el contenido básico de la jurisprudencia, entendido como una las fuentes principales del Derecho.

Una jurisprudencia valedera para la interpretación de los conceptos jurídicos esenciales, orientadora de una práctica creadora es necesaria en esta coyuntura. Se requiere para ello una comprensión elemental de los conceptos básicos de la Teoría General del Proceso. Solo premunidos de estas herramientas se podrá analizar si una determinada sentencia constituye una buena jurisprudencia, superando el método exegético y prácticas no acordes a nuestro modelo. Los Acuerdos Plenarios y otras resoluciones judiciales que se comentan tienen la virtud de presentar conceptos procesales, que adecuadamente aplicados servirán para orientar buenas prácticas procesales, en la coyuntura de la reforma procesal penal.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL TRANSITORIA

SENTENCIA DE CASACIÓN N.° 564-2016/LORETO

PONENTE: JOSÉ LUIS LECAROS CORNEJO

Fundado el recurso de casación

Sumilla. Se establece como doctrina jurisprudencial el fundamento cinco de la presente Sentencia, respecto a la medida de detención preventiva.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, doce de noviembre de dos mil dieciocho

VISTO: en audiencia pública, el recurso de casación concedido por infracción de doctrina jurisprudencial interpuesto por el fiscal adjunto superior de la Tercera Fiscalía Superior Penal, del Distrito Fiscal de Loreto, contra el auto de vista del veintiuno de marzo de dos mil dieciséis (foja dos), por el que declararon: a) Fundado el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica de Wagner Nolberto Núñez Álvarez. b) Revocaron la resolución número dos, del cinco de marzo de dos mil dieciséis, que declaró fundado el requerimiento de prisión preventiva; y, reformándolo, declararon infundado el requerimiento de prisión preventiva formulada por el Ministerio Público contra Wagner Nolberto Núñez Álvarez, por la presunta comisión

del delito contra la salud pública-tráfico ilícito de drogas, en agravio del Estado. c) Dispusieron la medida cautelar personal de comparecencia restringida, bajo las siguientes reglas de conducta: i) Obligación de no ausentarse de la localidad en que reside, sin previa autorización de la autoridad judicial. ii) No concurrir a lugares de expendio de bebidas alcohólicas o drogas. iii) Dar cuenta de sus actividades personales cada quince días al Juzgado de Investigación Preparatoria. iv) Depositar una caución económica a nombre del Juzgado de Investigación Preparatoria, equivalente a la suma de mil soles, en el plazo de veinte días, una vez se haga efectiva la libertad. Restricciones que deberán ser cumplidas bajo apercibimiento de que en caso incumpla alguna de ellas será revocada su libertad, previo requerimiento de su propósito. Ordenaron la inmediata libertad del encausado, siempre y cuando no exista otro mandato de detención emanado de autoridad competente distinto al de este proceso.

Intervino como ponente el señor juez supremo Lecaros Cornejo.

FUNDAMENTOS DE HECHO

Primero. El representante del Ministerio Público presentó requerimiento de prisión preventiva (foja dos), por el que solicitó se dicte mandato de prisión preventiva por el plazo de dieciocho meses contra Wagner Nolberto Núñez Álvarez, como autor de la comisión del delito contra la salud pública-tráfico ilícito de drogas-figura agravada, previsto y sancionado por el primer párrafo del Código Penal, concordante con el inciso 7, del artículo 297, del mismo cuerpo de leyes, en agravio del Estado.

Segundo. Por Resolución N.° 02, del cinco de marzo de dos mil dieciséis, emitida por el Juzgado Mixto de la Provincia de Requena con funciones en Juzgado Penal Unipersonal y Juzgado Penal Liquidador de la provincia de Requena (foja cincuenta y dos), se declaró fundado el requerimiento de prisión preventiva formulado por el Ministerio Público contra Wagner Nolberto Núñez Álvarez, por la presunta comisión del delito contra la Salud Pública-Tráfico Ilícito de Drogas, en la modalidad

de actos de tráfico en su forma agravada, en perjuicio del Estado, por el plazo razonable de dieciocho meses, el mismo que se computará desde el día que el imputado fue detenido. Fijó en dieciocho meses el plazo de duración de la prisión preventiva para el mencionado imputado por ser un proceso complejo, por lo que dicha medida coercitiva se computará desde el diecinueve de febrero de dos mil dieciséis (fecha de la detención y vencerá el dieciocho de agosto de dos mil diecisiete, fecha en que será puesto en libertad, salvo orden judicial en contrario emanada de autoridad judicial competente). Dispuso el internamiento en cárcel pública del imputado Wagner Nolberto Núñez Álvarez.

Al no estar conforme con lo resuelto, el encausado presentó recurso de apelación, conforme se verifica en el escrito de foja setenta y tres, concedido por auto del diez de marzo de dos mil dieciséis (foja ochenta y dos).

Tercero. Por Resolución N.° 06, dictada en sesión de audiencia, del veintiuno de marzo de dos mil dieciséis, emitida por la Sala Penal de Apelaciones de Loreto, de la Corte Superior de Justicia de Loreto (foja dos), del cuadernillo, declararon:

3.1. Fundado el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica de Wagner Nolberto Núñez Álvarez.

3.2. Revocaron la resolución número dos, del cinco de marzo de dos mil dieciséis, que declaró fundado el requerimiento de prisión preventiva; y, reformándola, declararon infundado el requerimiento de prisión preventiva formulada por el Ministerio Público contra Wagner Nolberto Núñez Álvarez, por la presunta comisión del delito contra la salud pública-tráfico ilícito de drogas.

3.3. Dispusieron la medida cautelar personal de comparecencia restringida, bajo las siguientes reglas de conducta: **i)** Obligación de no ausentarse de la localidad en que reside, sin previa autorización de la autoridad judicial. **ii)** No concurrir a lugares de expendio de bebidas alcohólicas o drogas. **iii)** Dar cuenta de sus actividades personales cada quince días al Juzgado de Investigación Preparatoria. **iv)** Depositar una caución económica a nombre del Juzgado

de Investigación Preparatoria, equivalente a la suma de mil soles, en el plazo de veinte días, una vez se haga efectiva la libertad. Restricciones que deberán ser cumplidas bajo apercibimiento de que en caso incumpla alguna de ellas será revocada su libertad, previo requerimiento de su propósito. Ordenaron la inmediata libertad del encausado, siempre y cuando no exista otro mandato emanado de autoridad competente distinto al de este proceso.

Cuarto. Ante lo expuesto, el fiscal adjunto superior de la Tercera Fiscalía Superior Penal, del Distrito Fiscal de Loreto, interpuso recurso de casación, conforme se desprende del escrito de foja seis, el mismo que fue concedido por auto del dieciocho de mayo de dos mil dieciséis, emitido por la Sala Penal de Apelaciones de Loreto-Nuevo Código Procesal Penal, de la Corte Superior de Justicia de Loreto (foja catorce del cuadernillo). Dicho Colegiado Superior consideró que el representante del Ministerio Público, en su recurso impugnatorio, sustenta su pretensión en el presupuesto excepcional previsto en el artículo 427, numeral 4, del Código Procesal Penal, y la causal que subyace de los agravios pertinentes sería que el auto ha sido expedido con falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor, causal que se encuentra prevista en el artículo 429, numeral 4, de la citada norma procesal penal. El recurso presentado, se encuentra dentro de los diez días que establece el artículo 414, numeral 1, literal a, del Código Procesal Penal, que a su vez cumple con los requisitos establecidos en los artículos 405, 427 (numeral 4), 429 (inciso 4) y 430 del citado Código Adjetivo. Se ha invocado como motivo casacional que los fundamentos invocados por la Sala Superior no satisfacen la exigencia de debida motivación de las resoluciones judiciales para haberse revocado el auto estimatorio de prisión preventiva.

Quinto. Posteriormente, elevada la causa a este Supremo Tribunal y cumplido el trámite de correr traslado a las partes procesales por el término de ley, la Primera Sala Penal Transitoria, de la Corte Suprema de Justicia de la República, emitió la Ejecutoria Suprema del veintiuno de abril de dos mil diecisiete (foja veintiséis del cuadernillo); por la que declararon bien concedido el recurso de casación por infracción de doctri-

na jurisprudencial interpuesto por el fiscal adjunto superior de Loreto, contra el auto de vista del veintiuno de marzo de dos mil dieciséis, que revocó el auto de primera instancia del cinco de marzo de dos mil dieciséis y dictó mandato de comparecencia restringida al encausado Wagner Nolberto Núñez Álvarez; en el proceso seguido en contra de este último, por el delito de tráfico ilícito de drogas, en perjuicio del Estado.

Sexto. Instruido el expediente en Secretaría, por decreto de foja ciento cinco del cuadernillo, se señaló la audiencia de casación para el jueves veinticinco de octubre de dos mil dieciocho, a las nueve horas. La misma que se realizó con la concurrencia de las partes procesales, por lo que corresponde expedir sentencia.

Sétimo. Deliberada la causa en secreto y votada el mismo día, este Tribunal Supremo acordó pronunciar la presente sentencia de casación en los términos que se detallarán. Se señaló para su lectura el día de la fecha de la presente resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El fiscal adjunto superior, de la Tercera Fiscalía Superior Penal del Distrito Fiscal de Loreto, en su recurso formalizado (foja seis del cuadernillo) sostiene que interpone el presente recurso de casación en virtud de lo establecido en el artículo 429, inciso 4, del Código Procesal Penal (desarrollo de doctrina jurisprudencial).

Refiere que no se tuvieron en cuenta los hechos. El diecinueve de febrero de dos mil dieciséis, personal de la Depandro halló en el Hotel Municipal del distrito de Yaquerana, provincia de Requena, aproximadamente cuarenta kilogramos de alcaloide de cocaína. Dicho hotel se encontraba administrado por el secretario general de dicho Municipio, el imputado Wagner Nolbelto Núñez Álvarez. A partir de dicha intervención el citado imputado señaló que había más droga camuflada en los almacenes de la Municipalidad, donde se encontraron setenta y uno kilogramos, aproximadamente, de cocaína camuflada en el interior de trozos de madera.

Iniciada la investigación se determinó preliminarmente que el origen de la madera, dentro de la cual había droga, fue adjudicada por la Sunat y pertenecía a la empresa A y B Amazon E. I. R. L., la misma que por gestión de Esteban Ariel Montes Dávila ejerció los mecanismos legales para la devolución de los bienes incautados, llegando el trámite a instancia del Tribunal Fiscal, el mismo que ratificó la adjudicación efectuada a favor de la Municipalidad de Yaquerama. Una vez adjudicada la madera, personal de la Municipalidad, con conocimiento del alcalde, inició el proceso de transformación de dicha madera, encontrándose de manera sorpresiva con droga; sin embargo, lejos de dar cuenta a las autoridades, el alcalde Humberto Arriaga del Águila habría ordenado a Eduar Orbe Vásquez, Joel Mananita y Agustín Alva Taricunarima botar la sustancia al río; sin embargo, estos terminaron llevándola al Hotel Municipal, a la habitación del imputado en donde finalmente fue encontrada.

La Sala Superior no tuvo en cuenta que existen los siguientes elementos de convicción: i) Los hechos vinculan al encausado como partícipe del delito instruido. ii) La droga se encontró en su habitación. iii) Era administrador del hotel. iv) Como secretario general del Municipio es el encargado del Hotel Municipal, lo cual se corrobora con el oficio de alcaldía. v) Sindica a Agustín Alva Taricuarima como la persona que pudo poner en el hotel la droga; lo cual coincide con lo señalado por el alcalde, de que esta persona fue a quien le ordenó deshacerse de la droga (sabe quiénes han dejado la droga). vi) Sabía con precisión dónde había más droga. vii) La versión de desconocer de la existencia de la droga es inverosímil, pues eso implicaría que quien tenía el encargo de llevarse la droga no tendría mejor escondite que la habitación de este.

Dicho Colegiado Superior ha incurrido en error, pues ha desestimado la medida cautelar personal sobre la base que la investigación es incipiente (que no se realizaron mayores actos de investigación a la empresa A y B Amazon E. I. R. L., que en su momento reclamó la devolución de las tablas de madera a la Sunat); criterio que en nada debe determinar la procedencia de una medida coercitiva de libertad; pues estos deben

obedecer a los parámetros establecidos en el artículo 268 del Código Procesal Penal.

Se ha apartado de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema, esto es de la Sentencia Casatoria N.° 626-2013-Moquegua, del veintisiete de febrero de dos mil dieciséis, que establece:

> Para la adopción de la prisión preventiva no se exige que se tenga la certeza sobre la imputación, solo que exista un alto grado de probabilidad de la ocurrencia de los hechos, mayor al que tendría para formalizar la investigación preparatoria valiéndose de toda información oralizada y acopiada hasta ese momento (primeros recaudos) [...]. Sobre los actos de investigación se debe realizar un examen de suficiencia similar al que se hace en la etapa intermedia del nueve proceso penal, se debe evaluar individualmente y en conjunto, extrayendo su fiabilidad y aporte a efectos de concluir si es que la probabilidad sobre el hecho es positiva.

En la resolución impugnada se obvia esta valoración y el procedimiento, para señalar únicamente una omisión del fiscal referida a la inclusión de Esteban Ariel Montes Dávila. Se debió valorar su propio ámbito individual y su contexto.

Es evidente que, en función al principio acusatorio, es el Ministerio Público el que plantea la acción penal, conforme con su criterio y estrategia, no pudiendo los órganos del Poder Judicial condicionar la aceptación de los actos que postula a la inclusión o exclusión de actores procesales. No se debió arribar a la conclusión de que no existiría vinculación entre el encausado Wagner Nolberto Núñez Álvarez y la citada empresa, pues fue un hecho fortuito, ya que la Sunat adjudicó la madera en cuestión, la misma que fue reclamada por la empresa y pudo ser adjudicada a otro municipio.

Este proceder colisiona con lo establecido en el Tribunal Constitucional, en la Sentencia N.° 728-2008-TC, el cual establece:

> El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero ca-

pricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso. Sin embargo, no todo ni cualquier error en el que eventualmente incurra una resolución judicial constituye automáticamente la violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales.

Desarrollo de la doctrina jurisprudencial: en la formalización de investigación preparatoria solo se ha comprendido en la presente investigación al encausado Wagner Nolberto Núñez Álvarez, y se le imputó la conducta ilícita prevista en el artículo 297, inciso 7, del Código Penal. Los hechos plasmados permitirían comprender a otras personas, como al representante de la empresa, el alcalde y otros funcionarios de la Municipalidad de Yaquerana. Y, de ser el caso, si se acoge la tesis de que el alcalde ordenó la destrucción de la droga, se imputaría el delito de encubrimiento real.

No se valoró que existen aspectos que tienen suficiente contundencia y los hechos que se pretende investigar tienen autonomía.

La omisión del fiscal respecto a la persecución de otros imputados no debe suponer la desestimación del caso, si de su individual evaluación y su contexto se puede apreciar una imputación seria.

Impedir la impunidad, la búsqueda de la justicia por parte de la sociedad y la persecución del delito de tráfico ilícito de drogas que tiene relevancia constitucional, son derechos colectivos que se ponderan como más valiosos por encima del derecho a la libertad del individuo.

Por ello, resulta necesario el desarrollo de doctrina jurisprudencial, en el aspecto de los deberes de motivación de las resoluciones judiciales ejerciendo interpretaciones en favor de la investigación y de las medidas que se ajustan a sus antecedentes.

Por tanto, debe declararse nula la resolución impugnada.

Segundo. Por Ejecutoria Suprema del veintiuno de abril de dos mil diecisiete, emitida por la Primera Sala Penal Transitoria, de la Corte Suprema de Justicia de la República (conformada por los magistrados:

San Martín Castro, Prado Saldarriaga, Salas Arenas, Barrios Alvarado y Príncipe Trujillo; foja veintiséis del cuadernillo).

Declararon bien concedido el recurso de casación por infracción de doctrina jurisprudencial interpuesto por el fiscal adjunto superior de Loreto contra el auto de vista del veintiuno de marzo de dos mil dieciséis, que revocó el auto de primera instancia del cinco de marzo de dos mil dieciséis y dictó mandato de comparecencia restringida al encausado Wagner Nolberto Núñez Álvarez; en el proceso seguido en contra de este último por el delito de tráfico ilícito de drogas, en agravio del Estado.

El Tribunal Supremo consideró que:

> El presente caso se trata del decomiso efectivo de un total de ciento cinco kilos de pasta básica de cocaína, que es parte de una investigación compleja de la Policía que, en este ámbito, dio como resultado el hallazgo. Es menester ingresar a conocer sobre el fondo del asunto, atentos a los fundamentos de desestimación del Tribunal Superior, que incide de modo relevante en el contexto de la investigación fiscal y no en el reconocido hallazgo de droga.
>
> Sobre el punto, existe una sentencia vinculante de este Supremo Tribunal y corresponde determinar su exacto alcance y si, como se denuncia, no se cumplió con sus términos, tanto más si cabe precisar lo que debe entenderse por el FUMUS COMISSI DELICTI, en relación con la magnitud del caso y las valoraciones previas de la Fiscalía en orden a la inclusión o no de otras personas en la investigación penal.

Tercero. El recurso de casación, por su naturaleza extraordinaria, tiene como fin el resguardo del principio de igualdad ante la ley, a efectos de asegurar la interpretación unitaria de la ley penal o procesal penal; en concordancia sistemática con el ordenamiento jurídico.

Cuarto. La Sala Penal de Apelaciones de Loreto, de la Corte Superior de Justicia de Loreto, al emitir la Resolución N.° 06, del veintiuno de marzo de dos mil dieciséis (foja dos), del cuadernillo, al declarar infundado el requerimiento de prisión preventiva formulado por el Ministerio Público contra Wagner Nolberto Núñez Álvarez, por la presunta comisión

del delito contra la salud pública-tráfico ilícito de drogas; consideró lo siguiente:

> Sobre graves y fundados elementos tuvo en cuenta que se vincula al imputado como autor o partícipe del mismo. Del acta de incautación se describe el lugar y forma en que se halló ciento seis kilos de pasta básica de cocaína en la habitación de este. El encausado aceptó que se halló en su habitación dicha droga que presentaba muestras de aserrín, los mismos que habían sido trasladados desde el almacén por Agustín Alva Taricuarima. Consideró la declaración del suboficial que participó en dicha operación, la declaración de Humberto Arriaga del Águila (alcalde de la Municipalidad de Yaquerana) quien en el interrogatorio proporcionó información valiosa que los llevó a concluir que están ante una investigación incipiente, en principio porque precisa el origen de la madera, que esta fue donada por la Sunat, hace entrega de las actas de adjudicación que la Sunat hiciera entrega de dicha mercadería; que esta fue encontrada por el encargado del Vaso de Leche Eduar Orbe Vásquez, a quien le ordenó que arrojara la droga encontrada. Señaló que el encargado del almacén es Mateo Vílchez Peben, y entre los que sabían y conocían la existencia de la droga, no sindicó en ningún momento al encausado, sino reitera que fue Orbe Vásquez, Vilchez Peben y Alva Taricuarima; sin embargo, de ellos no se ha obtenido ninguna declaración, menos se ha revisado el acta de adjudicación de parte de la Sunat, que obran en autos, en la carpeta fiscal y da cuenta del origen de dicha mercadería ilícita, que fuera incautada en mayo de dos mil catorce y fuera reclamada por sus propietarios hasta llegar al Tribunal Fiscal y una vez agotado todo ese trámite fue adjudicado a la Municipalidad de Yaquerana.
>
> Reitera que la investigación es incipiente, el fiscal no ha enfocado su estrategia de investigación, mirando desde sus inicios cómo y dónde se origina el hallazgo de la droga, pues cuenta con los nombres completos de las empresas que transportaron la mercadería ilícita que fuera incautada. Lo que hace prever que los fundados y graves elementos no son tales que puedan sostener el requerimiento de prisión preventiva, ya que solo responsabilizar al encausado Núñez Álvarez por la sola posesión de la droga en su habitación, sería simplemente hacer una imputación objetiva y ello está proscrito por Ley.

Carece de objeto que se efectúe el análisis de la sanción a imponerse, peligro de fuga u obstaculización, más aún que el fiscal no ha enfocado aún en forma adecuada su investigación respecto a los implicados.

Quinto. Este Tribunal Supremo, después de revisados los actuados del presente incidente, advierte que, efectivamente, el Colegiado Superior, al efectuar el análisis correspondiente de los presupuestos materiales para dictar mandato de prisión preventiva no cumplió con los términos expresados en la sentencia Casatoria N.° 626-2013/Moquegua, del veintisiete de febrero de dos mil dieciséis, el cual establece que para la prisión preventiva solo se requiere un alto grado de probabilidad de la comisión del delito, para cuyo efecto deben examinarse los actos de investigación de manera individual y en conjunto. La apariencia de delito es un presupuesto de la prisión preventiva, cuyo alcance es definido no solo desde una perspectiva sustantiva (que el hecho imputado esté regulado en la normativa penal y que sea subsumible en ella según criterios objetivos y subjetivos), sino también procesal (la existencia de fundados y graves elementos de convicción que permitan sostener la alta probabilidad de su comisión). En esa medida, la evaluación del hecho debe realizarse conforme con los criterios propios de la teoría de la imputación objetiva y subjetiva, en cuanto al análisis de la probable realización del injusto penal. En el presente caso, de acuerdo con los elementos de convicción presentados por la Fiscalía se advierte la necesidad de que otro Colegiado evalúe si aquellos demuestran la realización, en grado de alta probabilidad, del riesgo prohibido regulado en el artículo 297 del Código Penal. La Sala Superior, al emitir la resolución venida en grado, no realizó una adecuada fundamentación de su decisión, que permita enfocar principalmente la relevancia jurídico penal del comportamiento del encausado, cuya conducta de apoderarse de la droga encontrada en la madera donada por la Sunat, es independiente de lo que desarrollaron los originales propietarios de la droga. La nueva resolución a dictarse por otro Colegiado deberá tener en cuenta, entre otras cosas, conforme con el derecho de defensa, la versión que pueda dar el encausado en conjunto con los otros elementos de cargo. De esta manera, el juzgador podrá decidir, con suficiencia, que existe el merecimiento y la necesidad de privar cautelarmente la libertad de una

persona. Debiendo ser esto último una excepción, pues la regla es que todo ciudadano enfrente al proceso con comparecencia.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon: **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el fiscal adjunto superior de la Tercera Fiscalía Superior Penal, del Distrito Fiscal de Loreto (foja seis), por motivo de apartamiento de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema y por el Tribunal Constitucional y desarrollo de doctrina jurisprudencial, contra la resolución seis, dictada en sesión de audiencia, del veintiuno de marzo de dos mil dieciséis (foja dos), por la que declararon fundado el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica de Wagner Nolberto Núñez Álvarez. Revocaron la resolución número dos, del cinco de marzo de dos mil dieciséis, que declaró fundado el requerimiento de prisión preventiva; y, reformándola, declararon infundado el requerimiento de prisión preventiva formulado por el Ministerio Público contra Wagner Nolberto Núñez Álvarez, por la presunta comisión del delito contra la salud pública-tráfico ilícito de drogas. Dispusieron la medida cautelar personal de comparecencia restringida, bajo las siguientes reglas de conducta: i) Obligación de no ausentarse de la localidad en que reside, sin previa autorización de la autoridad judicial. ii) No concurrir a lugares de expendio de bebidas alcohólicas o drogas. iii) Dar cuenta de sus actividades personales cada quince días al Juzgado de Investigación Preparatoria. iv) Depositar una caución económica a nombre del Juzgado de Investigación Preparatoria equivalente a la suma de mil soles, en el plazo de veinte días, una vez se haga efectiva la libertad. Restricciones que deberán ser cumplidas bajo apercibimiento de ser revocada su libertad en caso incumpla alguna de ellas, previo requerimiento de su propósito. Ordenaron la inmediata libertad del encausado, siempre y cuando no exista otro mandato emanado de autoridad competente distinto al de este proceso; en consecuencia, **NULA** la resolución seis dictada en sesión de audiencia del veintiuno de marzo de dos mil dieciséis (foja dos del cuadernillo) del presente incidente, que declaró infundado el requerimiento de prisión preventiva formu-

lado por el Ministerio Público contra Wagner Nolberto Núñez Álvarez, por la presunta comisión del delito contra la salud pública-tráfico ilícito de drogas. **ORDENARON** que otro Colegiado cumpla con dictar nueva resolución previa audiencia con las garantías de ley, conforme con la parte considerativa. **DISPUSIERON** que la presente sentencia sea leída en audiencia pública por intermedio de la Secretaría de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes. **ESTABLECER** como doctrina jurisprudencial el sentido del fundamento de derecho quinto, de la presente Ejecutoria Suprema. **ORDENAR** se transcriba la presente Ejecutoria a las Cortes Superiores de Justicia del Perú, para su conocimiento y fines, y se publique en el diario oficial *El Peruano*. **MANDARON** que cumplidos estos trámites se devuelvan los autos al órgano jurisdiccional de origen y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

S. S.

LECAROS CORNEJO

FIGUEROA NAVARRO

QUINTANILLA CHACÓN

CASTAÑEDA ESPINOZA

PACHECO HUANCAS

JLLC/RMCZ

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

SENTENCIA DE CASACIÓN N° 247-2018/ANCASH

PONENTE: CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO

Imputación clara y precisa – Contenido de las sentencias

Sumilla. 1. El apartado fáctico de la acusación fiscal, debe ser completo –incluir todos los elementos fácticos que integran el tipo delictivo y las circunstancias que influyen sobre la responsabilidad del causado– y específico –debe permitir conocer cuáles son las acciones que se consideran delictivas– pero no exhaustivo. Así, no se requiere un relato minucioso y detallado, o pormenorizado, ni la incorporación ineludible al texto del escrito de elementos fácticos que obren en las diligencias de investigación, y a los que la acusación se refiere con suficiente claridad. **2.** El principio de preclusividad exige que cada acto o actividad procesal se realice dentro de la fase o período que tenga asignado, está dirigido a ordenar las actuaciones que se producen en el proceso y veda considerar cuestiones suscitadas fuera del momento y cause procesal

oportunos. **3.** Las sentencias que prevé el Código Procesal Penal son las de fondo, que agotan el objeto procesal. No se admiten sentencias procesales que clausuren el proceso o la instancia tras el juicio oral. Ello solo corresponderá en sede superior o suprema, mediante los respectivos recursos, y tendrá efectos meramente anulatorios y de retroacción de actuaciones, salvo, claro está, cuando se trate de supuestos de extinción de la acción penal (artículo 78 del Código Penal), en que el archivo del proceso es inevitable y declarable de oficio incluso por el juez de primera instancia.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, quince de noviembre de dos mil dieciocho

VISTOS; en audiencia pública: el recurso de casación por quebrantamiento de precepto procesal y violación de la garantía de motivación interpuesto por el apoderado común de la actora civil, COMUNIDAD CAMPESINA DE CHOQUE, contra la sentencia de vista de fojas ciento sesenta y seis, de catorce de diciembre de dos mil diecisiete, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas noventa y cuatro, de veintitrés de junio de dos mil diecisiete, absolvió a Pablo Jaime Rojas Rocca, Abednego Antonio Flores Ventocilla, Carlos Jara Pérez, Shayla Eda Rocca Maldonado y Emilio Román Argandoña Gloria de la acusación fiscal formulada contra ellos por delitos de estafa y falsedad genérica en agravio de la Comunidad Campesina de Choque; con lo demás que al respecto contiene.

Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que la señora Fiscal Provincial Penal Corporativa de Ocros – Ancash a fojas cuarenta y cinco formuló acusación contra Pablo Jaime

Rojas Rocca, en calidad de autor, y Abednego Antonio Flores Ventocilla, Carlos Jara Pérez, Shayla Eda Rocca Maldonado y Emilio Román Argandoña Gloria, en calidad de cómplices, por los delitos de estafa y de falsedad genérica en agravio de la Comunidad Campesina de Choque.

El Juzgado de Investigación Preparatoria de la Provincia de Ocros mediante auto de fojas noventa y cuatro del cuadernillo, de seis de marzo de dos mil diecisiete, declaró tanto infundado el sobreseimiento solicitado por los imputados Pablo Jaime Rojas Rocca, Abednego Antonio Flores Ventocilla, Carlos Jara Pérez, Shayla Eda Rocca Maldonado y Emilio Román Argandoña Gloria por la presunta comisión de los delitos de falsedad genérica y estafa en agravio de la Comunidad Campesina de Choque, como la procedencia del juicio oral.

El Juzgado Penal Unipersonal de Ocros, tras el juicio oral, público y contradictorio, con fecha veintitrés de junio de dos mil diecisiete, dictó la respectiva sentencia obrante de fojas noventa y cuatro, por la que absolvió de la acusación fiscal a Pablo Jaime Rojas Rocca, Abednego Antonio Flores Ventocilla, Carlos Jara Pérez, Shayla Eda Rocca Maldonado y Emilio Román Argandoña Gloria por los delitos de falsedad genérica y de estafa en agravio de la Comunidad Campesina de Choque.

SEGUNDO. Que la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Ancash emitió la sentencia de vista de fojas ciento sesenta y seis, de catorce de diciembre de dos mil diecisiete. Ésta confirmó la sentencia de primera instancia de fojas noventa y cuatro, de veintitrés de junio de dos mil diecisiete.

Contra la referida sentencia de vista el apoderado común de la actora civil interpuso recurso de casación.

TERCERO. Que los hechos objeto de imputación son los siguientes:

A. El encausado Pablo Jaime Rojas Rocca, en su condición de presidente de la Comunidad Campesina de Choque, fue encomendado por la Asamblea Comunal para formar un Comité de Negociaciones y conducir las mismas con las empresas mineras que se encontraban haciendo trabajos concesionados en la Comunidad en el proyecto "María José".

B. El aludido Comité, presidido por el citado encausado e integrado por los demás imputados (Abednego Antonio Flores Ventocilla, Carlos Jara Pérez, Shayla Eda Rocca Maldonado y Emilio Román Argandoña Gloria), después de cuatro meses de negociaciones, con fecha veintiocho de junio de dos mil quince presentó a la Asamblea General Extraordinaria de la Comunidad a la Empresa Minera Pomatarea Sociedad de Responsabilidad Limitada. Esta empresa para ese entonces no tenía concesión como titular acreditada ante la Comunidad, pese a lo cual y a sabiendas de que dicha empresa no tenía titularidad alguna, los imputados Rojas Rocca, Flores Ventocilla, Jara Pérez, Rocca Maldonado y Argandoña Gloria hicieron todo lo posible para inducir a error, mantener en engaño a los miembros de la Comunidad Campesina de Choque y perjudicar a esta última. Con este propósito presentaron a los comuneros de Choque un proyecto de contrato a favor de la referida persona jurídica, Empresa Minera Pomatarea Sociedad de Responsabilidad Limitada, por el que se arrendaba para uso minero los terrenos comunales. Los encausados, en efecto, bajo ardid y engaño, lograron que se apruebe el proyecto de contrato a favor de la mencionada empresa.

C. Posteriormente, los mismos imputados convocaron a una Asamblea General Extraordinaria, el día nueve de agosto de dos mil quince, con la finalidad de insistir en la autorización para la celebración del contrato con la Empresa Minera Pomatarea Sociedad de Responsabilidad Limitada. En la mencionada asamblea se acordó suscribir los respectivos contratos, y por amplia mayoría se estableció que la Presidencia o la Junta Directiva formule los acuerdos con las empresas mineras en el límite de sus concesiones, a fin de que la Comunidad tenga mayores beneficios.

D. Los cinco acusados, entonces, convocaron a la Empresa Minera Castor Sociedad Anónima Cerrada, que poseía las concesiones del proyecto minero "María José", para suscribir y firmar la minuta ordenada por la asamblea realizada el día nueve de agosto de dos mil quince, en acto público y en presencia del Juez de Paz,

del Fiscal de la Comunidad y de los Tenientes Gobernadores de Choque y Churlín, así como de un representante del Ministerio de Energía y Minas; hecho que se concretó con la firma del convenio de usufructo y servidumbre a favor de la Empresa Minera Castor Sociedad Anónima Cerrada de fecha dieciocho de agosto de dos mil quince.

E. Con posterioridad, los nombrados acusados, en la Asamblea General Extraordinaria de fecha treinta de agosto de dos mil quince, a pesar de que ya se había suscrito un contrato en acto público con la indicada empresa minera, sustentaron otra propuesta económica que favorecía a la Empresa Minera Pomatarea Sociedad de Responsabilidad Limitada, bajo el argumento de que era favorable para la Comunidad agraviada.

F. Los acusados en una nueva Asamblea General Extraordinaria del veintisiete de septiembre de dos mil quince fijaron como agenda un remate de los terrenos de la comunidad a cambio de un convenio de usufructo por regalías mineras, pese a que ya existía un contrato de usufructo. Los acusados, en su función de Concejo Directivo, aparecieron en esta asamblea acompañados de dos abogados del Estudio "Osterling" e indujeron en error a la masa comunal en el sentido de que había una mejor propuesta de la Empresa Minera Pomatarea Sociedad de Responsabilidad Limitada. La realización de la asamblea fue un acto simulado, una mera formalidad, ya que se tenía listo el contrato señalado. La asamblea no se llevó a cabo en la comunidad de Choque, sino en el Anexo de Churlin; además, hicieron firmar el acta a muchos comuneros que no aparecieron en esa asamblea y numerosos comuneros presentes no firmaron el acta; de igual manera, se firmaron dos actas, una en blanco y otra a computadora, alterando la verdad y engañando a los comuneros.

G. Acto seguido los acusados fueron a diferentes domicilios para hacer firmar el acta a los comuneros argumentando falsamente que había un conflicto judicial con la Comunidad de Ocros sobre usurpación de terrenos y que necesitaban esa firma para poder presentar una acción judicial contra la mencionada comunidad.

En verdad se hizo firmar el acta de fecha veintisiete de septiembre de dos mil quince para favorecer a la Empresa Minera Pomatarea Sociedad de Responsabilidad Limitada. El acta se fraguó –no fue real, muchos comuneros no sabían de lo ocurrido e incluso algunos se retiraron sin firmarla.

H. Esta última acta fue presentada por los acusados, en el instrumento público notarial número mil trescientos cinco realizado en la Notaría Magan de Chimbote, para ser inscrita en los Registros Públicos. El indicado acto registral, empero, fue tachado y observado por tratarse de actas no reales y que no reflejaban la realidad de lo sucedido.

CUARTO. Que el apoderado común de la actora civil en su recurso de casación de fojas ciento ochenta y nueve, de veintiocho de diciembre de dos mil diecisiete, invocó como motivos de casación: quebrantamiento de precepto procesal y violación de la garantía de motivación, en los términos del artículo 429, incisos 2 y 4, del Código Procesal Penal.

QUINTO. Que cumplido el trámite de traslados a las partes recurridas, este Tribunal de Casación, por Ejecutoria Suprema de fojas doscientos sesenta y nueve, de uno de junio de dos mil dieciocho, del cuadernillo formado en esta sede suprema, declaró bien concedido el citado recurso, por las causales de quebrantamiento de precepto procesal y violación de la garantía de motivación. El apoderado común de la actora civil alegó que se contravino el artículo 398 del Código Procesal Penal, que regula los supuestos que permiten una sentencia absolutoria, así como la defectuosa motivación de la sentencia de vista al justificar la absolución en función al principio de imputación necesaria, no previsto para dictar sentencia absolutoria. Como interés casacional excepcional estimó que el artículo 398 del Código Procesal Penal es el que fija los supuestos para una absolución, en cuyo ámbito no se encuentra la presunta vulneración del principio de imputación suficiente. Agregó que, en el caso de autos, no se tomó en cuenta los elementos de prueba para dictar sentencia sobre la realidad del hecho objeto del proceso penal, y que solo se realizó un análisis del aspecto formal del juicio de imputación.

SEXTO. Que instruido el expediente en Secretaría y señalada fecha para la audiencia de casación el día ocho de noviembre del presente año, ésta se realizó con la concurrencia del apoderado común de la parte recurrente, Doctor Francisco Álvarez Dávila, y del señor Fiscal Adjunto Supremo en lo Penal, Doctor Alcides Mario Chinchay Castillo, cuyo desarrollo consta en el acta correspondiente.

SÉPTIMO. Que cerrado el debate, deliberada la causa en secreto ese mismo día, de inmediato y sin interrupción, y producida la votación respectiva, se acordó por unanimidad pronunciar la correspondiente sentencia de casación en los términos que a continuación se consignan. Se programó para la audiencia de lectura de la sentencia el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Que el examen casacional, en el presente caso, exige, primero, determinar los alcances del artículo 349, apartado 1, literal b), del Código Procesal Penal, y sus efectos en relación con la concordancia de los artículos 350, apartado 1, literal a), y 352, apartado 2, del citado Código; y, segundo, esclarecer el alcance del artículo 398, apartado 1, del Código Procesal Penal en orden al requisito interno de la sentencia referido a los motivos para absolver –si, entre ellos, puede encontrarse implícitamente el defecto de acusación referido a la relación precisa y clara de los hechos imputados a los encausados–.

SEGUNDO. Que el artículo 349, apartado 1, literal a), del Código Procesal Penal, estatuye lo siguiente: *"La acusación fiscal será debidamente motivada, y contendrá: [...]* b) *La relación clara y precisa del hecho que se atribuye al imputado, con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores. En caso de contener varios hechos independientes, la separación y el detalle de cada uno de ellos".*

Lo expuesto significa que la acusación ha de ser ***(i)*** expresa y en términos que no sean absolutamente vagos e indeterminados –debe relatarse el hecho tal y como lo vería un observador imparcial: descripción de las circunstancias de tiempo, lugar y modo, desde una perspectiva

concreta y según las posibilidades del caso–. Además, la acusación ha de ser ***(ii)*** precisa –determinada o específica, con niveles razonables de concreción– y clara –comprensible– respecto del hecho y del delito por el que se formula. La acusación fiscal debe formularse en términos que permitan al acusado saber a qué atenerse y diseñar su estrategia defensiva.

En esta misma perspectiva, ***(iii)*** cuando se trata de varios imputados, la acusación fiscal debe indicar, en cuanto sea posible, cuál fue el papel desempeñado por cada uno de ellos. Aunque, por lo demás, es de tener presente, como indica LLOBET RODRÍGUEZ, que con frecuencia ello no es posible y lo que procede únicamente es hacer referencia a la realización conjunta del hecho delictivo por ellos, lo que carece de un carácter esencial cuando se les atribuye los hechos a los imputados en carácter de coautores [*Código Procesal Comentado*, Sexta Edición, Editorial Jurídica Continental, San José, 2017, p. 471].

De igual manera, cabe puntualizar que el apartado fáctico de la acusación fiscal, si bien debe ser completo –incluir todos los elementos fáctico que integran el tipo delictivo y las circunstancias que influyen sobre la responsabilidad del causado– y específico –debe permitir conocer cuáles son las acciones que se consideran delictivas– pero no exhaustivo. Así, no se requiere un relato minucioso y detallado, o pormenorizado, ni la incorporación ineludible al texto del escrito de elementos fácticos que obren en las diligencias de investigación, y a los que la acusación se refiere con suficiente claridad (véase: Sentencia del Tribunal Supremo de España de fecha seis de abril de mil novecientos noventa y cinco).

TERCERO. Que la acusación fiscal de fojas cuarenta y cinco, del cuaderno de casación, presentada el quince de noviembre de dos mil dieciséis, en su Sección II, titulada "Descripción de hechos atribuidos, circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores...", hizo referencia a los hechos precedentes, concomitantes y posteriores, e indicó globalmente la intervención de los imputados –fijo las conductas en función a las lógicas de autoría y complicidad asignadas, más aun si las aunó en atención a la integración de los imputados a dos órganos comunales–; y, en la Sección IV, rotulada "Grado de Participación", describió no solo el

título de intervención delictiva, sino incorporó los hechos específicos, con una concreción razonable, que realizaron cada uno de los imputados, como aparece de los folios cincuenta y siete, sesenta, sesenta y tres, sesenta y seis, sesenta y nueve, y setenta y dos; incluso, indicó los medios de investigación que sustentaban los hechos acusados.

Existe, pues, una relación fáctica comprensible y una indicación de las conductas atribuidas a los imputados global y específicamente, con un nivel de detalle aceptable o plausible, de suerte que no cabe, bajo ningún concepto, sostener que los imputados sufrieron indefensión constitucionalmente relevante: situación de indefensión efectiva o real –que impide o limita indebidamente la defensa del derecho de un sujeto procesal, anulándolo o restringiéndolo irrazonablemente– debida a un vicio de procedimiento relevante y no imputable a quien la sufre. Una manifestación externa de este derecho, susceptible de enervarlo, es cuando la acusación no ha sido explícita ni efectiva, que en el sublite, por lo demás, está plenamente descartada (conforme: Sentencia del Tribunal Constitucional Español úmero 118/2001).

CUARTO. Que es de resaltar que el momento procesal para cuestionar un defecto formal de la acusación es la etapa intermedia, por lo que si no se observa tal situación en dicho procedimiento precluye la posibilidad de intentarlo cerrada esa fase procesal [véase, al respecto, los artículos 350, apartado 1, literal a), y 352, apartado 2, del Código Procesal Penal]. Una decisión ulterior, en dirección distinta, importaría una clara afectación al debido proceso, al principio de eficacia de la serie procedimental. El principio de preclusividad *"...exige que cada acto o actividad procesal se realice dentro de la fase o período que tenga asignado [... está] dirigido a ordenar las actuaciones que se producen en el proceso y [que] veda considerar cuestiones suscitadas fuera del momento y cause procesal oportunos..."* (Sentencia del Tribunal Supremo de España, Sala Primera, rec. número 1146/2000, de veintiocho de junio de dos mil diez).

Además, el defecto formal de la acusación se erige en un presupuesto o impedimento procesal, vinculado al objeto del proceso. Como tal, en todo caso, determina la nulidad de actuaciones y la retroacción de las mismas. Dice al respecto KLAUS VOLK: *"Una acusación eficaz es un*

presupuesto procesal. Una acusación es ineficaz solamente si fracasa su función de delimitación [...] sus defectos pueden ser subsanados por el órgano judicial a través de advertencias [...]. Los defectos procesales, en principio, no conducen a que el proceso deba terminar con un sobreseimiento [...]. Ellos son subsanables durante el proceso" [Curso fundamental de derecho procesal penal, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2016, pp. 214-215]. En esta perspectiva de subsanación, incluso, el órgano jurisdiccional no puede ser ajeno y está en la obligación de advertir los defectos y exigir su subsanación –es de tener presente que todo presupuesto o impedimento procesal es controlable de oficio–.

QUINTO. Que el Tribunal Superior ratificó la sentencia de primera instancia. Sostuvo que se afectó el denominado "principio de imputación necesaria". A partir de esta conclusion afirmó que las circunstancias introducidas por el fiscal no pueden ser admitidas para determinar la responsabilidad de los acusados. Incluso, apuntó que la valoración de la prueba fue correcta jurídicamente.

Ya se ha indicado que tal infracción no ha sucedido. Pero, además, es de rigor puntualizar si tal defecto determinaría una sentencia absolutoria. Cabe enfatizar, desde ya, como ya se anotó, que un defecto procedimental, se subsana; no puede estimarse que, por tal defecto, el Ministerio Público perdió la posibilidad de perseguir un delito (pérdida de la pretensión punitiva). Un impedimento procesal no está pensado como sanción.

El artículo 398 del Código Procesal Penal fija los motivos legales para dictar una sentencia absolutoria: ***(i)*** si el hecho imputado no existió; ***(ii)*** si el hecho declarado probado tras el juicio oral no constituye delito; ***(iii)*** si, probado el hecho punible, el imputado no lo cometió; ***(iv)*** si los medios de prueba son insuficientes para una condena o si subsiste la duda; y, ***(v)*** si se probó una causal de exención de responsabilidad penal. Se trata, como se puede apreciar, de razones de mérito o de fondo desde la apreciación de los medios de prueba y desde la relación o subsunción de los hechos establecidos con la ley penal material (interpretación y aplicación de la misma), que incluso pueden incorporar otros motivos pero siempre vinculados al Derecho penal material.

Las sentencias que prevé el Código Procesal Penal son las de fondo, que agotan el objeto procesal –sentencias absolutorias y sentencias

condenatorias (artículos 398 y 399 del Código Procesal Penal)–. No se admiten sentencias procesales que clausuren el proceso o la instancia tras el juicio oral. Ello solo corresponderá en sede superior o suprema, mediante los respectivos recursos, y tendrá efectos meramente anulatorios y de retroacción de actuaciones, salvo, claro está, cuando se trate de supuestos de extinción de la acción penal (artículo 78 del Código Penal), en que el archivo del proceso es inevitable y declarable de oficio incluso por el juez de primera instancia.

SEXTO. Que, por consiguiente, las sentencias de primera instancia y de segunda instancia, recaídas en esta causa, inobservaron los artículos 349, apartado 1, literal b); 350, apartado 1, literal a); 352, apartado 2; y, 398, apartado 1, todos del Código Procesal Penal. Se produjo, entonces, un quebrantamiento de preceptos procesales, que obliga a dictar una sentencia rescindente y reenviar el proceso a otros jueces para que se pronuncien sobre el fondo del asunto.

El motivo en cuestión debe prosperar.

SÉPTIMO. Que la actora civil también denunció un defecto constitucional de motivación –materia de examen en casación a través de la causal prevista en el inciso 4) del artículo 429 del Código Procesal Penal–. En efecto, la sentencia de primera instancia, ratificada por la segunda instancia, pese a que afirmó una vulneración del artículo 349, apartado 1, literal b), del Código Procesal Penal, realizó una valoración de los medios de prueba, en la que confundió falta de concreción del hecho imputado con los instrumentos procesales para acreditarlos o desestimarlos (medios de prueba). El examen que realizó es confuso e implicante o contradictorio, pues no se puede intercambiar en el análisis de mérito razones de fiabilidad y completitud de la prueba con impedimentos procesales. Además, se advierte que se realizó un análisis parcialmente individual de cada medio de prueba y que no se efectuó un examen ulterior de conjunto e integrado del material probatorio valorado, como exige el artículo 393, apartado 2), del Código Procesal Penal.

La motivación no supera el test de razonabilidad. Su insuficiencia y contradicción interna es evidente.

Este motivo casacional debe ampararse y así se declara.

DECISIÓN

Por estos motivos: **I.** Declararon **FUNDADO** el recurso de casación por quebrantamiento de precepto procesal y violación de la garantía de motivación interpuesto por el apoderado común de la actora civil, COMUNIDAD CAMPESINA DE CHOQUE, contra la sentencia de vista de fojas ciento sesenta y seis, de catorce de diciembre de dos mil diecisiete, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas noventa y cuatro, de veintitrés de junio de dos mil diecisiete, absolvió a Pablo Jaime Rojas Rocca, Abednego Antonio Flores Ventocilla, Carlos Jara Pérez, Shayla Eda Rocca Maldonado y Emilio Román Argandoña Gloria de la acusación fiscal formulada contra ellos por delitos de estafa y falsedad genérica en agravio de la Comunidad Campesina de Choque; con lo demás que al respecto contiene.

II. En consecuencia, **CASARON** la sentencia de vista y declararon **INSUBSISTENTE** la sentencia de primera instancia. **ORDENARON** se dicte nueva sentencia con arreglo a ley por otro Juzgado Penal y, en su día, intervenga otro Colegiado Superior. **III. DISPUSIERON** se remita la causa al Tribunal Superior de origen para su debido cumplimiento, y se publique la presente sentencia en la Página Web del Poder Judicial. Intervino el señor juez supremo Ramiro Bermejo Ríos por licencia del señor juez supremo Hugo Príncipe Trujillo. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

BARRIOS ALVARADO

SEQUEIROS VARGAS

CHAVEZ MELLA

BERMEJO RÍOS

CSM/Egot.

IMPUTACIÓN NECESARIA

Sumilla: La falta de imputación necesaria, no es un supuesto para amparar una excepción de improcedencia de acción. Se trata de un vicio procesal que debe subsanarse en la audiencia de control de la acusación fiscal, pero no convierte a la conducta imputada, en atípica. En consecuencia, se anula todo lo actuado y se ordena una nueva audiencia de control de la acusación fiscal.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, doce de setiembre de dos mil diecisiete.-

VISTOS; en audiencia privada, el recurso de casación interpuesto por el señor FISCAL SUPERIOR DE LA PRIMERA FISCALÍA SUPERIOR PENAL DE LIQUIDACIÓN - AREQUIPA, contra la sentencia de vista de fojas setenta y seis a ochenta y tres, de veintinueve de marzo de dos mil dieciséis, emitida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, que revoca la sentencia de primera instancia, en el extremo que declara al acusado Fernando Francisco Sosa Apaza, autor del delito de violación de la libertad sexual de menor de edad, y reformándola, lo absuelve del aludido delito, previsto en el artículo 173 numeral 2 del Código Penal, en agravio de la menor de iniciales K.P.S.

Interviene como ponente el señor Juez Supremo CÉSAR HINOSTROZA PARIACHI.

FUNDAMENTOS DE HECHO

ITINERARIO DEL PROCEDIMIENTO EN PRIMERA INSTANCIA

PRIMERO: El señor Fiscal Provincial de la Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Islay, emitió requerimiento acusatorio contra FERNANDO FRANCISCO SOSA APAZA como autor del delito contra la libertad, en la modalidad de Violación Sexual de menor de edad, en agravio de la menor identificada con las iniciales K.P.S., solicitando que se le imponga treinta años de pena privativa de libertad y tres mil soles por concepto de reparación civil, a favor de dicha agraviada.

SEGUNDO: Realizado el control de la acusación fiscal – fojas cincuenta y cuatro –, se emitió el auto de enjuiciamiento de fojas cincuenta y cinco. El inicio del juicio oral se produjo el ocho de setiembre de dos mil quince – fojas trece –. Las sesiones plenarias se extendieron hasta el quince de setiembre del mismo año – fojas quince –. El diecisiete de setiembre de dos mil quince, el Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial Permanente de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, emitió la sentencia de fojas diecinueve a veintinueve, condenando al acusado FERNANDO FRANCISCO SOSA APAZA como autor del delito contra la libertad, en la modalidad de Violación Sexual de menor de edad, en agravio de la menor identificada con las iniciales K.P.S., a treinta años de pena privativa de libertad y fijó la suma de tres mil soles por concepto de reparación civil a favor de la indicada menor.

ITINERARIO DEL PROCEDIMIENTO EN SEGUNDA INSTANCIA

TERCERO: Contra la sentencia condenatoria, el sentenciado FERNANDO FRANCISCO SOSA APAZA interpuso recurso de apelación – fojas treinta y seis –; el mismo que fue concedido mediante resolución de fojas cuarenta y tres, elevándose los actuados al Superior Tribunal. Así, la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de

Justicia de Arequipa, mediante resolución de fojas cincuenta y nueve, señaló fecha de audiencia de apelación el día ocho de marzo, reprogramado para el dieciséis de marzo de dos mil dieciséis. En la fecha indicada se dio inicio a la audiencia. Compareció el señor Fiscal Superior de la Primera Fiscalía Superior Penal de Apelaciones, así como el abogado defensor del sentenciado FERNANDO FRANCISCO SOSA APAZA. Ambos sujetos procesales expusieron sus pretensiones. El primero solicitó que se confirme la sentencia apelada. En tanto, el segundo requirió su revocatoria y consecuente absolución de los hechos incriminados. Los alegatos versaron en dos aspectos medulares:

I) Del lado del Fiscal, se enfatizó en la contundencia de la prueba de cargo para justificar la condena, la pena y la reparación civil impuestas; y,

II) Del lado de la defensa, se destacó que el Ministerio Público en ningún momento refirió el término "pene" para sustentar su acusación; sin embargo, el Colegiado asume un rol acusatorio e introduce dicho término, contraviniendo el principio acusatorio adversarial e igualdad de armas. No se introduce el supuesto exigible (pene, dedo u otro análogo). Ha existido ausencia de proposiciones fácticas realizadoras de algún elemento del tipo. En consecuencia, no existe imputación concreta.

CUARTO: La Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, mediante sentencia de vista de fojas setenta y seis a ochenta y tres, de veintinueve de marzo de dos mil dieciséis, resolvió: **Revocar** la sentencia de primera instancia, en el extremo que declaró al acusado Fernando Francisco Sosa Apaza, autor del delito de violación de la libertad sexual de menor de edad, y reformándola, lo absolvió del aludido delito, previsto en el artículo 173 numeral 2 del Código Penal, en agravio de la menor de iniciales K.P.S., ordenándose el archivo definitivo de la causa.

QUINTO: De la Sentencia de primera instancia y de la de vista, se desprende lo siguiente:

Sentencia de Primera Instancia

A. El acto sexual en perjuicio de la agraviada identificada con las iniciales K.P.S., se acreditó con el Certificado Médico Legal N.° 001600-G, cuyo diagnóstico fue: *"presenta Himen desflorado"*.

B. La sindicación directa, persistente, coherente y sólida de la menor agraviada de iniciales K.P.S.

C. Respecto a la falta de imputación necesaria, acotó: *"si bien el Ministerio Público no ha indicado el objeto con el cual se habría cometido el delito(...)se infiere que el objeto introducido es el pene en la vagina de la agraviada, pues dentro del lenguaje que maneja una menor de doce años, sólo es posible configurar el término –relaciones sexuales– el ingreso de pene en la vagina"*.

Sentencia de Vista

D. La excepción de improcedencia de acción procede: *"...a) cuando el hecho denunciado no constituye delito; esto es, que dicha conducta no esté prevista como ilícito en el ordenamiento jurídico vigente (atipicidad absoluta) o que no se adecúe a la hipótesis típica de una disposición penal prexistente invocada en la denuncia penal (atipicidad relativa)..."*.

E. La imputación debidamente formulada posibilita a las partes ejercer su derecho de defensa, debiendo exigirse una afirmación clara, precisa y circunstanciada del hecho fáctico, esto es, una descripción de todas las situaciones de la forma como se desarrollaron los hechos (imputación necesaria).

F. Si bien la acusación reúne los requisitos del primer elemento: *"... tener acceso carnal vía vaginal, anal o bucal..."*; sin embargo, en los elementos fácticos se omite definir el segundo elemento del tipo penal, es decir, qué objetos o partes del cuerpo introdujo el acusado en la vagina de la menor agraviada. Es imperativo que el Ministerio Público haya precisado ello, pues solo así la parte procesada conocerá con claridad los cargos postulados.

G. El Ministerio Público no cumplió con postular acabadamente hechos que comprendan todos los elementos que reclama el artículo 173 primer párrafo, numeral 2, del Código Penal. Los hechos atribuidos no constituyen delito, al presentarse una causal de atipicidad relativa.

DEL RECURSO DE CASACIÓN.-

SEXTO: El señor FISCAL SUPERIOR, a fojas noventa y ocho, interpuso recurso de casación contra la sentencia de vista de fojas setenta y seis a ochenta y tres, de veintinueve de marzo de dos mil dieciséis, que Revocó la sentencia de primera instancia, en el extremo que declaró al acusado Fernando Francisco Sosa Apaza, autor del delito de violación de la libertad sexual de menor de edad, y reformándola, lo absolvió del aludido delito, previsto en el artículo 173 numeral 2 del Código Penal, en agravio de la menor de iniciales K.P.S., ordenándose el archivo definitivo de la causa. Se invocó como causales del recurso de casación, las previstas en el artículo 429°, numerales 3), 4) y 5), del Código Procesal Penal. El recurso fue concedido por resolución de fojas treinta y tres del cuadernillo formado en este Supremo Tribunal.

SÉTIMO: Este Tribunal de Casación mediante Ejecutoria Suprema de quince de agosto de dos mil dieciséis, obrante a folios treinta y tres en el presente cuadernillo, declaró bien concedido el recurso de casación, solo por las causales previstas en el artículo 429°, numerales y 5), del Código adjetivo acotado. El inciso 3 señala: *"Si la sentencia o auto importa una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la Ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación"*. Luego, el inciso 5 prescribe: *"Si la sentencia o auto se aparta de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema o, en su caso, por el Tribunal Constitucional"*. Dicho recurso fue declarado inadmisible por la causal prevista en el inciso 4°, del artículo 429° del Código Procesal Penal. En este sentido, lo que es materia de dilucidación en sede casacional se restringe a lo siguiente:

A. Errónea interpretación del artículo 6° literal b) del Código Procesal Penal (Excepción de Improcedencia de Acción).

B. La inaplicación (falta de aplicación) del numeral 2° del artículo 173 del Código Penal; y,

C. Apartamiento de la doctrina jurisprudencial: Recurso de Nulidad N.° 956-2011-Ucayali (fundamento VI y VII), Acuerdo Plenario N.° 2-2012 (fundamento 11); Casación N.° 388-2012-Ucayali (fundamento 3); Recurso de Nulidad N.° 265-2012-Cajamarca (fundamento 3).

OCTAVO: Instruidas las partes procesales de la admisión del recurso de casación –cargo de fojas cuarenta y dos, en el cuadernillo supremo–, se expidió el decreto de fojas cuarenta y nueve en el presente cuadernillo, señalándose fecha para la audiencia de casación el veintitrés de agosto de dos mil diecisiete.

NOVENO: La audiencia de casación se realizó sin la intervención del señor Fiscal Supremo en lo Penal, y culminada la misma, de inmediato, se produjo la deliberación de la causa en sesión secreta. En virtud de lo cual, tras la votación respectiva, corresponde pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura se dará en audiencia pública, en concordancia con el artículo 431°, numeral 4), del Código Procesal Penal, señalándose para el doce de setiembre de dos mil diecisiete.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

DÉCIMO: La Fiscalía Superior impugnante, considera que el término "relaciones sexuales", si bien puede englobar una naturaleza muy diversa de actos sexuales; sin embargo, es suficiente para afirmar la tipicidad del hecho imputado. La referencia genérica al término "relaciones sexuales", puede implicar en abstracto la posibilidad de que el imputado tenga problemas para ejercer una determinada línea de defensa; sin embargo, ello ya no es una cuestión sustantiva de atipicidad, sino más bien, una cuestión procesal relacionada con el derecho de defensa y la falta de precisión de los cargos. Asimismo, sostiene que se absolvió al acusado, Sosa Apaza, del delito de violación sexual de menor de edad, previsto en el numeral 2 del artículo 173 del Código Penal, sin que exista algún supuesto de atipicidad relativa. Por último, precisó que la Sala

Superior se apartó de la doctrina jurisprudencial de la corte Suprema de Justicia de la República. En este sentido, este Supremo Tribunal analizará si dicha sentencia de vista tiene legitimidad constitucional, en base a las particularidades del caso concreto, para lo cual examinará los aspectos que se proponen en la casación.

DÉCIMO PRIMERO: El Colegiado Superior, para absolver al acusado Fernando Francisco Sosa Apaza, tuvo como fundamento, uno de los supuestos de la excepción de improcedencia de acción: *atipicidad relativa*. Asimismo, señaló que para el caso, era evidente la falta de precisión de los cargos, específicamente que el Ministerio Público no indicó, con qué objeto o parte del cuerpo se produjo la violación sexual a la menor agraviada, procediendo luego a desarrollar el principio de imputación necesaria. Finalmente, absolvió de los cargos al acusado Fernando Francisco Sosa Apaza, vinculando la naturaleza de la Excepción de Improcedencia de Acción con el principio de imputación necesaria; concluyendo que los hechos postulados por el Ministerio Público no constituyen delito por omisión fáctica.

DÉCIMO SEGUNDO: Es patente que la Sala Superior confundió el tratamiento jurídico de una Excepción de Improcedencia de Acción, con el principio de imputación necesaria. Esta situación obliga a esta Corte de Casación definir cada uno de ellos. El artículo 6, literal b) del Código Procesal Penal de 2004, regula el instituto procesal de la improcedencia de acción. La referida excepción es un medio de defensa contra la acción penal que procede, cuando el hecho denunciado no constituye delito o no es justiciable penalmente. La improcedencia de acción, por tanto, comprende dos supuestos; el primero, relacionado a todos aquellos casos de atipicidad penal absoluta o relativa del hecho objeto de imputación o de la concurrencia de una casa de justificación; y un segundo supuesto, que hace referencia a la ausencia de una condición objetiva de punibilidad o a la presencia de una causal personal de exclusión de pena o excusa absolutoria.

DÉCIMO TERCERO: La alusión a que el hecho denunciado no constituya delito, comprende dos supuestos: **a)** que la conducta incriminada no esté prevista como delito en el ordenamiento jurídico penal vigente,

es decir, la conducta imputada no concuerda con ninguna de las descritas en la ley penal. No es una falta de adecuación a un tipo existente, sino la ausencia absoluta del tipo, por lo que estaríamos ante un caso de atipicidad absoluta por falta de adecuación directa; y, **b)** que el suceso fáctico no se adecúe a la hipótesis típica de la disposición penal preexistente, invocada en la investigación o acusación fiscal, esto es, cuando el hecho está descrito en la ley, pero la conducta adolece de algún elemento del tipo: sujeto –activo y pasivo–, conducta –elementos descriptivos, normativos o subjetivos– y objeto –jurídico y material–, por lo que en estos casos se estaría frente a un caso de atipicidad relativa, por falta de adecuación indirecta.

DÉCIMO CUARTO: De otro lado, es de relievar que el artículo 159 de la Constitución Política del Perú, establece que el Ministerio Público es el titular del ejercicio de la acción penal pública y tiene el deber de la carga de la prueba, bajo el principio de imputación necesaria, como una manifestación del principio de legalidad y del principio de la defensa procesal (art. 2.24 "d" y 139.14 de la Constitución). La imputación necesaria, en palabras de CÁCERES JULCA[1] consiste en que: *"la imputación 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."* JULIO MAIER[2] se 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 impu-*

---

1 CÁCERES JULCA, Roberto. *"Habeas corpus contra el auto apertorio de instrucción"*. Grijley, Tomo 10, p. 137, Lima, 2008.

2 MAIER, JULIO B.J. *"Derecho Procesal Penal Argentino"*. Editores del Puerto, Vol. I, p. 317 y 318, Buenos Aires, 2000.

tado, 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."

DÉCIMO QUINTO: Definido los conceptos sobre la naturaleza de la Excepción de improcedencia de acción y el principio de imputación necesaria; se puede apreciar, que la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, confundió los conceptos de ambas instituciones. En efecto, si bien es cierto en la imputación del Ministerio Público faltó precisar el objeto o parte del cuerpo del acusado, con el que se produjo la violación sexual en agravio de la menor de iniciales K.P.S.; sin embargo, esta falta de precisión, tiene relación con el déficit de imputación necesaria, por omisión fáctica del objeto o parte del cuerpo utilizado para violenta la indemnidad sexual de la menor agraviada. El defecto antes descrito, no puede ser dilucidado mediante una excepción de improcedencia de acción; toda vez que no estamos ante un caso de atipicidad relativa –como ha considerado el Tribunal Superior–, que supone la inexistencia de algún elemento del tipo penal del delito de violación sexual de menor de edad; como el sujeto activo o los elementos descriptivos o normativos del tipo. Todos los elementos preexisten; lo que ocurrió fue que se omitió precisar la parte del cuerpo que el acusado introdujo en la vagina de la agraviada. Esta omisión, que no es sinónimo de inexistencia, debió ser corregida o subsanada con las herramientas procesales que contempla el Código Procesal Penal; y no mediante una excepción, de oficio, que extingue la acción penal. La falta de imputación necesaria no significa la ausencia o inexistencia de algún elemento del tipo penal; por lo que no puede equipararse con la excepción de improcedencia de acción. La Sala Penal de Apelaciones, interpretó erróneamente el artículo 6, literal b) del Código Procesal Penal, al considerar que la falta de imputación necesaria es un supuesto para amparar la excepción de improcedencia de acción. En tal virtud,

la causal de errónea interpretación de la ley procesal penal, debe estimarse.

DÉCIMO SEXTO: De otro lado, se ha inaplicado el artículo 173° inciso 2, del Código Penal, toda vez que la interpretación errónea del artículo 6, literal b) del Código Procesal Penal, en que incurrió la Segunda Sala Penal de Apelaciones, impidió la evaluación del fondo de la controversia, sea para confirmarla o revocarla. En consecuencia, la causal por inaplicación de la ley penal debe ampararse.

DÉCIMO SÉTIMO: En relación al apartamiento de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema de Justicia de la República; la sentencia de vista no ha tenido en consideración la línea jurisprudencial seguida por la Corte Suprema, respecto al principio de imputación necesaria. La doctrina jurisprudencial, al respecto, señala que cuando hay falta de imputación necesaria, se incurre en causal de nulidad de actuados, mas no procede la excepción de improcedencia de acción. Así: **a)** Recurso de Nulidad N.° 956-2011-Ucayali emitido por la Sala Penal Permanente –Fundamento VII– *"En el caso de autos no se evidencia labor de imputación necesaria eficiente, al tratarse de la formulación genérica de cargos, sin precisiones ni mucho menos una adecuada subsunción de las conductas incriminadas, lo que podría implicar la declaración de nulidad de la sentencia(...)"*; **b)** Recurso de Nulidad N.° 265-2012-Cajamarca emitido por la Sala Penal Permanente –Fundamento III, 3.3-3.4– *"Se aprecia que el representante del Ministerio Público se limitó a formular una descripción de los hechos como consecuencia de las investigaciones realizadas; sin haber establecido concretamente la imputación fáctica de los encausados(...)la sentencia materia de grado debe ser anulada, disponiéndose que previo a un nuevo juzgamiento, se devuelvan los autos al Fiscal Provincial (...)."*; **c)** Casación N.° 388-2012-Ucayali emitida por la Sala Penal Permanente –Fundamento III, 3.1–: *"El Tribunal está siempre en capacidad, por vía de control, de exigir al representante del Ministerio Público un nivel mínimo de coherencia...así como respecto al principio de imputación necesaria –concreta y completa– a cuyo fin podrá solicitar las aclaraciones que el caso lo exija,* ***sin que ello importe la fundabilidad de una excepción de improcedencia de acción,*** *sino por el contrario solo la subsanación que el caso lo amerite(...)"*;

d) Acuerdo Plenario N.° 2-2012 –Fundamento11–: *"El incumplimiento notorio u ostensible por el Fiscal de precisar los hechos que integra los cargos penales"*; es *(...) exclusiva y limitadamente correctora-disponer la subsanación de la imputación(...)".*

DÉCIMO OCTAVO: Finalmente, si bien el presente recurso de casación ha sido dirigido contra la sentencia de vista, emitida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa; sin embargo, el vicio procesal (falta de imputación necesaria) se produjo a nivel del Juzgado de Primera Instancia al no advertirlo en la audiencia de control de la acusación fiscal; por lo que, tanto la sentencia de vista así como la sentencia de primera instancia son nulas, por cuanto se han inobservado las garantías constitucionales del debido proceso (principio de imputación necesaria, tutela jurisdiccional efectiva); en consecuencia, es de aplicación el artículo 150, inciso d) del Código Procesal Penal.

DECISIÓN

Por estos fundamentos: **DECLARARON FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el señor FISCAL SUPERIOR DE LA PRIMERA FISCALÍA SUPERIOR PENAL DE LIQUIDACIÓN - AREQUIPA, contra la sentencia de vista de fojas setenta y seis a ochenta y tres, de veintinueve de marzo de dos mil dieciséis, emitida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, que revoca la sentencia de primera instancia, en el extremo que declara al acusado Fernando Francisco Sosa Apaza, autor del delito de violación de la libertad sexual de menor de edad, y reformándola, lo absuelve del aludido delito, previsto en el artículo 173, numeral 2, del Código Penal, en agravio de la menor de iniciales K.P.S. En consecuencia, y con **REENVÍO: DECLARARON NULA** la sentencia de vista de veintinueve de marzo de dos mil dieciséis obrante de fojas setenta y seis a ochenta y tres emitida por la Segunda Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa; **NULA** la sentencia del Juzgado Colegiado de diecisiete de setiembre de dos mil quince de folios diecinueve a veintinueve y, **NULO** todo lo actuado a partir de la audiencia de control de la acusación fis-

cal; **MANDARON** que el Juez Penal de Investigación Preparatoria realice una nueva audiencia de control de acusación, teniendo en cuenta los fundamentos de la presente sentencia casatoria; **DISPUSIERON** dar lectura a la presente sentencia casatoria en audiencia privada y se publique en el Diario Oficial "El Peruano"; notificándose a los sujetos procesales con las formalidades de ley; y los devolvieron. Interviene el señor Juez Supremo Sequeiros Vargas, por licencia de la señora Jueza Suprema Pacheco Huancas.-

SS.

HINOSTROZA PARIACHI

SEQUEIROS VARGAS

FIGUEROA NAVARRO

CEVALLOS VEGA

CHÁVEZ MELLA

CHP/rvz

14

IMPUTACIÓN GENÉRICA

"Formalización de investigación preparatoria, no existe claridad sobre los hechos imputados pues se consignó una información genérica"

SALA PENAL DE APELACIONES - SEDE CENTRAL

EXPEDIENTE : 03273-2009-25-0401-JR-PE-03
IMPUTADO : VERA GAMERO, MILTON EDILBERTO FILIBERTO
DELITO : ABUSO DE AUTORIDAD.
AGRAVIADO : BEGAZO CARNERO, JESUS

APELACIÓN DE AUTO QUE DECLARA INFUNDADO EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCIÓN

AUTO DE VISTA Nº 60

RESOLUCIÓN Nº 07

Arequipa, treinta y uno de marzo de dos mil diez.-

VISTOS: En audiencia pública.

PRIMERO: OBJETO DE LA ALZADA:

Viene en alzada el recurso de apelación interpuesto en audiencia de fecha seis de noviembre de dos mil nueve (fojas doscientos setenta y dos)

y fundamentado con fecha once de noviembre del mismo año (fojas doscientos setenta y cuatro) dentro del plazo previsto en Ley por la señora abogada del investigado Milton Edilberto Filiberto Vera Gamero, en contra de la resolución de fecha seis de noviembre de dos mil nueve dictada en audiencia obrante a fojas doscientos setenta y siguiente, que declaró **infundada la excepción de improcedencia de acción** propuesta por el investigado Vera Gamero en su contra por los delitos contra la administración pública en las modalidades de abuso de autoridad y retardo de actos funcionales previstos en los artículos 376 y 377 del Código Penal, en agravio de Jesús Begazo Carnero.

SEGUNDO: ANTECEDENTES DEL PROCESO

2.1. CARGOS FORMULADOS CONTRA EL INVESTIGADO

El Ministerio Público mediante decisión número 03-2009 formaliza investigación preparatoria en contra de don Milton Edilberto Filiberto Vera Gamero en su condición de Alcalde de la Municipalidad Distrital de Yanahuara, por los delitos de ABUSO DE AUTORIDAD y RETARDO DE ACTOS FUNCIONALES previstos en los artículos 376° y 377° del Código Penal en agravio de Jesús Begazo Carnero, señalando que:

Con fecha primero de setiembre de 2005 se ingresó a la Municipalidad de Yanahuara el expediente 6585 sobre aprobación de habilitación urbana "Urbanización Residencial La Pradera". Con fecha 12 de setiembre la Comisión Técnica Evaluadora desaprobó el expediente comunicando las observaciones formuladas. El 28 de diciembre de 2005 se comunica la subsanación de observaciones a excepción de la factibilidad que debía obtenerse de SEDAPAR. El 24 de enero de 2008 se informa al imputado que se han levantado las observaciones, dictaminándose nuevamente de manera desfavorable por la Comisión Evaluadora indicándose que debía adecuarse el proyecto al área que cuenta con factibilidad de servicios de agua y desagüe, observación que se subsana con fecha 20 de junio de 2008 adjuntándose los planos correspondientes solicitando se evalúe por la Comisión nuevamente. Al no ser revisado dicho expediente se solicita su aprobación por silencio administrativo positivo, y pese a que también se ha cumplido los requisitos de ley, la Municipalidad de

Yanahuara resuelve aprobar la resolución urbana nueva y que deberá hacerse un pago por aporte a la Dirección de Educación, pago que se ha realizado, solicitando así se entregue de una vez la resolución de habilitación urbana nueva, cosa que no sucedió, puesto que por Resolución de Alcaldía número 150-2009 se declara la nulidad de oficio de la resolución ficta por silencio administrativo, argumentando que el certificado de zonificación y vías número 045-2005-MPA, estaba vencido, a sabiendas que dicho certificado al momento de ingreso del expediente a la Municipalidad se encontraba vigente.

2.2. ARGUMENTOS DE LA EXCEPCIÓN PROPUESTA

El investigado Vera Gamero deduce Excepción de Improcedencia de Acción (fojas doscientos treinta y nueve), señalando que los hechos denunciados no son justiciables penalmente, por cuanto su conducta al emitir la Resolución de Alcaldía número 150-2009-MDY se encuentra arreglada a ley, se ha emitido en ejercicio de sus funciones, no es contraria al ordenamiento jurídico ni a la Ley del Procedimiento Administrativo General ni a la Ley de Organización de Municipalidades, los hechos denunciados carecen de elementos que los caractericen como injusto penal, carecen de tipicidad objetiva y subjetiva. Al emitir la Resolución de Alcaldía número 150-2009-MDY, ha actuado conforme el artículo 10 y 202 de la Ley de Procedimiento Administrativo General, señala asimismo que no existe delito al haber actuado en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, por lo que debe ampararse la excepción de improcedencia de acción.

Que respecto al delito de Retardo de actos funcionales no ha incurrido en los elementos del tipo objetivo y subjetivo, toda vez que para la aprobación de la habilitación urbana nueva de Residencia La Pradera, como Alcalde del distrito no está dentro de sus funciones el trámite y aprobación de dicha solicitud pues conforme consta del Decreto Supremo número 010-2005-VIVIENDA Texto Único Ordenado del Reglamento de la Ley General de Habilitaciones Urbanas, artículos 3 y 4, son las Comisiones Técnicas las que tienen como función la de pronunciarse sobre el cumplimiento de requisitos, y como Alcalde no forma parte de dichas Comisiones, por lo que mal puede imputarse a su persona

omisión o retardo de conductas que no pudo realizar por no ser de su competencia.

2.3. FUNDAMENTOS DE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA

El A Quo, en la resolución venida en grado, señala que **si bien la disposición fiscal de formalización de investigación preparatoria, no es muy clara, particularmente en cuanto al delito de retardo u omisión de actos oficiales, sin embargo con la aclaración efectuada en audiencia por el Ministerio Público debe entenderse como hechos que el imputado en su calidad de funcionario público habría emitido un acto arbitrario cual es la Resolución de Alcaldía 150-2009 y que habría omitido por el contrario pronunciarse o emitir resolución aprobando la habilitación urbana que había solicitado el agraviado pese a que se hubieran cumplido todos los requisitos legales.**

Los argumentos señalados por la defensa del investigado ninguno de ellos tiene que ver con la forma como han sido denunciados o considerados los hechos por el Ministerio Público en su disposición fiscal de investigación preparatoria por lo que los hechos investigados conforme se ha adelantado se subsumen en los supuestos previstos en el artículo 376 primer párrafo y 377 del Código Penal, en consecuencia estando los argumentos referidos al fondo mismo del asunto o de la pretensión punitiva, debe hacerse valer en juicio.

2.4. FUNDAMENTO DE LA APELACIÓN

La defensa del investigado solicita se revoque la resolución impugnada y se declare fundada la excepción propuesta, señalando existe error de hecho y de derecho en la impugnada toda vez que la excepción de improcedencia de acción procede en dos supuestos (1) cuando el hecho denunciado no constituye delito y (2) cuando no es justiciable penalmente; siendo así se ha formulado la Excepción sosteniendo que con la prueba que obra en la carpeta fiscal y la presentada al deducir la excepción, los hechos denunciados no son penalmente relevantes o no son justiciables penalmente, es decir la excepción propuesta se basa en el segundo supuesto del artículo 6.1.b del Código Procesal Penal, por tan-

to debió ampararse la excepción ante la ausencia de condición objetiva de punibilidad. En cuanto al delito de abuso de autoridad debió declararse fundada la excepción por cuanto el tipo penal exige que el funcionario público dicte resoluciones u órdenes contrarias a la constitución o a las leyes en el presente caso la conducta deviene en atípica por cuanto al emitir la resolución de alcaldía 150-2009-MDY ha actuado en cumplimiento estricto de las leyes.

CONSIDERANDO:

PRIMERO.- ARGUMENTOS NORMATIVOS

El artículo 6° del Código Procesal Penal, contempla las excepciones que pueden deducirse en el proceso, señalando en su literal b que procede la Excepción de Improcedencia de acción, cuando el hecho no constituye delito o no es justiciable penalmente.

El delito de Abuso de autoridad contenido en el artículo 376° del Código Penal, sanciona a: *"El funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena, en perjuicio de alguien, un acto arbitrario cualquiera, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años."*

Asimismo el delito de Omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales contemplado en el artículo 377° del acotado código sustantivo, sanciona a: *"El funcionario público que, ilegalmente, omite, rehusa o retarda algún acto de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con treinta a sesenta días-multa".*

SEGUNDO: ANÁLISIS JURÍDICO FÁCTICO

2.1. Procedencia de la Excepción de Improcedencia de Acción

1. Respecto a la procedencia de la Excepción de Improcedencia de Acción, mucho se ha discutido ya con la legislación procesal anterior no llegando a un concenso sobre el ámbito de su procedencia. El nuevo Código Procesal Penal ha precisado al igual que el anterior, que procede la Excepción de Improcedencia de Acción ***"cuando el hecho no constituye delito o no es justiciable penalmente"***.

2. Es decir, se trata de un medio de defensa técnico que tiene por finalidad discutir la relevancia penal del hecho que se imputa, de manera previa a cualquier actividad probatoria; y en el caso de que dicha excepción sea amparada por el órgano jurisdiccional, el proceso penal en el que se deduzca se dará por concluido, archivándose definitivamente la causa[1].

3. Aparecen por tanto dos presupuestos para su aplicación (1) Cuando el hecho no constituye delito, y (2) cuando no es justiciable penalmente.

4. Primer Presupuesto: **"El Hecho No constituye delito"**

   a. Respecto al primer presupuesto cabe analizar cuando un hecho no constituye delito o mejor aún, cuando un hecho constituye delito. La Teoría del delito, nos señala que el delito es la conducta típica, antijurídica y culpable, por tanto para que un hecho pueda ser calificado como delito no basta que sea típico, es decir encuadrado en algún tipo penal, ni siquiera que sea típicamente antijurídico (hecho subsumido en un tipo penal y que no encuentra ninguna causa de justificación en el ordenamiento jurídico), sino que además se requiere que sea culpable (imputable, conocimiento de la ilicitud, exigible).

   b. Siendo ello así, y teniendo en consideración que el legislador ha optado por emplear los términos "***no constituye delito***" radicalmente distinto a términos como "no se encuentre **tipificado** como delito"; no puede reducirse el ámbito de procedencia únicamente a los supuestos en los que no concurran los elementos objetivos de un tipo penal.

   c. En consecuencia, considera el Colegiado que la Excepción de Improcedencia de la Acción procede no sólo cuando el hecho no es típico o no reúne los elementos objetivos de un tipo pe-

---

1 EXPEDIENTE Nº 289-99-APURÍMAC
Lima, catorce de junio de mil novecientos noventinueve.

nal, sino además cuando de los hechos objeto de la imputación fiscal surge con claridad la inexistencia de los elementos subjetivos del tipo o la presencia de una causa de justificación o una circunstancia que elimina la culpabilidad. **Circunstancias éstas que deben aparecer, reiteramos, con suficiente claridad de manera indubitable y que no requieran probanza.**

5. Segundo Presupuesto: "**El hecho no es justiciable penalmente**"

   a. El punto de partida para encontrar contenido a este segundo presupuesto, lo encontramos en esta misma norma: el hecho no es justiciable penalmente, cuando siendo delito (conducta típica, antijurídica y culpable) no es punible, es decir no concurre una condición objetiva de punibilidad, se presenta una excusa absolutoria o cualquier otra circunstancia que elimina la punibilidad, y que al igual que en el caso anterior debe ser suficientemente clara y no requerir probanza.

6. La posibilidad de amparar esta excepción cuando concurren causas de justificación u otras circunstancias distintas a los elementos objetivos del tipo penal ha sido recogida en el debate en el Tema 6 del Pleno Jurisdiccional Penal Nacional de 1997 realizado en Arequipa, así como en la jurisprudencia: Un primer supuesto para amparar la excepción de naturaleza de acción, es que el hecho denunciado no constituya delito; esto es, que dicha conducta no esté prevista como delito en el ordenamiento jurídico vigente; teniendo como segundo supuesto de aplicación que la conducta reprochada siendo típica, no sea justificable penalmente ya sea porque se presentan condiciones objetivas de punibilidad, excusas absolutorias o causas de justificación entre otras circunstancias.[2]

---

2 R.N. N° 2798-2003- TUMBES Ejecutoria de la Sala Penal Permanente de fecha 16 de agosto de 2004. En Jurisprudencia y Precedente Penal Vinculante. César San Martín Castro. Palestra Edidtores, p. 739.

2.2. Análisis Jurídico del Caso Concreto

La precisión de los hechos objeto de imputación es de trascendental importancia no solo en este nuevo modelo procesal penal sino de manera general en todo procesamiento penal, pues está íntimamente ligado al derecho a la defensa, al derecho que tiene todo investigado de conocer con claridad los hechos por los cuales viene siendo investigado y respecto de los cuales debe ejercer defensa.

En el presente caso, en la decisión de formalización de investigación preparatoria, no existe claridad sobre los hechos imputados pues se consignó una información genérica, global sin realizar una subsunción y precisión de qué hechos eran constitutivos del delito de abuso de autoridad y cuáles del delito de omisión o retardo de actos funcionales, por esta razón el Ministerio Público ha formulado aclaraciones durante las audiencias en primera y segunda instancia, hecho este que sólo corrobora el incumplimiento de la Fiscalía Provincial del deber de señalar los hechos concretos, precisos y claros de cada uno de los cargos imputados y que deben ser conocidos por las partes para el ejercicio de defensa.

2.2.1. Respecto al delito de Abuso de autoridad

El artículo 376° del Código Penal, sanciona a: *"El funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena, en perjuicio de alguien, un acto arbitrario cualquiera (...)".*

La Ejecutoria Superior emitida por la Tercera Sala Especializada en lo Penal para procesos con reos libres, Expediente Número 1307-03 "A" de fecha 22 de marzo de 2004, siguió la misma línea de la Ejecutoria antes señalada al señalar en su considerando tercero que "un primer supuesto jurídico para interponer una excepción de Naturaleza de Acción es que el hecho denunciado no constituya delito, esto es, que dicha conducta no esté prevista como delito en el ordenamiento jurídico-penal vigente o que el suceso no se adecúe a la hipótesis típica de la disposición penal pre-existente invocada en la denuncia penal; teniendo en cuenta lo anterior procede la excepción de naturaleza de acción cuando en el proceso se llega a establecer que concurre algún elemento de la fase negativa del delito, esto es la ausencia de acción, atipicidad, causas de justificación o de inculpabilidad, así como excusas absolutorias (...)"(negrita nuestra).

Los elementos objetivos de este tipo penal exigen:

1. **Que el agente sea un funcionario público** en ejercicio efectivo de sus funciones.

2. **Abuso de las atribuciones que posee el agente**, lo que implica que el funcionario haga un mal uso de las facultades poseídas legalmente, empleándolas para contravenir el orden legal establecido y dañar dolosamente a terceros, o extralimitándose en sus funciones actuando más allá de lo ermitido, solicitado o requerido por las circunstancias sin que exista racionalidad o razón suficiente en su comportamiento[3].

3. **Se cometa u ordene un acto arbitrario.** Para que se cumpla este elemento objetivo del tipo, el acto ejecutado por el funcionario público no debe hallarse legitimado por lo dispuesto en el ordenamiento jurídico sino que responde a intereses subjetivos del funcionario público, y que sustituye o reemplazo lo mandado o contemplado en la ley y reglamentos. Con el acto arbitrario el sujeto público pone de manifiesto su desprecio por la legalidad al no estar guiada su conducta funcional por la ley y los intereses públicos, sino por finalidades distintas y dolosas que causan perjuicio tanto a la administración pública y a las personas que son objeto o destinatarios de la decisión arbitraria.

4. **Se ocasione un perjuicio**

Siendo ello así, la actuación del funcionario en ejercicio de sus funciones y dentro de los límites de sus facultades y de acuerdo al ordenamiento legal no puede configurar los elementos objetivos que el tipo penal en comento exige aún cuando pudiese verse alguna persona perjudicada, por cuanto no existiría abuso de

---

3 ROJAS VARGAS, Fidel. En: Materiales de Estudio de la Academia de la Magistratura, Programa de Actualización y Perfeccionamiento XI Convocatoria de Cursos a Distancia para Magistrados *"Delitos Contra la Administración Pública"*. 2006. p. 42.

atribuciones ni acto arbitrario. (Ejm. La decisión judicial de lanzamiento genera perjuicio a quien va a ser desalojado, pero no por ello podrá considerarse que la actuación judicial –en la medida que fue dictada por quien tiene facultades para ello y conforme a derecho– sea un abuso de autoridad). Debe precisarse por tanto en la imputación de cargos, en qué consiste la arbitrariedad o el abuso de facultades que tipifican el delito.

En el caso de autos, la redacción de la disposición de formalización de investigación preparatoria presenta ciertamente deficiencias en cuanto a técnica y claridad, que se han hecho notar en la **audiencia de primera instancia**, en la cual **el señor representante del Ministerio Público tuvo que aclarar los hechos objeto de la imputación** señalando que respecto al delito de abuso de autoridad los hechos se circunscribían a la **emisión de la resolución 150-2009-MDY que declaró la nulidad de oficio de la resolución de silencio administrativo**. Este hecho imputado así precisado en audiencia de primera instancia, fue objeto de análisis y pronunciamiento por el A Quo para advertir la procedencia o no de la excepción de improcedencia de acción. La defensa del investigado ha precisado que la emisión de la resolución que declara la nulidad de oficio de una resolución ficta de silencio administrativo no puede constituir delito por cuanto es simplemente el ejercicio de las facultades que corresponden a la alcaldía, conforme lo señala los artículos 20.6 y 79.3 de la Ley Orgánica de Municipalidades 27972, el artículo IV .1.16 del Título Preliminar, y artículos 10.1 y 10.3, 11, 31.4, 32 y 202 de la Ley de Procedimiento Administrativo General 27444. Frente a esta alegación de la defensa, el Ministerio Público en audiencia de segunda instancia concede razón a la defensa señalando que ciertamente es facultad de la Alcaldía declarar la nulidad de oficio de una resolución ficta de silencio administrativo por cuanto la Ley de Procedimiento Administrativo General obliga a la entidad a realizar un proceso de fiscalización posterior en aquellos casos de aprobación automática, pudiendo declararse la nulidad de oficio de los actos administrativos aún cuando hayan quedado firmes si se trata de las causales de nulidad previstos en el artículo 10 de la Ley señalada.

No obstante conceder razón a la defensa en este extremo, **precisa el Ministerio Público (en audiencia de segunda instancia) nuevamente los hechos imputados**, señalando, ahora, que el cargo no está referido a la emisión de la resolución 150-2009-MDY, sino **a los considerandos que motivaron la expedición de dicha resolución pues constituye abuso de autoridad el haber declarado la nulidad basado en que el Certificado de zonificación y vías presentado se encontraba vencido, siendo irrazonable que se exija al administrado que renueve los requisitos que al momento del iniciarse el trámite estaban vigentes y durante el proceso vencieron por incumplimiento de la administración por no dictar la resolución de aprobación, no siendo ello imputable al administrado.**

Esta nueva precisión de cargos, resulta contradictoria con los hechos narrados en la disposición de formalización de investigación preparatoria y con la absolución de las interrogantes formuladas a la señora Fiscal Superior en audiencia, dado que conforme ha sostenido la Fiscalía, el expediente de habilitación se presentó inicialmente el primero de setiembre del año dos mil cinco (fecha en la cual las partes coinciden en que el certificado de zonificación y vías se encontraba vigente por cuanto fue otorgado el siete de junio de dos mil cinco y su vigencia de seis meses vencía el siete de diciembre del mismo año), expediente éste que fue desaprobado por la Comisión Técnica Evaluadora, presentándose nuevamente el veintiocho de diciembre del dos mil cinco sin subsanar la totalidad de observaciones.

Es decir, (estando a los hechos narrados en la misma disposición de formalización de investigación preparatoria) el certificado de zonificación y vías venció antes de que se presente nuevamente el pedido de habilitación luego de la primera desaprobación del expediente (28 de diciembre de dos mil cinco), y no por causa imputable a la administración por "no cumplir con dictar la resolución de aprobación pese a que reunía todos los requisitos", dado que la misma Fiscalía señala que presentado el expediente el primero de setiembre de dos mil cinco fue desaprobado el doce de setiembre del mismo año por no reunir los requisitos legales.

En consecuencia los cargos imputados al investigado aún con las aclaraciones formuladas por el Ministerio Público en las audiencias tanto de primera como segunda instancia no tienen contenido penal, y no cumplen los elementos objetivos del tipo de abuso de autoridad propuesto, al no encontrarse elementos fácticos de un actuar arbitrario, o contrario a la ley, en consecuencia corresponde revocar la recurrida y amparar la excepción propuesta en este extremo.

2.2.2. Respecto al delito de Retardo de actos oficiales

El artículo 377° del Código Penal, sanciona a: *"El funcionario público que, ilegalmente, omite, rehusa o retarda algún acto de su cargo (...)"*

Tampoco existe claridad en la disposición fiscal sobre los hechos que corresponden a este delito, pues en la disposición podría entenderse que se imputa este delito al investigado: que con fecha veinte de junio de dos mil ocho se solicita se evalúe por la Comisión el pedido de habilitación urbana y al no haber sido revisado dicho expediente por la comisión, se solicita su aprobación por silencio administrativo positivo, y pese a que cumplió los requisitos de ley, la Municipalidad de Yanahuara resuelve aprobar la resolución urbana nueva (SIC) indicándole que debía hacer el pago por aporte a la Dirección de Educación, pago que se ha realizado solicitando se entregue de una vez la resolución de habilitación urbana nueva cosa que no sucedió. En audiencia de primera instancia se ha precisado por la Fiscalía Provincial que los hechos por este delito consisten en que **se ha omitido dictar la resolución aprobando la habilitación urbana que había solicitado el agraviado pese a que se hubieron cumplido todos los requisitos legales**. (ver acta de audiencia de primera instancia folio 271), hechos que han sido ratificados en audiencia de apelación por la señora Fiscal Superior.

Al igual que el caso anterior, existe grave contradicción en los mismos hechos narrados por el Ministerio Público en su formalización de investigación preparatoria, por cuanto señala la Fiscalía que al presentar el agraviado el expediente de habilitación con todos los requisitos el veinte de junio de dos mil ocho y solicitar su evaluación por la Comisión, y al no reunirse la Comisión Técnica formada por los representan-

tes de CAPECO, Colegio de Ingenieros y Colegio de Arquitectos, la Municipalidad concedió la aprobación **ficta** de la habilitación por silencio administrativo positivo, y después de pagar los aportes a la Dirección de Educación solicitó se entregue la resolución de habilitación, **cosa que no sucedió.**

Es decir conforme a los mismos hechos presentados por la Fiscalía al no reunirse la Comisión para revisar el pedido de habilitación formulado por el agraviado y vencerse los plazos, operó el silencio administrativo positivo y la habilitación urbana fue aprobada por resolución ficta, quiere ello decir que no requería la emisión de una resolución física, tan es así que la misma Fiscalía señala que la Municipalidad mediante resolución 150-2009-MDY declaró la nulidad de la **resolución ficta** por silencio administrativo (hecho este por el cual imputó el cargo antes analizado).

Los hechos así imputados, igualmente no revisten contenido penal ni se encuadran en los elementos objetivos del tipo propuesto por el Ministerio Público correspondiendo en este caso también revocar la recurrida y amparar la excepción propuesta.

Por tales consideraciones,

1. **DECLARAMOS FUNDADO EL RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por la defensa del investigado Milton Filiberto Vera Gamero.

2. **REVOCAMOS** la resolución de fecha seis de noviembre de dos mil nueve dictada en audiencia obrante a fojas doscientos setenta y siguiente, que declaró **infundada la excepción de improcedencia de acción** propuesta por el investigado Vera Gamero postulada en contra de la disposición de formalización de investigación preparatoria en su contra por los delitos contra la administración pública en las modalidades de abuso de autoridad y retardo de actos funcionales previstos en los artículos 376 y 377 del Código Penal, en agravio de Jesús Begazo Carnero. **REFORMÁNDOLA** declaramos **FUNDADA** la excepción postulada por la defensa del investigado y en consecuencia sobreseído el proceso seguido en

su contra por los delitos contra la administración pública en las modalidades de abuso de autoridad y retardo de actos funcionales previstos en los artículos 376° y 377° del Código Penal, en agravio de Jesús Begazo Carnero. ORDENAMOS el Archivo Definitivo de la causa.

TÓMESE RAZÓN Y HÁGASE SABER.- Juez Superior Ponente: señora Consuelo Cecilia Aquize Díaz.-

SS

Salas Arenas / Fernández Ceballos / Aquize Diaz

EL VOTO SINGULAR DEL SEÑOR JUEZ SUPERIOR SALAS ARENAS tiene el sentido siguiente:

1. El obrar conforme a sus atribuciones legales constituye causa de justificación.
2. El tipo penal tiene elementos positivos y elementos negativos (cuando no se presentan causas de permisión).

S.

SALAS ARENAS

NECESIDAD DE LOS HECHOS IMPUTADOS PARA LA TEORÍA DEL CASO

"Establecer los hechos del caso son de vital importancia dentro del modelo acusatorio, pues, ellos nos sirven para realizar la subsunción a la norma penal y establecer la carga probatoria. No es posible desatender los hechos, por cuanto sin éstos no existe teoría del caso, menos planeación estratégica del proceso"

SALA PENAL DE APELACIONES

EXPEDIENTE	: 03478-2009-15-0401-JR-PE-03
IMPUTADO	: ROMAN BAZAN DE VIZCARRA, FELICITAS FLOR DE MARIA
DELITO	: LAVADO DE ACTIVOS
AGRAVIADO	: EL ESTADO

AUTO DE VISTA Nº 44-SPA

RESOLUCIÓN Nº 16

CON EL VOTO DEJADO Y FIRMADO POR EL SEÑOR JUEZ SUPERIOR FERNÁNDEZ CEBALLOS

Arequipa, enero de dos mil diez.

OIDA

La fundamentación del recurso de apelación realizada por la señora representante del Ministerio Público y del señor abogado representante de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Lavado de Activos y procesos de pérdida de dominio.

Así como de la defensa técnica de la excepcionante y escuchados los investigados Felicitas Román Bazán.

No estando presente el representante de la Procuraduría Pública del Gobierno Regional de Arequipa, y

CONSIDERANDO:

PRIMERO. Antecedentes.

1.1. La investigada Felícitas Flor de María Román Bazán de Vizcarra propone Excepción de Improcedencia de Acción (escrito recepcionado el 08 de septiembre de 2009), en contra de la investigación formalizada por el Ministerio Público, a través de la Disposición 1173-2009-3FPPCA, por el delito de Lavado de Activos en agravio del Estado, representado por la Procuraduría Pública del Gobierno Regional de Arequipa y la Procuraduría Pública Anticorrupción de Arequipa.

Los fundamentos propuestos son: **a)** Que el hecho de no acreditarse la procedencia de todo el dinero que sirvió para efectuar el aporte no configura el delito formalizado, **b)** El tipo penal reclama establecer obligatoriamente un delito previo de lavado, si no se acredita no tiene existencia legal, **c)** El Ministerio Público no ha señalado cual sería la actividad delictiva de la que se han derivado los 6,000 nuevos soles y que se imputa haber transferido a la imputada en el contexto del delito, **d)** No se detalla el origen ilícito de los capitales o bienes como exige el numeral 1 de la Ley 27765, **e)** Igualmente el tipo reclama acciones que dificulten la identificación de origen o la incautación o el decomiso de esos dineros o bienes, lo que no se ha mencionado y **f)** Se está sometiendo injustamente a una persecución penal indebida.

1.2. Realizada la **audiencia preliminar el 27 de octubre de 2009** (foja 48), se expide la resolución No. 04-2009, del 30 de octubre de 2009, que declara fundada la excepción propuesta

1.3. Mediante escrito recepcionado el 09 de noviembre de 2009 (foja 95) la **Procuraduría Pública del Gobierno Regional** interpone recurso de apelación el que es concedido mediante resolución No.08-2009 (foja 126), expresando:

a) Que no es necesario, ni es requisito para formalizar y continuar una investigación preparatoria que se acredite el delito precedente.

b) Que los investigados han tenido pleno conocimiento de los cargos y el delito que se les imputa. No se afecta su derecho de defensa, toda vez que han efectuado sus descargos.

c) Que el Ministerio Público ha efectuado una aclaración a la Disposición Fiscal con anterioridad a la resolución expedida lo que debió merituarse.

1.4. La **Procuraduría Pública especializada en Delitos de lavado de Activos**, formula recurso de apelación, mediante escrito recepcionado 09 de noviembre de 2009 (foja 81), señalando:

a) Si bien el Ministerio Público no ha precisado aún indiciariamente cual era el delito precedente a efectos de asegurar su derecho de defensa, debe recordarse que en la investigación preparatoria ha de reunirse las pruebas del delito, las circunstancias o móviles de su perpetración, establecer la identidad de sus autores o partícipes, así como la existencia del daño causado, lo que se busca es contar con los elementos probatorios que posibiliten ir a juicio, de ahí que considera un desacierto el no posibilitar que en esta etapa se permita conocer el delito previo al lavado como efectivamente ocurrió, ya que se ha logrado conocer que la fuente generadora de los activos que venían lavando los investigados provienen de los delitos contra la administración pública en los que incurrió Daniel Ernesto

Vera Ballón durante su gestión como Presidente de la Región Arequipa.

b) Que el Ministerio Público ha emitido la Disposición 1452-2009-3FPPCA del 29 de octubre de 2009, resolviendo comprender como delito previo al lavado de activos los delitos contra la administración pública cometidos por Daniel Ernesto Vera Ballón. En buena cuenta, la investigación permitió conocer el delito precedente y de este modo, aclarar aún más los hechos, que es precisamente uno de sus fines. Es de observar que tal disposición fiscal (29 de octubre de 2009) se ha emitido con fecha anterior a que emita la resolución 04-2009 (30 de octubre 2009).

c) La decisión judicial no ha efectuado una correcta valoración, limitándose en acoger todos los argumentos de la defensa y recortar el campo de acción de la investigación preparatoria.

1.5. El **Ministerio Público** interpone recurso de apelación, recepcionado el 10 de noviembre de 2009, (foja 103), de acuerdo a los fundamentos siguientes:

a) Se ha vulnerado el derecho al debido proceso pese a que se aclaró la Disposición Fiscal de formalización a través de la Disposición No. 1452-2009, emitida y puesta en conocimiento del Juzgado de Investigación Preparatoria el 29 de noviembre de 2009.

b) Que la investigada efectuó actos de conversión, dado que participó en la creación de una empresa que nunca funcionó, con el fin de darle una calidad lícita a los dineros obtenidos. La encausada participó activamente en la creación de la empresa "Transoceánica", la misma que sólo realizó compra venta de buses para luego dejar de operar, que la creación de la empresa se ha realizado cuando Lorena Vizcarra Manrique y Felicitas Román laboraron en AUTODEMA, siendo estos claros actos de lavado de activos con el objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes para ayudar a Lorena Vizcarra a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones ilícitas,

c) Que dentro de la disposición de formalización de investigación se ha hecho una clara narración de los hechos que acreditan la existencia de un delito precedente, lo cual ha sido evidenciado por la labor que realizaba la investigada como trabajadora del Estado, no pasando desapercibido su relación con el investigado Daniel Vera Ballón y Felicitas Román quien laboraba en AUTODEMA en la época del incremento dinerario.

d) Que si se ha cumplido con lo dispuesto en el artículo 336 del Código Procesal Penal.

e) El tipo penal (artículo 1 de la Ley 27765) referido sólo exige que el agente conozca o presuma el origen ilícito de los activos, sin embargo, el juzgado va más allá del texto normativo al vincular materialmente al bien objeto de acción del delito con una procedencia delictiva determinada, cuando el tipo penal considera suficiente que el agente conozca que el bien no tiene explicación legal y que conozca cual es la fuente de esa ilegalidad.

SEGUNDO. Fundamentos de la revisión -Infundabilidad de las apelaciones- Confirmación de la resolución venida en grado.

2.1. Jueces y modelo acusatorio.

La introducción del modelo acusatorio en nuestro país, para algunos con rasgos adversariales y con características propias, establece una característica fundamental del sistema: la identificación de los actores y la asignación de roles a cada uno de ellos.

Los jueces dentro de este modelo actúan dentro de un esquema funcional (de investigación preparatoria, juzgamiento y revisión), y de garantía de los derechos fundamentales.

Por ello, no es extraño que el juez de investigación preparatoria[1], atendiendo a la función encomendada y sin dejar de lado la posición que

1 Mal llamado así, pues, debiera ser en todo caso, juez de control de la investigación preparatoria o juez de garantías.

asumen los demás jueces penales, se convierte en mayor grado, en un verdadero juez constitucional, encargado de decidir sobre la plausibilidad o no de restringir o limitar derechos[2].

En el caso, la revisión de la decisión ha de realizarse no sólo dentro del significado de la excepción en el proceso, sino también en el contexto de garantía y/o protección de derechos de las partes.

2.2. Afectación del Derecho a un Debido Proceso en sede Administrativa.

El derecho a un debido proceso en sede administrativa es explicado por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 08495-2006-AA, caso: Ramiro de Valdivia Cano.

El debido proceso es un principio constitucional, concebido como: "*(...) el cumplimiento de todas las garantías y normas de orden público que deben aplicarse a todos los casos y procedimientos, incluidos los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos. Vale decir, que cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea éste administrativo –como en el caso de autos– o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal*" (Fundamento 31).

Este principio y derecho es aplicable a todo proceso, no sólo judicial, sino administrativo: "*(...) En efecto, el derecho al debido proceso y los derechos que este trae como contenido son invocables y, por tanto, garantizados, no sólo en el seno de un proceso judicial, sino también en el ámbito del procedimiento administrativo. Así, "el Debido Proceso Administrativo" supone, en toda circunstancia, el respeto –por parte de la administración pública o*

---

2 Declarar la fundabilidad o no de la prisión preventiva que restringe el derecho a la libertad; el allanamiento de domicilio que limita el derecho a la inviolabilidad del mismo; la extracción de flujos corporales que restringe el derecho a la integridad corporal, etc., nos permite concluir en este sentido. Tal calidad se extiende a los jueces de apelación que también tienen relación directa con la resolución de casos e incidencias donde se discute limitación de derechos.

privada– de todos aquellos principios y derechos normalmente invocables en el ámbito de la jurisdicción común o especializada y a los que se refiere el Artículo 139° de la Constitución del Estado (juez natural, juez imparcial e independiente, derecho de defensa, etc.)" (Fundamento 32).

Señala que el fundamento de un debido proceso administrativo se encuentra:*"(...) en el hecho de que tanto la administración como la jurisdicción están indiscutiblemente vinculadas a la Carta Magna, de modo que si ésta resuelve sobre asuntos de interés del administrado, y lo hace mediante procedimientos internos, no existe razón alguna para desconocer las categorías invocables ante el órgano jurisdiccional"* (Fundamento 33).

Asimismo, expresa que el debido proceso, integra: *"(...) un haz de derechos que forman parte de su estándar mínimo; entre estos derechos constitucionales, especial relevancia para el presente caso adquiere el derecho a la motivación de las resoluciones (...)"* (Fundamento 34).

2.3. Deber de motivación en las decisiones de los Fiscales.

2.3.1. Citando la decisión del Tribunal Constitucional debemos dar contenido al deber de motivación de las decisiones fiscales:

Se afirma que: *"(..) en la STC N.° 2192-2004-AA/TC, "La motivación de las decisiones administrativas no tiene referente constitucional directo. No obstante, se trata de un principio constitucional implícito en la organización del Estado Democrático que se define en los artículos 3° y 43° de la Constitución, como un tipo de Estado contrario a la idea del poder absoluto o arbitrario. En el Estado Constitucional Democrático, el poder público está sometido al Derecho, lo que supone, entre otras cosas, que la actuación de la Administración deberá dar cuenta de esta sujeción a fin de despejar cualquier sospecha de arbitrariedad. Para lograr este objetivo, las decisiones de la Administración deben contener una adecuada motivación, tanto de los hechos como de la interpretación de las normas o el razonamiento realizado por el funcionario o colegiado, de ser el caso"* (Fundamento 35).

Agrega: *"en el Expediente N.° 0090-2004-AA/TC, este Tribunal ya desarrolló un criterio jurisprudencial sobre algunos de los alcances de*

la motivación de las decisiones en sede administrativa, y estableció que: "(...) la motivación debe otorgar seguridad jurídica al administrado y permitir al revisor apreciar la certeza jurídica de la autoridad que decide el procedimiento; para ello no se debe utilizar las citas legales abiertas, que sólo hacen referencia a normas en conjunto como reglamentos o leyes, pero sin concretar qué disposición ampara la argumentación o análisis de la autoridad (...)". Se expuso, además, que "(...) el deber de motivar las decisiones administrativas alcanza especial relevancia cuando en las mismas se contienen sanciones" (Fundamento 36).

"Asimismo, en la STC N.° 2192-2004-AA/TC, este Colegiado estimó que "En la medida en que una sanción administrativa supone la afectación de derechos, su motivación no sólo constituye una obligación legal impuesta a la Administración, sino también un derecho del administrado, a efectos de que éste pueda hacer valer los recursos de impugnación que la legislación prevea, cuestionando o respondiendo las imputaciones que deben aparecer con claridad y precisión en el acto administrativo sancionador. De otro lado, tratándose de un acto de esta naturaleza, la motivación permite a la Administración poner en evidencia que su actuación no es arbitraria sino que está sustentada en la aplicación racional y razonable del derecho y su sistema de fuentes" (Fundamento 37).

Finalmente, señala: *"La doctrina considera, pues, que la motivación supone la exteriorización obligatoria de las razones que sirven de sustento a una resolución de la administración, siendo un mecanismo que permite apreciar su grado de legitimidad y limitar la arbitrariedad de su actuación. Evidentemente, tal exigencia varía de intensidad según la clase de resolución de que se trate, siendo claro que ella deberá ser más rigurosa cuando se trate, por ejemplo, de decisiones sancionadoras (...)"* (Fundamento 38).

"Es por ello que este Tribunal Constitucional reitera que un acto administrativo dictado al amparo de una potestad discrecional legalmente establecida resulta arbitrario cuando sólo expresa la apreciación individual de quien ejerce la competencia administrativa, o cuando el órgano administrativo, al adoptar la decisión, no motiva o expresa las razones que lo han conducido a adoptar tal decisión. De modo que, como ya se

ha dicho, motivar una decisión no sólo significa expresar únicamente al amparo de qué norma legal se expide el acto administrativo, sino, fundamentalmente, exponer en forma sucinta –pero suficiente– las razones de hecho y el sustento jurídico que justifican la decisión tomada" (Fundamento 40).

2.3.2. La obligación de fundamentar o motivar las decisiones de los fiscales se encuentra claramente establecida en el Código Procesal Penal[3].

2.3.3. En el caso concreto, advertimos que no existe debida motivación en la Disposición Fiscal No. 1173-2009-3FPPCA, del 25 de agosto de 2009 (foja132), cuando se imputa a la excepcionante Felícitas Flor de María Román Bazán de Vizcarra, la comisión del delito de lavado, así:

---

3 "Artículo 64. Disposiciones y requerimientos.- 1. El Ministerio Público formulará sus Disposiciones, Requerimientos y Conclusiones en forma motivada y específica, de manera que se basten a sí mismos, sin remitirse a las decisiones del Juez, ni a Disposiciones o Requerimientos anteriores".
"Artículo 122 Actos del Ministerio Público.
1. El Ministerio Público, en el ámbito de su intervención en el proceso, dicta Disposiciones y Providencias, y formula Requerimientos.
2. Las Disposiciones se dictan para decidir: a) el inicio, la continuación o el archivo de las actuaciones; b) la conducción compulsiva de un imputado, testigo o perito, cuando pese a ser emplazado debidamente durante la investigación no cumple con asistir a las diligencias de investigación; c) la intervención de la Policía a fin de que realice actos de investigación; d) la aplicación del principio de oportunidad; y, e) toda otra actuación que requiera expresa motivación dispuesta por la Ley (...)
5. Las Disposiciones y los Requerimientos deben estar motivados. En el caso de los requerimientos, de ser el caso, estarán acompañados de los elementos de convicción que lo justifiquen". "Artículo 336. Formalización y continuación de la Investigación Preparatoria.
2. La Disposición de formalización contendrá:
b) Los hechos y la tipificación específica correspondiente. El Fiscal podrá, si fuera el caso, consignar tipificaciones alternativas al hecho objeto de investigación, indicando los motivos de esa calificación;

2.3.3.1. Teniéndose presente el tipo penal imputado, esto es, el previsto en el artículo 1 de la Ley 27765.

"Artículo 1.- Actos de Conversión y Transferencia

El que convierte o transfiere dinero, bienes, efectos o ganancias cuyo origen ilícito conoce o puede presumir, y dificulta la identificación de su origen, su incautación o decomiso; será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa."

La imputación de hechos que se asigna a la investigada debe estar relacionada con el delito mencionado, sin embargo, en dicha disposición se señala:

"Respecto a la denunciada Felícitas Flor de María Román de Bazán de Vizcarra (como presunta autora) se tiene que esta participó activamente en una transacción realizada por Lorena Vizcarra Manrique para la formación de la empresa Transoceánica, no habiéndose probado el íntegro de su aporte dinerario, ello teniendo presente que sólo ha indicado tener un préstamo Contifácil conforme se aprecia del contrato de fojas 489 a 494 por un monto a cubrir aporte dinerario"

2.3.3.2. No existe mención de hechos referidos a los verbos rectores "convertir"[4] o "transferir"[5].

---

4 El Delito de Lavado de Activos. Víctor Roberto Prado Saldarriaga. Grijley. Lima. 2007. p. 142. "Los actos de conversión involucran todas las formas posibles de colocación o movilización primaria de dinero liquido (...) Para la doctrina española más caracterizada, una interpretación gramatical de esa conducta típica permite sostener que por conversión se comprenden todos los actos propios de un proceso de sustitución de capitales ilícitos a través de diversas operaciones financieras, de inmisión del dinero en el circuito económico y financiero. En ese sentido, BLANCO CORDERO ha afirmado lo siguiente: "El elemento fundamental que delimita el contenido de las conductas de conversión viene dado, por tanto, por el hecho de que han de recaer directamente sobre el objeto material. Ello hay que entenderlo en el sentido de que una vez que se realiza la conducta de conversión, el resulta-

2.3.3.3. No existe referencia al ilícito que debiera conocer o pudiera presumir.

No se menciona en la Disposición Fiscal cual es el ilícito (debe entenderse ilícito penal) que la investigada debió conocer o presumir que se ha cometido, lo que le ha permitido realizar la conducta de lavado (delito fuente).

Si bien en las apelaciones se señala que el Ministerio emitió la Disposición Fiscal No. 1452-2009-3FPPCA, del 29 de octubre de 2009, que complementa la Disposición Fiscal 1173-2009-3FPPCA, del 25 de agosto de 2009, en el extremo que señala que el delito fuente son todos aquellos delitos en los que está siendo investigado Daniel Ernesto Vera Ballón por delito contra la Administración Pública.

Debe tenerse presente, que dentro del modelo acusatorio vigente, en el que se exige a las partes litigar oralmente en audiencia con la información que se tiene en el expediente fiscal (sustento del principio de contradicción o bilateralidad), donde las partes tienen la misma información y la hacen conocer al órgano jurisdiccional. No ha existido argumentación fiscal sobre este extremo, consintiéndose (en audiencia) la falta de este elemento, por ello, es que el juez decide en base a lo argumentado en audiencia.

No puede decidirse con información extra proceso. El sistema acusatorio que se sustenta en la oralidad y contradicción, dentro

---

do, esto es, el bien convertido o transformado ha de tener como base el bien originario".

5 Op. Cit, p. 143. "Los actos de transferencia buscan tipificar operaciones de lavado posteriores a la etapa de colocación. Es decir, todas aquellas corresponden a la etapa de intercalación u estratificación donde el objetivo del agente es alejar los capitales o bienes convertidos de su origen ilícito de su primera transformación. Como señala BAUER y ULMAN: En la etapa de estratificación, se trata de ocultar más el rastro que une los fondos a la actividad ilícita mediante la acumulación de una serie de complicadas transacciones financieras".

de un régimen de audiencias, no consiente "documentos de último momento" o "cartas bajo la manga", se reprueba estos mecanismos por cuanto afectan el derecho de defensa.

La Disposición Fiscal 1452-2009, emitida posteriormente, sólo demostraría el cuestionamiento que realiza la investigada, esto es, la ausencia de hechos respecto del delito fuente[6].

2.3.3.4. Tampoco se ha mencionado hechos respeto a los actos realizados por la encausada orientados a dificultar la identificación del origen del dinero, o si estos actos están referidos a impedir la incautación o decomiso de bienes, supuesto de hecho del delito imputado.

2.3.3.5. Establecer los hechos(7) del caso son de vital importancia dentro del modelo acusatorio, pues, ellos nos sirven para realizar la subsunción a la norma penal y establecer la carga probatoria. No es posible desatender los hechos, por cuanto sin éstos no existe teoría del caso, menos planeación estratégica del proceso.

El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente No. 6167-2005-PHC/TC – caso: Fernando Cantuarias Salaverry, ha señalado que:

"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.

---

6 Debe señalarse que la exigencia de la presencia del delito fuente en el lavado de activos no es pacífica en la jurisprudencia nacional, siendo la posición más flexible aquella que considera que debe hacerse mención al delito fuente, sin exigir sentencia condenatoria o juicio de culpabilidad para su procedencia. En: Hinostroza Pariachi, César. *El delito de lavado de activos*. Grijley. Primera edición. Lima. 2007. pp. 142-143.

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". (Exp. N° 090-2004 AA/TC)" (Fundamento 30).

"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***" (Fundamento 30).

"El fiscal actúa como defensor de la legalidad y representante de la causa pública en el proceso penal. En efecto, el respeto de este principio implica que el Ministerio Público ejercite la acción penal por todo hecho que revista los caracteres de un delito, sin perder de vista que su labor se ejecuta en función de la justicia y teniendo como parámetros a la Constitución y a la ley" (Fundamento 31).

2.3.3.6. No puede consentirse dentro de un sistema acusatorio que relieva el respeto de derechos fundamentales, la existencia de decisiones (formalización de investigación preparatoria) genéricas, globales, con escasa o ausente información al investigado sobre hechos, norma penal infringida y actos de investigación iniciales, que le impidan ejercer sus derechos.

La ausencia de hechos razonables, atendiendo a las circunstancias iniciales de investigación y al delito imputado, afecta el derecho de defensa de la parte investigada y el debido proceso al que debe ser sometido cualquier ciudadano[7].

---

7 No se exige el nivel de conocimiento que significa una acusación, sino aquel que resulte razonable a las circunstancias del delito y de lo investigado preliminarmente.

2.4. Fundabilidad de la excepción de improcedencia de acción.

Conforme se establece en el artículo 6.1.b) del Código Procesal Penal, la excepción de improcedencia de acción, es amparable cuando el hecho no constituye delito o no es justiciable penalmente.

La proposición fáctica que el Ministerio Público atribuye a la excepcionante en la Disposición Fiscal 1173-2009, esto es, que:

"Respecto a la denunciada Felícitas Flor de María Román de Bazán de Vizcarra (como presunta autora) se tiene que esta participó activamente en una transacción realizada por Lorena Vizcarra Manrique para la formación de la empresa Transoceánica, no habiéndose probado el íntegro de su aporte dinerario, ello teniendo presente que sólo ha indicado tener un préstamo Contifácil conforme se aprecia del contrato de fojas 489 a 494 por un monto a cubrir aporte dinerario"

No contiene vinculación con el delito imputado. Conforme se expone es un hecho que puede ser realizado por cualquier persona, sin contenido penal.

Dentro de lo extenso de la Disposición fiscal, sólo se ha mencionado el contenido de la declaración de la investigada, sin mayor vinculación con el ilícito penal, sin mencionar, por lo menos, preliminarmente, cual es la conducta (hechos) que ha observado, que da contenido a los supuestos de la norma penal infringida, como se ha señalado en el numeral 2.3.3 de la presente resolución.

Siendo que el hecho imputado carece de contenido penal, tal y como lo ha advertido el juzgado de investigación preparatoria, ha de confirmarse la decisión venida en grado.

2.5. Control judicial sobre la formalización de investigación preparatoria – Necesidad de modificación normativa.

La vigencia del Código Procesal Penal ha permitido advertir a los operadores judiciales la existencia de diversas incongruencias e inconsistencias en la norma adjetiva que no concuasan con el modelo acusatorio,

una de estas externalidades es la falta de control de la formalización de la investigación preparatoria.

Si bien es cierto, es facultad del Ministerio Público decidir por la formalización de investigación preparatoria, sin embargo, en el discurrir y desarrollo del modelo, la judicatura advierte que algunas decisiones fiscales (Disposiciones de Formalización de Investigación Preparatoria) contienen hechos prescritos; hechos que no corresponden al tipo penal imputado; ausencia de hechos para los tipos penales investigados, etc., etc., que vienen generando sobrecostos al sistema, como la saturación del mismo ante investigaciones ineficaces y en especial, afectando derechos a las partes investigadas.

La falta de práctica o uso de institutos procesales, como la tutela de derechos (artículo 71.4 del CPP) o los medios técnicos de defensa (Excepciones, cuestiones previa o prejudicial - artículo 7 del CPP), no están permitiendo aligerar el propio sistema.

En la Legislación comparada se ha previsto el control judicial de la formalización de la investigación preparatoria o de la imputación fiscal como mecanismo que impide la existencia de investigaciones fiscales inconsistentes[8].

---

8 El Código Procesal Penal de Chile (Ley 19.676) señala:
"Artículo 229. La formalización de la investigación es la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados".
Artículo 231. Si el fiscal deseare formalizar investigación respecto de un imputado que no se encontrare en el caso previsto en el artículo 132 (detención), solicitará al juez de garantía la realización de una audiencia en fecha próxima, mencionando la individualización del imputado, la indicación del delito que se le atribuyere, la fecha y lugar de su comisión y el grado de participación del imputado en el mismo (subrayado nuestro).
"Artículo 232. En la audiencia, el juez ofrecerá la palabra al fiscal para que exponga verbalmente los cargos que presentare en contra del imputado y las solicitudes que efectuare al tribunal. Enseguida, el imputado podrá ma-

Por ello, es necesario mejorar la posición de imputación y defensa, con el fin de sustentar o dar soporte al sistema, mientras se implemente normativamente un control judicial directo de la formalización de la investigación preparatoria.

2.6. La extensión de la excepción propuesta a los demás investigados.

La fundabilidad de la excepción de improcedencia de acción ocasiona que sus efectos (sobreseimiento) alcancen a los demás imputados, siempre y cuando se encuentren en igual situación jurídica, así lo establece el artículo 8.6 del Código Procesal Penal.

El juzgado ha decidido que lo resuelto alcance a los demás imputados, atendiendo a que los hechos atribuidos a éstos no revisten contenido penal.

Si analizamos la Disposición Fiscal 1173-2009-3FPPCA, podemos advertir que esta hace mención escueta de hechos por cada uno de los investigados, sin vincular cada uno de éstos con los supuestos contenidos en la norma penal (artículo 1 de la Ley 27765), que permitan atender razonablemente una imputación inicial.

Estando a que los hechos atribuidos a cada uno de los investigados no tienen contenido penal, ni se advierte de la inicial imputación, justificada participación o vinculación de los imputados en los supuestos de

---

nifestar lo que estimare conveniente. A continuación el juez abrirá debate sobre las demás peticiones que los intervinientes plantearen (...)".
El Código de Procedimiento Penal de Colombia, Ley 906 de 2004, señala:
"Artículo 286. La formulación de la imputación es el acto a través del cual la Fiscalía General de la Nación comunica a una persona su calidad de imputado, en audiencia que se lleva a cabo ante el juez de control de garantías".
"Artículo 287. El fiscal hará la imputación fáctica cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga. De ser procedente, en los términos de este código, el fiscal podrá solicitar ante el juez de control de garantías la imposición de la medida de aseguramiento que corresponda"

la norma penal infringida, ha de consentirse en la aplicación extensiva de los efectos de la excepción propuesta a los demás encausados, esto es, a Lorena Emperatriz Vizcarra, Brigit María Rendón Zuñiga, José Federico Quintana Hernani, Fanny Elizabeth Rendón de Vera, María Fernanda Corzo de la Colina y Rodolfo Orlando Vizcarra Manrique por el delito de lavado de activos en la modalidad de conversión y transferencia previsto en el artículo 1 de la Ley 27765 y de Daniel Ernesto Vera Ballón por el delito de lavado de activos en la modalidad de conversión y transferencia previsto en el artículo 1 concordado con el acápite a) del artículo 3 de la Ley 27765, todo ello en agravio del Estado.

2.7. Respecto al recurso de apelación formulado por la Procuraduría Pública a cargo de los asuntos judiciales del Gobierno Regional de Arequipa.

Mediante resolución de 08-2009, del 16 de noviembre de 2009 (foja 126) se concede recurso de apelación a la Procuraduría Pública a cargo de los asuntos judiciales del Gobierno Regional.

Sin embargo, es de verse de la resolución No. 01-2009, del 16 de noviembre de 2009 (foja 162), que se declara la improcedencia del requerimiento de actor civil peticionado por dicha Procuraduría Pública.

Sin entrar a discutir la procedencia o no del recurso impugnatorio formulado por la Procuraduría Pública al no estar debidamente constituida en actor civil y ponderar las facultades que como entidad agraviada le permitiría, vía interpretación del artículo 95.1.d) del Código Procesal Penal, cuestionar el sobreseimiento (que importa la excepción propuesta), este Tribunal asume la posición, en mayoría, de declarar inadmisible tal pretensión, atendiendo a la inasistencia de dicho impugnante a la audiencia de apelación de auto, por lo siguiente:

2.7.1. El Código Procesal Penal establece derechos y obligaciones para los actores del nuevo proceso, llámese, Ministerio Público, imputado, actor civil (agraviado), tercero civil y juez.

Dentro de estas obligaciones está la de participar en las audiencias que se promuevan con el objeto de validar los principios de

oralidad, publicidad y contradicción, que sustentan el modelo acusatorio. La ausencia de las partes, en especial la del impugnante, deja sin contenido los principios que sustentan dicho modelo.

2.7.2.*El artículo X del Título Preliminar del CPP, prescribe que las normas que integran este título prevalecen sobre cualquier otra disposición del Código y deben ser utilizados como fundamento de interpretación.*

Si es verdad tenemos norma expresa para el caso de inasistencia del impugnante a la audiencia de sentencia (artículo 423, inciso 3, del CPP), también es cierto que no existe norma expresa para el caso de inasistencia a la audiencia de apelación de auto.

Ante ausencia de norma, se ha de interpretar las disposiciones del Código utilizando los métodos que son permitidos por la norma procesal (ver el artículo VII del Título Preliminar).

Interpretando de manera sistemática y teleológica las normas precitadas, como los artículos 420° incisos 2 y 5 de la norma adjetiva:

"En la audiencia (...) se dará cuenta de la resolución recurrida, de los fundamentos del recurso y, acto seguido, se oirá al abogado del recurrente y a los demás abogados de las partes asistentes (...)".

Entendemos que dicha norma, de manera imperativa, exige la presencia del impugnante para dar razones de su pretensión.

2.7.3.*El órgano jurisdiccional no puede constituirse en tutor de las partes, resolviendo sin la presencia de las mismas, es responsabilidad de los pretensores sostener sus argumentos en audiencia.*

2.7.4.*Siendo que en la audiencia de apelación de auto no ha concurrido la Procuraduría Pública - impugnante, dicha inasistencia ocasiona que el recurso de apelación por ella presentado sea declarado inadmisible.*

Por las consideraciones expuestas, la Sala Superior Penal, resuelve:

1. DECLARANDO:

1.1. Inadmisible el recurso de apelación interpuesto por la Procuraduría Pública a cargo de los asuntos judiciales del Gobierno Regional de Arequipa, formulado a foja 95.

1.2. Infundado el recurso de apelación interpuesto por la Procuraduría Pública Especializada en lavado de activos, de foja 81.

1.3. Infundado el recurso de apelación incoado por el Ministerio Público a foja 103.

CONFIRMANDO la resolución 04-2009, del 30 de octubre de 2009, obrante a foja 50, que declara fundada la excepción de improcedencia de acción propuesta por la defensa de la investigada Felicitas Flor de María Román Bazán de Vizcarra y sobresee el proceso de investigación preparatoria que se le sigue por delito de lavado de activos, previsto en el artículo 1 de la Ley 27765 en agravio del Estado. Con lo demás que contiene.

Juez Superior Ponente: Fernández Ceballos.

Fernández Ceballos / Cornejo Palomino / Aquize Díaz

EL VOTO EN DISCORDIA DEL SEÑOR JUEZ SUPERIOR CARLO MAGNO CORNEJO PALOMINO es en el sentido siguiente:

VISTOS: La resolución materia de alzada N° 04-2009 y la resolución N° 15 de fecha 11 de marzo del 2010.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Uno de los principios que inspiran la institución de la nulidad es la trascendencia por la existencia de vicios insubsanables y de orden público y que afectan gravemente el desenvolvimiento del proceso y que de continuar genera efectos jurídicos negativos a las partes procesales.

SEGUNDO: Asimismo, debe tenerse presente que, el inciso 5° del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, señala que son princi-

pios y derechos de la función jurisdiccional: (...) "la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan". Constituyendo la motivación un elemento intelectual eminentemente que expresa el análisis crítico y valorativo llevado a cabo por el juzgador, expresado conforme a las reglas de la logicidad; comprende tanto el razonamiento de hecho como el derecho, en las cuales apoya el juzgador su decisión, donde la motivación puede ser deficiente, aparente, insuficiente o contradictoria.

TERCERO: En el caso de autos, tenemos que a fojas 156 a 158 aparece copia certificada del escrito de fecha 29 de octubre del 2009 (fojas 153), complementario de la pretensión punitiva por parte del Ministerio Público, en el que precisa que el delito base del cual se derivaría el lavado de activos sería por el delito de Corrupción de Funcionarios. Asimismo, se tiene que el Juez emite la resolución materia de alzada, sin haber tomado en cuenta el escrito señalado, el mismo que fue proveído con fecha 02 de noviembre del 2009 (fojas 159) bajo la expresión de *"téngase por comunicada la disposición que antecede ... estése a lo resuelto en los cuadernos de improcedencia de acción con fecha treinta de noviembre del presente año"*.

CUARTO: Sin embargo, considero que dicho escrito debió ser proveído y tomado en cuenta al momento de emitirse la resolución apelada, dada la trascendencia de su naturaleza, más aún si la resolución fue notificada con fecha 05 de noviembre del 2009, no habiendo el Juez previsto, ni tomado las medidas pertinentes para que fuera incorporado, máxime si el argumento de la apelada es precisamente la carencia de un elemento del tipo; habiéndose incurrido en causal de nulidad trascendente, la misma que es insubsanable en esta instancia, afectándose así el principio de motivación de las resoluciones judiciales por insuficiencia; por lo que, en aras de resolverse lo más adecuado, el proveído que recayó en el escrito en mención debe ser declarado nulo, y por ende, también la resolución materia de alzada.

Por tales fundamentos, **MI VOTO** es porque se:

DECLARE: NULA la resolución N° 04-2009 de fecha 02 de noviembre del 2009, emitida en el proceso principal 03478-2009-0, copiada a fojas 159; en consecuencia, se declare **NULA** la resolución N° 04-2009 de fecha 30 de octubre del 2009, de fojas 50 a 56, emitida en el cuaderno número 03478-2009-15.

Renovando el acto: DISPONER: la remisión de los autos al Juez de origen, a fin de que vuelva a proveer la Disposición N° 1452-2009, tomando en cuenta las consideraciones expuestas; y efectuado ello proceda a emitir nueva resolución con relación a la Excepción de Naturaleza de Juicio propuesta. T.R. y H.S. **Juez Superior Cornejo Palomino.**

S.

Cornejo Palomino

DELITOS ESPECIALES E IMPUTACIÓN CONCRETA

"El Ministerio Público no ha logrado fundamentar razonablemente los elementos del tipo penal en la disposición fiscal de formalización de investigación preparatoria al no mencionar de manera clara en la fundamentación fáctica la calidad de funcionarios de los imputados; no ha señalado cuales son las atribuciones de los imputados"

2° SALA PENAL DE APELACIONES - SEDE CENTRAL

EXPEDIENTE	: 03064-2010-40-0401-JR-PE-02
ESPECIALISTA	: CACERES TRUJILLO, NESTOR ANGEL
IMPUTADO	: GAMERO FLORES, SANDRA MARIA
DELITO	: ABUSO DE AUTORIDAD.
AGRAVIADO	: CENTRAL AZUCARERA CHUCARAPI PAMPA BLANCA OSCAR ENRIQUE ARENAS CHACON EMPRESA INDUSTRIAL CHUCARAPI PAMPA BLANCA SA
JUZGADO	: SEGUNDO JUZGADO DE INVESTIGACIÓN
JUEZ	: CARLOS MENDOZA BANDA

AUTO DE VISTA

RESOLUCIÓN N° 10

Arequipa, dos mil once, Mayo, seis.-

OIDA

La fundamentación del recurso de apelación formulada por la señora Fiscal Superior Adjunta Maria Cecilia Estrada Aragón en contra de la resolución que declara fundada la excepción de improcedencia de acción propuesta por los imputados.

Así como escuchada la posición defensiva de la defensa técnica de los imputados Sandra Gamero Flores y Renzo Cutipe Cárdenas, ejercida por el señor abogado Juan Velásquez Orrillo. No habiéndose presentado la defensa de la agraviada para sustentar su pretensión impugnatoria, y

CONSIDERANDO:

PRIMERO. Antecedentes.

1.1. Los imputados Renzo Cutipe Cárdenas y Sandra María Gamero Flores, formulan excepción de improcedencia de acción en contra de la acción penal que se les promueve por delito de abuso de autoridad en agravio de las empresas Industrial Chucarapi Pampa Blanca S.A y Central Azucarera Chucarapi Pampa Blanca S.A.

1.2. En audiencia del trece de diciembre de dos mil diez, el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria, expide resolución que estima la excepción propuesta, disponiendo el archivo definitivo de la investigación.

1.3. El **Ministerio Público** formula apelación, atendiendo a los fundamentos siguientes: ***a)*** *La calidad de funcionario público de los imputados está implícita atendiendo a que ambos imputados son funcionarios de la SUNAT,* ***b)*** *Que los imputados recibieron la custodia de los bienes por tener la calidad de funcionarios,* ***c)*** *No ha tenido en consideración el juzgado que el acto arbitrario se produce cuando el funcionario público sustituye la ley por su propia voluntad, se han irrogado atribuciones que no les corresponde al aperturar los bienes incautados y* ***d)*** *El perjuicio es de naturaleza administrativa al dejar en estado de indefensión a la empresa agraviada.*

1.4. Las empresas agraviadas **Industrial Chucarapi Pampa Blanca S.A y Central Azucarera Chucarapi Pampa Blanca S.A**, interponen recurso de apelación, dentro del plazo legal, argumentando que: ***a)*** *El perjuicio y el abuso de atribuciones debe ser objeto de acreditación en el proceso,* ***b)*** *El abuso de atribuciones y el acto arbitrario concurren en el presente caso, al haberse aperturado lo incautado sin autorización fiscal o judicial y* ***c)*** *No se ha evaluado que el acto de abrir los bienes incautados ha dejado en indefensión a la recurrente, afectándose el debido proceso.*

SEGUNDO. Fundamentos de la revisión – Fundabilidad de la apelación.

2.1. Apelación formulada por el Ministerio Público - Fundada.

2.1.1. De acuerdo a lo señalado en el artículo 6.1.b) del Código Procesal Penal, se propone excepción de improcedencia de acción, **cuando el hecho no constituye delito o no es justiciable penalmente**.

Ello significa, que los hechos imputados no estén subsumidos en ningún tipo penal considerado en el Código Penal o en otras normas especiales.

No se trata que el hecho no esté configurado en el delito imputado o denunciado, sino que el hecho no constituya ese delito u otro que se encuentre previsto en la norma penal.

2.1.2. Así expuesto, los hechos atribuidos a los imputados, de acuerdo a lo señalado por el Ministerio Público, en la audiencia preliminar, son los siguientes:

"El día ***21 de octubre de 2009****, se realizó la diligencia de incautación de documentos de la empresa agraviada, con presencia del MP, esta diligencia se realizó en tres lugares una en Chucarapi y dos en Arequipa; la diligencia realizada en Arequipa, fue primero, en la calle Urubamba 305, edificio San Mateo, allí se incautaron libros contables, facturas y documentación magnética, estos documentos han sido lacrados con la respectiva cadena de custodia y se entregó a* ***Sandra Gamero Flores****;*

por otro lado, se realizó la diligencia de incautación en la Avenida Parra, también se incautó libros y material magnético, se procedió al lacrado y con la respectiva cadena de custodia se entregó a ***Víctor Cutipe Cárdenas****, quien participó en dicha diligencia.*

La Fiscalía Provincial de Islay, con fecha ***18 de noviembre de 2009****, emite la Providencia No. 2, señalando para el día* ***20 de noviembre de 2009****, la fecha de diligencia para la apertura del material incautado, sin embargo, al concurrir a dicha diligencia la fiscal Virginia Huacasi y la abogada de la SUNAT, se tiene que dicho material ya se había aperturado por los imputados. El día* ***26 de octubre*** *aperturan la cadena de custodia sin la autorización del Ministerio Publico.*

Cuando se hizo las actas de incautación se entregó en custodia a los imputados, pero solamente aperturaron las cajas donde estaban los libros y no donde estaban los documentos magnéticos".

2.1.3. Los hechos antes señalados se atribuyen a los imputados Sandra Gamero Flores y Víctor Cutipe Cárdenas, como delito de abuso de autoridad previsto en el artículo 376 del Código Penal, en agravio de las empresas agraviadas Industrial Chucarapi Pampa Blanca S.A y Central Azucarera Chucarapi Pampa Blanca S.A.

El tipo penal mencionado, sanciona a:

"Artículo 376.- Abuso de autoridad

El funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena, en perjuicio de alguien, un acto arbitrario cualquiera, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años".

2.1.4. Conforme a las proposiciones fácticas señaladas, se tiene que el Ministerio Público no ha logrado fundamentar razonablemente los elementos del tipo penal en la disposición fiscal de formalización de investigación preparatoria al no mencionar de manera clara en la fundamentación fáctica la calidad de funcionarios de los imputados; no ha señalado cuales son las atribuciones de los imputados, que signifiquen un exceso o extralimitación de fun-

ciones; finalmente, no ha justificado debidamente el perjuicio que se habría ocasionado a las empresas agraviadas.

Sin embargo, si bien, el Ministerio Público, en ambas instancias no ha sustentado razonablemente los hechos que imputa a título de abuso de autoridad, debe tenerse presente lo señalado en el numeral 2.1.1 de la presente resolución, esto es, que la fundabilidad de la excepción debe sostenerse en que los **hechos no constituyan delito**, no sólo el que es imputado o atribuido, sino, que no se encuentren los hechos en ningún otro tipo penal.

2.1.5. El juzgado de investigación preparatoria, se ha constreñido a fijar el debate de la excepción sólo en el tipo penal atribuido (abuso de autoridad), sin verificar que los hechos imputados constituyen otro delito.

No se ha advertido del debate, como sí lo ha hecho el Tribunal, que los hechos propuestos y debatidos pueden encontrar amparo en los tipos penales de los artículos 370 o 372 del Código Penal[1], en consecuencia, aún mantienen contenido penal.

Siendo así, la excepción propuesta resulta infundada.

2.1.6. Es obligación y responsabilidad del Ministerio Público motivar las disposiciones fiscales que emite, en especial y atendiendo al caso presente, la de formalización de investigación preparatoria, así como, de fundamentar las ampliaciones de dicha disposición

---

1 "Artículo 370.- Atentado contra la conservación e identidad de objeto. El que destruye o arranca envolturas, sellos o marcas puestos por la autoridad para conservar o identificar un objeto, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a treinta jornadas. Artículo 372.- Atentado contra documentos que sirven de prueba en el proceso. El que sustrae, oculta, cambia, destruye o inutiliza objetos, registros o documentos destinados a servir de prueba ante la autoridad competente que sustancia un proceso, confiados a la custodia de un funcionario o de otra persona, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años".

fiscal, cuando aparezcan nuevos hechos en la investigación, pues, la investigación es una actividad dinámica. Es claro que las disposiciones ampliatorias deben comunicarse a los investigados para que ejerzan su derecho de defensa.

Sólo, cuando se formula acusación, debidamente verificada y debatida en audiencia de control, en la etapa intermedia (saneamiento procesal de pretensiones que han de ser sometidas a juzgamiento), se produce la inmutabilidad de los hechos y consiguientemente, su correlación con la sentencia que ha de emitirse, previo juicio oral.

Por mayoría de los señores Béjar Pereyra y Cáceres Valencia

2.2. Apelación formulada por la defensa de las empresas agraviadas – fundada:

2.2.1. El artículo 139.6 de la Constitución considera la pluralidad de instancias como derecho fundamental, concordado con el artículo 143 de la misma Carta Fundamental y los artículos 8.2 H de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; es derecho de los justiciables el acceder a la revisión si sus recursos cumplen las reglas.

2.2.2. El artículo 139.9 de la Constitución y el artículo VII.3 del Título Preliminar del Código Procesal Penal proscriben la analogía de normas que restrinjan derechos (concuerdan con el artículo 2.24 b y los artículos 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); por tanto la judicatura no debe analogizar (como proceso cognitivo) en vano y menos causar perjuicio al impedir el conocimiento revisor.

2.2.3. El artículo 420.5 del Nuevo Código Procesal Penal establece la facultad de las partes a concurrir a la audiencia de apelación de autos; por tanto, el apelante de un auto cuenta con una potestad

legal de orden procesal establecida por el Legislador del Código Procesal Penal de asistir o no asistir según lo vea conveniente[2].

2.2.4. Bajo esta línea normativa consideramos que corresponde absolver el grado respecto al recurso impugnativo presentado por el representante de las empresas agraviadas (Industrial Chucarapi Pampa Blanca S.A. y Central Azucarera Chucarapi Pampa Blanca S.A.) obrante a folios veintisiete a treinta.

2.2.5. Al efecto: Consideramos la fundabilidad del recurso por lo siguiente:

2.2.5.1. Fundamentos de la Impugnación:

El apelante sostiene que la apelada no ha considerado que el abuso de atribuciones y el acto arbitrario concurren en el presente caso, pues el hecho de aperturar lo incautado sin autorización fiscal o judicial, comporta un mínimo de abuso de autoridad como también un acto arbitrario. Asimismo en cuanto al perjuicio considera que la apelada no ha evaluado que el acto de abrir los bienes incautados sin autorización ha perjudicado el debido proceso y han dejado en estado de indefensión al recurrente.

---

2 Al efecto en reciente Apelación N° 02-2009 resuelta por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, de fecha veintiséis de junio del dos mil diez, la Sala Suprema ha precisado que "desde el resultado de la interpretación de la ley es evidente que no puede aceptarse una opción jurisprudencial que colide con los preceptos constitucionales, más aún si implican derechos fundamentales cuya efectividad práctica debe garantizarse y sin que las sanciones derivadas del incumplimiento de normas procesales sean de tal entidad que originen resultados claramente desproporcionados. La norma objeto de interpretación es clara. Dispone la inadmisibilidad del recurso de apelación de sentencia –y sólo de sentencias– cuando el recurrente no concurre injustificadamente a la audiencia de apelación. La declaratoria de inadmisibilidad, en tanto sanción procesal, está ligada pues a la noción de 'inasistencia injustificada'. Ésta puede presentarse por diversas situaciones y motivos, que sería de rigor identificar caso por caso en función a la multiplicidad de posibilidades que pueden presentarse."(énfasis y subrayado nuestro)

2.2.5.2. Al efecto incidimos en que:

i) De conformidad con lo dispuesto por el 6.1. literal b) del Código Procesal Penal la excepción de improcedencia de acción procede cuando el hecho no constituye delito o no es justiciable penalmente, lo que significa que el hecho no esté configurado en el delito imputado o denunciado, sino que el hecho no constituya ese delito u otro que se encuentre previsto en la norma penal.

ii) ***Cargos imputados:*** En el presente caso se imputa a los investigados Sandra María Gamero Flores y Renzo Víctor Cutipe Cárdenas, que "el día veintiuno de octubre del 2009 se realizó la diligencia de incautación de documentos de la empresa agraviada, con presencia del Ministerio Público, esta diligencia se realizó en tres lugares una en Chucarapi y dos en Arequipa, la diligencia realizada en Arequipa, fue primero, en la calle Urubamba N° 305, edificio San Mateo, allí se incautaron libros contables, facturas y documentación magnética, estos documentos han sido lacrados con la respectiva cadena de custodia y se entregó a Sandra Maria Gamero Flores, por otro lado, se realizó la diligencia de incautación en la Avenida Parra, incautándose libros y material magnético, procediéndose al lacrado con la respectiva cadena de custodia y se entregó a Renzo Víctor Cutipe Cárdenas quien participó en dicha diligencia.

La Fiscalía Provincial de Islay, con fecha dieciocho de noviembre del dos mil nueve, emite providencia número dos, señalando para el día veinte de noviembre de dos mil nueve, la fecha de diligencia para la apertura del material incautado, sin embargo, al concurrir a dicha diligencia la fiscal Virginia Huacasi y la abogada de la SUNAT, se tiene que dicho material ya se había aperturado por los imputados. El día veintiséis de octubre aperturaron la cadena de custodia sin la autorización del Ministerio Público. Cuando se hizo las actas de incautación se entregó en custodia a los imputados, pero solamente aperturaron las cajas donde estaban los libros y no donde estaban los documentos magnéticos.

Estos hechos han sido calificados como Abuso de Autoridad previsto en el artículo 376 del Código Penal, en agravio de las empresas agraviadas Industrial Chucarapi Pampa Blanca S.A. y Central Azucarera Chucarapi Pampa Blanca S.A.

iii) En cuanto al delito de abuso de autoridad el artículo 376 del Código Penal, contiene la siguiente proposición normativa: *"El funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena, en perjuicio de alguien, un acto arbitrario cualquiera, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años (...)*

iv) ***En el presente caso***, como bien se analiza en la ponencia, ciertamente el Ministerio Público no ha logrado fundamentar razonablemente los elementos del tipo penal, en la Formalización de la Investigación Preparatoria, pues el fáctico fiscal no menciona claramente la calidad de funcionarios de los imputados, así como sus atribuciones que determinen un exceso o extralimitación de sus funciones, además de no justificar debidamente el perjuicio que se habría ocasionado a las agraviadas.

Sin embargo, debe tenerse presente que la fundabilidad de la excepción debe sostenerse en que los hechos NO CONSTITUYAN DELITO, no solo en materia de imputación, sino, que los hechos no se subsuman en ningún otro tipo penal.

v) En lo que nos ocupa, el Juzgado sólo se ha limitado a establecer el análisis de la excepción sólo en el tipo penal atribuido (abuso de autoridad) sin establecer si los hechos imputados constituye otro delito.

De la verificación de actuados el Tribunal de Revisión considera que los hechos propuestos y debatidos pueden encontrar amparo en los tipos penales de los artículos 370 del Código Penal (atentado contra la conservación e identidad de objeto) o en el artículo 372 del Código Penal (atentado contra documentos que sirven de prueba en el proceso), consecuentemente los hechos contienen materia penal.

2.2.6. Por estas consideraciones debe declararse fundado el recurso de apelación interpuesto por el representante de las empresas agraviadas, Industrial Chucarapi Pampa Blanca S.A. y Central Azucarera Chucarapi Pampa Blanca corriente a folios veintisiete.

Por tanto:

1. DECLARAMOS:

Por unanimidad:

1.1. Fundado el recurso de apelación propuesto por el Ministerio Público, a foja dieciocho.

Por mayoría de los señores Béjar Pereyra y Cáceres Valencia

1.2. Fundado el recurso de apelación formulado por la defensa de las empresas agraviadas, Industrial Chucarapi Pampa Blanca S.A. y Central Azucarera Chucarapi Pampa Blanca corriente a folios veintisiete.

Por unanimidad

2. **REVOCAMOS** la resolución No. 02, expedida en audiencia del trece de diciembre de dos mil diez, la misma que declara fundada la excepción propuesta por los imputados Sandra María Gamero Flores y Renzo Víctor Cutipe Cárdenas, por el delito de abuso de autoridad, previsto en el artículo 376 del Código Penal, en agravio de Empresa Chucarapi Pampa Blanca S.A y Central Azucarera Chucarapi Pampa Blanca S.A.

3. **REFORMANDOLA,** declaramos infundada la excepción de improcedencia de acción, formulada por los imputados Sandra María Gamero Flores y Renzo Víctor Cutipe Cárdenas, antes señalada.

4. **DISPONEMOS** la continuación de la causa de acuerdo a su estadc y lo devolvemos. Juez Superior Ponente: **Fernández Ceballos.**

SS.

Béjar Pereyra / **Fernández Ceballos** / Cáceres Valencia.

EL VOTO EN DISCORDIA DEL SEÑOR FERNÁNDEZ CEBALLOS TIENE LOS FUNDAMENTOS SIGUIENTES

Apelación formulada por la defensa de las empresas agraviadas - Inadmisibilidad.

1. El nuevo modelo procesal penal establece derechos y obligaciones para los sujetos y partes procesales, siendo el juez un tercero imparcial.

   El juez no puede subvencionar los defectos de defensa de las partes intervinientes, si ello fuera así, se afectaría gravemente el principio de imparcialidad.

2. Así también, el nuevo Código Procesal Penal, ha establecido un régimen de audiencias, donde los sujetos o partes procesales, proponen oralmente sus peticiones y pueden ser, según el caso, rebatidas o contradichas por quien tenga interés para ello.

   La ausencia de la parte impugnante o de su defensa a la audiencia de apelación deja sin contenido el principio de oralidad y contradicción antes mencionado, por ello, la decisión de los jueces de la República, por mayoría, en dos plenos jurisdiccionales (Arequipa y Lima), establecieron la necesidad de exigir la presencia del impugnante para ser oído y sostener la contradicción que debe producirse en audiencia, todo ello, interpretando el contenido de lo dispuesto en el artículo 420.5 del Código Procesal Penal, "(...) *Se oirá al abogado del recurrente...*").

3. El objetivo de la declaración de inadmisibilidad es lograr que se sostenga y valide el principio de oralidad y contradicción dentro de la audiencia. El interés de la judicatura es que la responsabilidad de los actores del nuevo proceso, se evidencie en la sustentación de sus pedidos y no que se resuelva la apelación en el despacho judicial sin oir a la parte, sin contradicción.

4. Siendo que la defensa de las empresas agraviadas no se han apersonado a la audiencia a defender su pretensión impugnatoria, mi

voto es porque se declare inadmisible el recurso de apelación formulado por la defensa de las agraviadas, a fojas veintisiete.

S.

Fernández Ceballos

PRINCIPIO DE LEGALIDAD E IMPUTACIÓN

"Se vulnera el principio de legalidad penal y el derecho de defensa si no existe imputación explicita que comprenda la modalidad delictiva especifica."

2° SALA PENAL DE APELACIONES - SEDE CENTRAL

EXPEDIENTE : 00393-2010-43-0401-JR-PE-01
ESPECIALISTA : CACERES TRUJILLO, NESTOR ANGEL
IMPUTADO : CHAVEZ VALDIVIA, MIGUEL ANGEL Y OTROS
DELITO : DEFRAUDACIÓN TRIBUTARIA
AGRAVIADO : EL ESTADO - PROCURADOR PÚBLICO DE LA SUNAT
JUZGADO : PRIMER JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA
JUEZ : JAIME COAGUILA VALDIVIA

AUTO DE VISTA

RESOLUCIÓN N° 12

Arequipa, dos mil once, Abril, veintinueve.-

I PARTE EXPOSITIVA:

En audiencia pública, se llevó a cabo la audiencia de apelación de auto con la intervención del Ministerio Público representado por el doctor

Santiago Irigoyen Díaz, como parte recurrente, del Actor Civil Superintendencia Nacional de Administración Tributaria representada por el doctor Alberto Martín Díaz Chávez y de la defensa técnica del imputado a cargo del doctor Ángel David Llerena Muñoz .

Ante los señores Magistrados SS. Béjar Pereyra, Fernández Ceballos y Cáceres Valencia; oídos los fundamentos expuestos, efectuadas las deliberaciones respectivas, la causa queda expedita para ser resuelta:

PRIMERO: OBJETO DE LA ALZADA:

Viene en alzada el recurso de apelación interpuesto y fundamentado dentro del plazo de ley por la defensa del imputado Miguel Ángel Chávez Valdivia en contra de la resolución 04-2010 de fecha dieciocho de octubre de dos mil diez, corriente a folios cincuenta y tres a cincuenta y cuatro que declara infundada la excepción de improcedencia de acción formulada por Miguel Ángel Chávez Valdivia en la investigación preparatoria establecida en su contra por delito de defraudación tributaria en agravio del Estado.

SEGUNDO: ARGUMENTOS DE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA:

El señor Juez de Investigación Preparatoria, fundamenta su decisión en los siguientes argumentos:

5. Si bien es cierto el Ministerio Público ha formalizado investigación preparatoria conforme al artículo 1 del Decreto Legislativo N° 813; sin embargo la delimitación especifica de los hechos objeto de acusación en realidad corresponde ser materializado en dicha etapa y no en investigación preparatoria.

6. Sobre la ausencia de hechos en la intervención como gerente del excepcionante fluye que la investigación preparatoria lo ha comprendido como autor del delito de defraudación tributaria agravada por lo que es evidente que dicha conducta ha sido tipificada en una norma penal específica, siendo que los demás cuestionamientos apuntan más bien a un juicio de adecuación fáctica.

7. En cuanto a la agravante se denota que como lo ha reconocido el propio Ministerio Publico, en audiencia, se ha cometido un error al consignar el tipo penal como el previsto en el artículo 1 concordado con el inciso cuatro inciso a) del decreto legislativo 813, no obstante este error formal no puede dar lugar a declarar fundada una excepción de improcedencia de acción, cuando ambas partes están conscientes de que se trata de un error material sin perjuicio de las aclaraciones respectivas correspondientes al Ministerio Público.

TERCERO: FUNDAMENTO DE LA APELACIÓN

El investigado en audiencia a través de su abogado y en su escrito de apelación de fojas sesenta y ocho y siguientes, solicita se revoque dicha resolución y declare fundada la excepción de improcedencia de acción, señalando que:

a) Considera que tal y como los hechos han sido propuestos por el Ministerio Público, estos no encajan dentro del delito de defraudación tributaria, porque para que los hechos denunciados constituyan delito el Ministerio Público debe señalar cual fue el medio empleado que se atribuye, no se posibilita a nuestra parte hacer una subsunción fáctica al tipo penal concreto, ello porque los hechos narrados no han señalado cual habría sido el medio utilizado, por ende es un hecho no señalado.

b) Se vulnera el principio de legalidad penal y el derecho de defensa, pues la imputación debe ser explicita y no implícita, y debe comprender la modalidad delictiva especifica.

c) Los hechos deben estar determinados desde que la investigación preparatoria se formaliza, precisamente por ello es que el artículo 349 inciso 2 del Código Procesal Penal establece que la acusación solo puede referirse a hechos y personas incluidos en la disposición de formalización de investigación preparatoria.

d) Conforme al principio de congruencia el Ministerio Público no podría variar los hechos inicialmente denunciados.

e) De los hechos denunciados aparece que no existe atribución concreta de hechos al señor Chávez Valdivia, ya que la atribución de hechos se ha hecho a la empresa y no a la persona natural Miguel Ángel Chávez Valdivia, tampoco se ha invocado el artículo 27 del Código Penal.

f) Del requerimiento fiscal aparece que no existe imputación concreta de hechos individualizados y concretos al señor Miguel Ángel Chávez Valdivia, no siendo suficiente que se indique que es el gerente, porque aun si se hubiese invocado el artículo 27 del Código Penal, esta norma requiere que el órgano de representación realice por si el tipo penal de un delito, en este caso tiene que existir atribución de hechos al órgano de representación, pero en el caso de autos ello no existe.

II CONSIDERACIONES DE LA SALA:

PRIMERO.- ARGUMENTOS NORMATIVOS

1.1. El inciso seis del artículo 139° de la Constitución Política del Estado consagra el derecho a la pluralidad de instancia.

1.2. El artículo 6° del Nuevo Código Procesal Penal señala entre las excepciones que pueden deducirse. *"...b) Improcedencia de acción, cuando el hecho no constituye delito o no es justiciable penalmente".*

SEGUNDO: ANÁLISIS JURÍDICO FÁCTICO DEL CASO CONCRETO:

2.1. En la formalización de investigación preparatoria que corre de fojas seis a fojas trece, en los fundamentos fácticos se tiene que respecto a VIMAR INGENIERIA CONSTRUCCIONES Y SERVICIOS EIRL se indica que el hecho imputado es que por el periodo comprendido entre enero y diciembre del dos mil cinco se detectó el uso de comprobantes de pago falsos que consignan operaciones de compras no reales, documentos que tienen incidencia en la determinación del impuesto general a las ventas de los periodos tributarios de marzo y abril de dos mil cinco e impuesto a la renta de tercera categoría del ejercicio dos mil cinco. Es entonces este el hecho fáctico concreto determinado por el Ministerio Público,

que al detectarse comprobantes de pago falsos que consignan operaciones no reales constituirían delito y como bien lo señala el Ad quo se debe entender que la delimitación específica de los hechos objeto de acusación corresponde ser materializado en el eventual requerimiento de acusación, puesto que la etapa de investigación preparatoria está compuesta por el recojo de información para construir la pretensión punitiva, siendo la etapa en la que el fiscal reúne los suficientes indicios para concluir en la posible existencia de un delito y formular acusación o en su defecto formular el sobreseimiento, por tanto las precisiones de los hechos se detectarán en la investigación preparatoria, para poder determinar en qué supuestos eventualmente se acusaría.

2.2. A fojas sesenta y cuatro y siguientes se subsana el error material con respecto a la agravante del articulo cuatro inciso a) por el representante del Ministerio Público, y se dispone la formalización y continuación de la investigación preparatoria contra (...) Miguel Ángel Chávez Valdivia en calidad de autor por la presunta comisión del delito de defraudación tributaria agravada ilícito previsto y penado por el articulo 1 concordado con el artículo 4 inciso a) de la ley penal tributaria Decreto Legislativo N° 813, en agravio del Estado representado por la SUNAT, habiéndose sostenido que el imputado ostenta la calidad de gerente de la empresa VIMAR INGENIERIA CONSTRUCCIONES Y SERVICIOS EIRL, si bien en la disposición de formalización de investigación preparatoria no se ha señalado el articulo veintisiete del Código Penal es necesario tener en cuenta lo establecido por este dispositivo **respecto a la actuación en nombre de otro** el cual señala que: " *El que actúa como órgano de representación autorizado de una persona jurídica o como socio representante autorizado de una sociedad y realiza el tipo legal de un delito es responsable como autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de este tipo no concurran en él, pero sí en la representada*". Por tanto, se tiene que en la formalización de investigación preparatoria al señor Miguel Ángel Chávez Valdivia al ostentar el cargo de gerente de la empresa VIMAR INGENIERIA CONSTRUCCIONES Y SERVICIOS EIRL, se le ha com-

prendido como autor del delito de defraudación tributaria agravada, por lo que es evidente que dicha conducta ha sido tipificada en una norma penal específica.

III. DECISIÓN:

Por tales razones,

CONFIRMAMOS la resolución número 04-2010 de fecha dieciocho de octubre de dos mil diez, que declaró infundada la excepción formulada por Miguel Ángel Chávez Valdivia en la investigación preparatoria en su contra por delito de defraudación tributaria en agravio del Estado. Con lo demás que contiene ORDENAMOS LA REMISION AL JUZGADO CORRESPONDIENTE. **REGÍSTRESE Y NOTIFÍQUESE. Ponente señor Johnny Manuel Cáceres Valencia.**

SS.

Béjar Pereyra / Fernández Ceballos / **Cáceres Valencia**

EL VOTO SINGULAR DEL SEÑOR FERNÁNDEZ CEBALLOS TIENE LOS FUNDAMENTOS SIGUIENTES:

Mi voto se sustenta en las consideraciones siguientes:

1. El fundamento de la excepción de improcedencia de acción es que el Ministerio Público no ha imputado a la persona de Miguel Angel Chávez Valdivia, hechos con contenido penal, que se encuentren dentro del tipo previsto en el artículo 1 concordante con el artículo 4.a) de la Ley Penal Tributaria – Decreto Legislativo 813.

2. La norma en mención establece lo siguiente:

   Decreto Legislativo Nº 813

   Artículo 1.- *El que, en provecho propio o de un tercero, valiéndose de cualquier artificio, engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, deja de pagar en todo o en parte los tributos que establecen las leyes, será reprimido (...)*

   Artículo 4.- *La defraudación tributaria será reprimida (...)*

a) *Se obtenga exoneraciones o inafectaciones, reintegros, saldos a favor,* ***crédito fiscal****, compensaciones, devoluciones, beneficios o incentivos tributarios, simulando la existencia de hechos que permitan gozar de los mismos.*

3. De acuerdo a lo escuchado en el debate de la audiencia preliminar, así como en la audiencia de revisión, se advierten diferencias o desacuerdos en la información que debe proveer el expediente fiscal, esto es, entre otras cosas, el contenido de los hechos expuestos en la Disposición Fiscal de Formalización de la Investigación Preparatoria No. 08-10-05DI-03FPPC, del veinte de enero de dos mil diez; en consecuencia, con vista de dicho documento que es el que genera controversia, debemos iniciar el examen y la toma de decisión correspondiente:

4. Los hechos contenidos en la disposición fiscal citada señalan que:

"Mediante acciones de fiscalización por parte de la administración tributaria el contribuyente VIMAR INGENIERIA CONSTRUCCIONES Y SERVICIOS E.I.R.L, por el período comprendido entre enero y diciembre de 2005, se detectó el uso de comprobantes de pago falsos que consignan operaciones de compras no reales. Documentos que tienen incidencia en la determinación del impuesto general a las ventas de los periodos tributarios de marzo y abril de 2005 e impuesto a la renta de tercera categoría del ejercicio 2005.

Como resultado de la acción fiscalizadora se determinó la existencia de comprobantes de compras emitidos por el señor Mario David Basurco Salamanca que sustentaban el crédito fiscal por prestación de servicios: alquiler de rodillo.

Al realizar el cruce de información con el señor Mario David Basurco Salamanca, se determinó que los comprobantes de pago corresponden a operaciones no reales debido a que se ha demostrado que el referido señor no ha contado con la capacidad técnica y económica de pago ya que no existe ninguna empresa que le impute compras ni cuenta con bienes de su propiedad según información de Registros Públicos.

Asimismo, en manifestaciones tomadas por la SUNAT a terceras personas como los señores Carlos Alberto Muñoz Espejo y Víctor Manuel Días Torres, éstos manifiestan que sus comprobantes de pago fueron emitidos por operaciones no reales por el señor Victor Manuel Medina Ortiz y que dicho señor también tiene en su poder comprobantes de pago del señor Mario David Basurco Salamanca y otras personas".

5. Así expuesta la fundamentación fáctica, no encuentro hechos claramente establecidos en tal narración que den cuenta de la participación del investigado Miguel Angel Chávez Valdivia, en el delito imputado.

Sin embargo, de los debates sostenidos en primera y segunda instancia, se ha dado información que precisa y vincula a dicho procesado con el ilícito imputado, como es que en la fecha de realización del fraude tributario se desempeñaba como gerente de la empresa (se cuenta con la certificación de registros públicos de dicho nombramiento), el número de las facturas falsas, el monto de las mismas, el monto del perjuicio por el crédito fiscal obtenido, la responsabilidad que debe asumir como representante de la empresa; elementos que dan cuenta de la vinculación, por lo menos inicial, del imputado con el delito, sin embargo, ello no ha sido exteriorizado en una Disposición Fiscal ampliatoria, menos comunicado ésta al investigado para que ejerza su derecho de defensa.

Tal circunstancia es anómala, desde la perspectiva que la fiscalía realiza labores de investigación sustentada en el principio de objetividad y respetando los derechos fundamentales de las partes involucradas en el conflicto, siendo su obligación fundamentar sus decisiones[1].

---

1 "Artículo 64. Disposiciones y requerimientos.-
1. El Ministerio Público formulará sus Disposiciones, Requerimientos y Conclusiones en forma motivada y específica, de manera que se basten a sí mismos, sin remitirse a las decisiones del Juez, ni a Disposiciones o Requerimientos anteriores".
"Artículo 122 Actos del Ministerio Público.-

El deber de motivación no sólo corresponde a la judicatura, sino también a las entidades administrativas, como el Ministerio Público, que tiene una función constitucional especial[2].

---

1. El Ministerio Público, en el ámbito de su intervención en el proceso, dicta Disposiciones y Providencias, y formula Requerimientos.
2. Las Disposiciones se dictan para decidir: a) el inicio, la continuación o el archivo de las actuaciones; b) la conducción compulsiva de un imputado, testigo o perito, cuando pese a ser emplazado debidamente durante la investigación no cumple con asistir a las diligencias de investigación; c) la intervención de la Policía a fin de que realice actos de investigación; d) la aplicación del principio de oportunidad; y, e) toda otra actuación que requiera expresa motivación dispuesta por la Ley (...)
5. Las Disposiciones y los Requerimientos deben estar motivados. En el caso de los requerimientos, de ser el caso, estarán acompañados de los elementos de convicción que lo justifiquen".
"Artículo 336. Formalización y continuación de la Investigación Preparatoria.-
2. La Disposición de formalización contendrá:
b) Los hechos y la tipificación específica correspondiente. El Fiscal podrá, si fuera el caso, consignar tipificaciones alternativas al hecho objeto de investigación, indicando los motivos de esa calificación;

2 "(..) en la STC N.° 2192-2004-AA/TC, "La motivación de las decisiones administrativas no tiene referente constitucional directo. No obstante, se trata de un principio constitucional implícito en la organización del Estado Democrático que se define en los artículos 3° y 43° de la Constitución, como un tipo de Estado contrario a la idea del poder absoluto o arbitrario. En el Estado Constitucional Democrático, el poder público está sometido al Derecho, lo que supone, entre otras cosas, que la actuación de la Administración deberá dar cuenta de esta sujeción a fin de despejar cualquier sospecha de arbitrariedad. Para lograr este objetivo, las decisiones de la Administración deben contener una adecuada motivación, tanto de los hechos como de la interpretación de las normas o el razonamiento realizado por el funcionario o colegiado, de ser el caso" (Fundamento 35).
Agrega: "en el Expediente N.° 0090-2004-AA/TC, este Tribunal ya desarrolló un criterio jurisprudencial sobre algunos de los alcances de la motivación de las decisiones en sede administrativa, y estableció que: "(...) la motivación debe otorgar seguridad jurídica al administrado y permitir al revisor apreciar

6. Por otra parte, debe mencionarse, que la investigación es dinámica, pues, en el transcurrir de ella pueden presentarse, eventualmente, nuevos hechos o nuevos partícipes, lo que debe hacerse de conocimiento de los investigados.

---

la certeza jurídica de la autoridad que decide el procedimiento; para ello no se debe utilizar las citas legales abiertas, que sólo hacen referencia a normas en conjunto como reglamentos o leyes, pero sin concretar qué disposición ampara la argumentación o análisis de la autoridad (...)". Se expuso, además, que "(...) el deber de motivar las decisiones administrativas alcanza especial relevancia cuando en las mismas se contienen sanciones" (Fundamento 36).

"Asimismo, en la STC N.° 2192-2004-AA/TC, este Colegiado estimó que "En la medida en que una sanción administrativa supone la afectación de derechos, su motivación no sólo constituye una obligación legal impuesta a la Administración, sino también un derecho del administrado, a efectos de que éste pueda hacer valer los recursos de impugnación que la legislación prevea, cuestionando o respondiendo las imputaciones que deben aparecer con claridad y precisión en el acto administrativo sancionador. De otro lado, tratándose de un acto de esta naturaleza, la motivación permite a la Administración poner en evidencia que su actuación no es arbitraria sino que está sustentada en la aplicación racional y razonable del derecho y su sistema de fuentes" (Fundamento 37) Finalmente, señala: "La doctrina considera, pues, que la motivación supone la exteriorización obligatoria de las razones que sirven de sustento a una resolución de la administración, siendo un mecanismo que permite apreciar su grado de legitimidad y limitar la arbitrariedad de su actuación. Evidentemente, tal exigencia varía de intensidad según la clase de resolución de que se trate, siendo claro que ella deberá ser más rigurosa cuando se trate, por ejemplo, de decisiones sancionadoras (...)" (Fundamento 38).

"Es por ello que este Tribunal Constitucional reitera que un acto administrativo dictado al amparo de una potestad discrecional legalmente establecida resulta arbitrario cuando sólo expresa la apreciación individual de quien ejerce la competencia administrativa, o cuando el órgano administrativo, al adoptar la decisión, no motiva o expresa las razones que lo han conducido a adoptar tal decisión. De modo que, como ya se ha dicho, motivar una decisión no sólo significa expresar únicamente al amparo de qué norma legal se expide el acto administrativo, sino, fundamentalmente, exponer en forma sucinta –pero suficiente– las razones de hecho y el sustento jurídico que justifican la decisión tomada" (Fundamento 40).

Sólo en la acusación, los hechos quedan inamovibles o inmodificables, previo control en la audiencia respectiva y es en base a ésta (acusación) que funciona el principio de correlación con la sentencia.

7. Finalmente, debe mencionarse que la vigencia del Nuevo Código Procesal Penal, ha permitido advertir a la judicatura la existencia de diversas incongruencias e inconsistencias en la norma adjetiva que no concuasan con el modelo acusatorio, una de estas externalidades es la falta de control de la formalización de la investigación preparatoria.

   Si bien es cierto, es facultad del Ministerio Público decidir por la formalización de investigación preparatoria, sin embargo, en el discurrir y desarrollo del modelo, se verifica que algunas decisiones fiscales (Disposiciones de Formalización de Investigación Preparatoria) contienen hechos prescritos; hechos que no corresponden al tipo penal imputado; ausencia de hechos para los tipos penales investigados, hechos genéricos o globales que se creen sobreentendidos etc., etc., lo que viene generando sobrecostos al sistema, como la saturación del mismo ante investigaciones ineficaces y en especial, afectándose derechos a las partes investigadas.

La falta de práctica o uso de institutos procesales, como la tutela de derechos (artículo 71.4 del Código Procesal Penal) o los medios técnicos de defensa (excepciones, cuestiones previa o prejudicial - artículo 7 del Código Procesal Penal), no están permitiendo aligerar el propio sistema.

En la Legislación comparada se ha previsto el control judicial de la formalización de la investigación preparatoria o de la imputación fiscal como mecanismo que impide la existencia de investigaciones fiscales inconsistentes[3].

---

3 El Código Procesal Penal de Chile (Ley 19.676) señala:
"Artículo 229. La formalización de la investigación es la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que de-

Por ello, es necesario mejorar la posición de imputación y defensa, con el fin de sustentar o dar soporte al sistema, mientras se implemente normativamente un control judicial directo de la formalización de la investigación preparatoria.

Atendiendo a éstas consideraciones, mi posición es que se confirme la resolución apelada, debiendo el Ministerio Público, si fuere el caso, ampliar la formalización de la investigación preparatoria, precisando de manera clara los hechos que imputa al investigado Miguel Angel Chávez Valdivia.

Juez Superior: Fernández Ceballos.

---

sarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados".

Artículo 231. Si el fiscal deseare formalizar investigación respecto de un imputado que no se encontrare en el caso previsto en el artículo 132 (detención), solicitará al juez de garantía la realización de una audiencia en fecha próxima, mencionando la individualización del imputado, la indicación del delito que se le atribuyere, la fecha y lugar de su comisión y el grado de participación del imputado en el mismo (subrayado nuestro).

"Artículo 232. En la audiencia, el juez ofrecerá la palabra al fiscal para que exponga verbalmente los cargos que presentare en contra del imputado y las solicitudes que efectuare al tribunal. Enseguida, el imputado podrá manifestar lo que estimare conveniente.

A continuación el juez abrirá debate sobre las demás peticiones que los intervinientes plantearen (...)".

El Código de Procedimiento Penal de Colombia, Ley 906 de 2004, señala: "Artículo 286. La formulación de la imputación es el acto a través del cual la Fiscalía General de la Nación comunica a una persona su calidad de imputado, en audiencia que se lleva a cabo ante el juez de control de garantías".

"Artículo 287. El fiscal hará la imputación fáctica cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga. De ser procedente, en los términos de este código, el fiscal podrá solicitar ante el juez de control de garantías la imposición de la medida de aseguramiento que corresponda"

SOBRESEIMIENTO Y FALTA DE IMPUTACIÓN

"Si no existe formalización de investigación preparatoria o ampliación de investigación preparatoria que contenga el elemento fáctico respectivo por el delito de Apropiación Ilícita –lo cual debió ser objeto de imputación en forma oportuna a los procesados Hanot Huamanquispe Choque e Hilaria Benito Mendoza– no es posible que el hecho objeto de la causa pueda atribuírseles a los mismos"

1° JUZ. INVESTIG. PREPARATORIA - SEDE CERRO COLORADO

EXPEDIENTE	: 02360-2010-77-0401-JR-PE-01
ESPECIALISTA	: FLOR FLORES, MIRIAN ROSARIO
MINISTERIO PUBL.	: 2DA FPPC 4TO DESPACHO DE INVESTIGACIÓN DR JAN FRANK ZEGARRA ROCHA.
DELITO	: ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTA.
IMPUTADO	: SONCO LLAYQUE, JUSTO BENITO MENDOZA, HILARIA QUISPE CALLOAPAZA, CELSO APAZA MAMANI, CARMELO HUAMANQUISPE CHOQUE, HANOT, OTROS
DELITO	: FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS.
	: HUAMANQUISPE CHOQUE, HANOT, y BENITO MENDOZA, HILARIA

AGRAVIADO : ALVIS PACHECO, APOLINARIO
: ASOCIACIÓN DE VENDEDORES DEL MERCADO ZONAL 24 DE JUNIO DEL PUEBLO JOVEN FRANCISCO BOLOGNESI DEL DISTRITO DE CAYMA.
: CARI CHAMBILLA, VALERIO

RESOLUCIÓN : 15-2012

Arequipa, dos mil doce

Febrero veintisiete.

VISTOS: Los antecedentes de la presente carpeta, escuchadas las partes procesales en audiencia; y,

PRIMERO.- Hechos imputados

La acusación fiscal se sustenta fundamentalmente en que la Asociación de vendedores de Mercado Zonal 24 de Junio del Pueblo Joven Francisco Bolognesi, del Distrito de Cayma, es una organización de Derecho Civil con personería Jurídica inscrita en partida N° 01064980, de la zona registral N° XII-Sede de Arequipa. Que, mediante Acta de Asamblea General del 13 de mayo del 2006, la Asociación de Vendedores del Mercado Zonal 24 de Junio, eligió a la Junta Directiva para el periodo 2006 – 2008, conformada por Hanot Huamanquispe como Presidente, Celso Quispe como Vicepresidente, Calixto Huarca como Fiscal, Carmelo Apaza como Secretario de Actas, Hilaria Benito Mendoza como Tesorera, Justo Sonco como Secretario de Prensa y Propaganda, Natividad Puma como Primer Vocal y Martha Olvea, como Segundo Vocal. Que luego del primer año, los aludidos no cumplieron con convocar a la Asamblea Obligatoria Anual, para aprobar el balance de la misma y determinar si ha habido ganancias y el destino de las mismas, por lo que se les habría ocultado el real estado de la misma. Respecto del segundo año de gestión, señalan que mediante Asamblea General Extraordinaria del 25 de Octubre del 2008, se designó una comisión revisora, integrada por los denunciantes, para que realicen la revisión de los estados financieros de la mencionada persona jurídica, para lo cual contrataron al perito contable CPC Juan Vega Pimentel, quien elabora el informe

Pericial Contable de Parte su fecha 15-01-2009, dentro de sus conclusiones señaló: **Primero.** Se ha determinado que el libro denominado caja de 100 folios dobles legalizado por la Notaría Elsa Holgado de Carpio con fecha 13 de marzo del año 2007, sin embargo el libro fue tramitado desde el mes de julio de 2006, lo cual determina que este libro se ha legalizado al siguiente año de su registro, infringiéndose las normas legales de los registros públicos, el cual indica que antes de realizar los registros se debe de legalizar con anterioridad. **Segundo:** Se ha determinado que de la revisión de la documentación sustentatoria de gastos de la Asociación de Vendedores del Mercado Zona 24 de Junio, del Distrito de Cayma del periodo julio 2006 - junio 2008, por el registro de documentos que no están de acuerdo a Ley de comprobantes de pago, documentos adulterados, documentos sin sustento legal tal como se muestra en los cuadros, 01, 02, 03, los responsables de este manejo económico deben rendir cuentas por una suma de 65,286.55. **Tercero:** Se ha determinado que existe una diferencia entre el libro caja y la documentación de ingresos la suma de 93,705.43, asimismo se ha podido observar que los cuadernos de ingresos presentan enmendaduras y rectificaciones demostrando la falta de seriedades en el registro de ingresos. **Cuarto:** Se ha determinado que en los archivos de la documentación sustentatoria de la Asociación, existe la nota de pedido a nombre de ferretería Santa María de fecha 27 de noviembre del 2006 por el monto de 4,500.00 por deuda de cemento el mismo que no se encuentra registrado en el libro de caja, demostrándose que los registros contables no guardan relación con la documentación que existe en archivos; dichas observaciones fueron puestas en conocimiento de la Junta Directiva, y que los imputados realizaron sus descargos, pero sin sustento fáctico ni asidero legal, por lo que el aludido perito contable ha señalado que los responsables de esta gestión deben de rendir cuentas por la suma de 59,436.55 Nuevos Soles, por los conceptos siguientes", gastos que no tienen documentación de acuerdo a ley de comprobantes de pago normados por la SUNAT 42, 242.86, documentos adulterados 4,456.00, documentos sin sustento legal 12,437.69, por lo que los hechos en referencia motivaron que en Asamblea General del 16-01-2009, la comisión revisora acordó, *"Revocar a la anterior Junta Directiva de la*

Asociación, nombrar a una Junta Directiva Transitoria, a efecto que esta asuma la administración provisional de la persona jurídica y de conformidad con lo establecido por el artículo 44 del Estatuto que rige la Asociación, se han otorgado facultades a efectos de denunciar dichos hechos ante las autoridades correspondientes". Durante la realización de la Investigación Preliminar se dispuso la realización de una pericia Contable Oficial, designándose a los peritos CPC Mario Miguel Genaro Rubina Carbajal y Leonardo Wilfredo Valcarcel Álvarez, a fin de determinar la conformidad de los ingresos y egresos habidos durante la gestión de la directiva presidida por el Señor Hannot Huamanquispe Choque en la Asociación de vendedores del mercado 24 de Junio del PJ. Francisco Bolognesi del Distrito de Cayma por el periodo comprendido entre el 01-07-2006 y el 31-06-2008, y establecer si después de efectuado el examen correspondiente hubo un saldo diferente al contabilizado en el libro de cajas, cuantificando dicha circunstancia de ser el caso. El informe pericial obrante a folios 228/230 en el que los peritos concluyeron que, PRIMERO: De la revisión sustentatoria de egresos (gastos) efectuados por la directiva de gestión de la Asociación de Vendedores del Mercado Zona 24 de Junio PJ. Francisco Bolognesi, del Distrito de Cayma, para el periodo 01.07.2006 y el 30-07-2008, se ha encontrado documentos ilegalmente emitidos, tales como recibos internos de egresos, hojas recibos hechos a mano, en impresora numerado con lapicero, declaraciones juradas hechas por cantidades importantes más del 10% de la UIT, etc., lo cual evidencia un frágil sustento de la contabilización de egresos del libro de Caja. Por las razones expuestas en el párrafo anterior, concluimos que tal como se desprende del anexo 02 y 03, la Directiva debe dar cuenta de un saldo de caja establecido de S/. 86,893.74 nuevos soles. SEGUNDO: En el anexo N° II se encuentran los documentos no considerados fehacientes y/o fidedignos a nuestro entender y que no proceden a sustentar legalmente el egreso o gastos de la mencionada asociación. En cuyo anexo se detalla mes a mes dichos documentos y que asciende a la suma de S/. 83,311.28 nuevos soles. TERCERO. Tal como lo muestra el anexo N° 4, que muestra los préstamos otorgados a la Asociación de cuyos movimientos se desprende los siguientes: a) Préstamo de la entidad financiera Crear, en el libro caja se registró en el mes de setiembre

2007, sin fecha y número de comprobante un ingreso por préstamo de 5000 nuevos soles de dicha entidad, en pagos efectuados registrados en dicho libro, aparecen por un total de 9,545 Nuevos Soles, estableciéndose una diferencia de pago de más por 4,545.00 Nuevos Soles, es preciso señalar que no hemos tenido a la vista documento alguno como el contrato, el pagaré o el detalle de las garantías o algún otro documento que muestre las condiciones en los que se realizó dicho préstamo. Asimismo, como sustento de las amortizaciones de dicho préstamo, no existe un archivo, voucher u otro documento emitido por la entidad, B) Préstamo de Señor Celso Quispe Calloapaza vicepresidente de la Asociación, no existe registro del ingreso por dicho concepto en el Libro Caja, más si se encuentran contabilizados dos egresos en pago del supuesto préstamo que asciende a la cantidad de 2580 Nuevos Soles, cantidad que estaría siendo registrada irregularmente. C) Préstamo de Caja Municipal de Arequipa, se registra en el folio N° 06 del Libro Caja con fecha 30.09.2006 un ingreso por Mil Trescientos Nuevos Soles de la Caja Municipal de Arequipa, no existiendo respaldo documentario de dicha operación, tales como contrato pagaré u otro documento que explique dicha operación. A la fecha no se encuentra contabilización de ningún pago u amortización que haya efectuado la Asociación, así mismo del contenido de la Ampliación del informe Pericial Obrante a folios 750/752, elaborado por los peritos CPC Mario Miguel Genaro Rubina Carbajal y Leonardo Wilfredo Valcárcel Álvarez, a fin de examinar los ingresos registrados en los cinco cuadernos de la Asociación y los ingresos registrados en el Libro de caja correspondiente a los ingresos por los servicios de uso de baños, cobranza de Feria y uso de la Playa de Estacionamiento de la Asociación de Vendedores del Mercado 24 de Junio del Distrito de Cayma correspondiente al periodo comprendido entre el 01.07.2006 al 31.07.2008, se ha llegó a la conclusión: que se ratifican en las conclusiones emitidas en el Informe Pericial presentado con fecha 30-06-2009; que los ingresos registrados en los cinco cuadernos son mayores a los registrados en el Libro de Caja en la suma de S/. 3,145.14 nuevos soles, y, que la Directiva debe dar cuenta de un saldo de caja por la suma de S/. 90,038.88 nuevos soles.

Precisa finalmente que los imputados en su calidad de integrantes de la Junta Directiva, en el período que estaba comprendido 01 de julio del 2006 al 31 de julio de 2008, tanto Hanot Huamanquispe, como Presidente e Ilaria Benito Mendoza, como tesorera, se apropiaron indebidamente del dinero perteneciente a la asociación que ascendía a la suma de S/. 90,038.88 nuevos soles y ello se desprende del contenido de la pericia oficial, en las cuales se ha demostrado que de la revisión sustentatoria de egresos (gastos) efectuados por la Directiva de gestión de la Asociación del Mercado 24 de junio del distrito de Cayma, se encontrado documentos ilegalmente emitidos. Subsume los hechos en lo previsto en el artículo 190° primer párrafo del Código Penal.

SEGUNDO.- Pretensión de sobreseimiento y oposición.

2.1. La **defensa** técnica de **Hilaria Benito Mendoza**, señala que, haciendo un recuento de la imputación, no existe afirmaciones fácticas, precisas, claras respecto del delito imputado, apropiación ilícita, si hace referencia al **principio de imputación concreta**, además del Acuerdo Plenario vinculante N° 06-2009 que refiere cuales son los requisitos los requisitos de acusación fiscal. **La imputación de hechos debe ser clara, precisa, no implícita, cierta y expresa**, esto se condice con las sentencias que ha emitido la Corte Suprema, del mismo modo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en el Expediente 6033-2006 y 8125-2005 dice la acusación ha de ser cierta, no implícita, sino precisa, clara y expresa, es decir una descripción suficientemente detallada de los hechos punibles y del material probatorio en que se funda. **Este es un caso de una imputación difusa, no expresa, no clara, no específica, porque los elementos configuradores del delito de Apropiación Ilícita, debe haber información o imputación fáctica respecto del provecho, si es propio o si es favor de un tercero, eso no existe en esta imputación**. No existe cuanto ya que los peritos han concluido que la contabilidad es frágil, que ha habido errores en el registro no concluyen que falte dinero, simplemente que la sustentación no está acorde a la perfección de la norma relativo a los comprobantes de pago de

la SUNAT, además **tampoco se ha indicado material fáctico respecto de cuál de las modalidades se está imputando la comisión delictiva**, se ha recibido en depósito, comisión, administración u otro título, y cuándo tenían que devolver, entregar, si es que supera los elementos objetivos del tipo anteriormente descritos, no existe material fáctico para ello, por ello, solicita que se informe cuáles son los fundamentos fácticos, claros, precisos, concretos y expresos, que configurarían cada uno de los elementos típicos, objetivos y subjetivos, ya que el ánimo de lucro también tiene que ser afirmado con una proposición fáctica, cuáles son ellos para poder indicar que esta imputación se adecua a la calificación jurídica de Apropiación Ilícita.

2.2. El representante del Ministerio Público, se opone al sobreseimiento, precisa que, la imputación que se realiza en contra de ambas personas es que en su calidad de integrantes de la Junta Directiva, en el período que estaba comprendido 01 de julio del 2006 al 31 de julio de 2008, tanto Hanot Huamanquispe, como Presidente e Ilaria Benito Mendoza, como tesorera, se apropiaron indebidamente del dinero perteneciente a la asociación que ascendía a la suma de S/. 90,038.88 nuevos soles y ello se desprende del contendido de la pericia oficial, en las cuales se ha demostrado que de la revisión sustentatoria de egresos (gastos) efectuados por la Directiva de gestión de la Asociación del Mercado 24 de junio del distrito de Cayma, se encontrado documentos ilegalmente emitidos tales como recibos internos de egresos, hojas de recibos hechas a mano e impresora numerado a lapicero, declaraciones juradas hechas por cantidades importantes (más del 10% de la UIT), lo cual evidencia un frágil sustento de la contabilización de egresos del libro de caja. Asimismo, señalan que deben dar cuenta de un saldo de caja establecido de S/ 86893.74, apareciendo en el anexo 2 documentos no considerados fehacientes y/o fidedignos y que no proceden a sustentar legalmente egreso de la mencionada asociación, lo que resultó de una verificación efectuada en los comprobantes de egreso, contenidos en dos archivadores de palanca en poder del Ministerio Público, y como quiera que la institución había reali-

zado desembolsos de dinero o compras de bienes y servicios, se encontraba obligada a solicitar a sus proveedores los respectivos comprobantes de pago señalados a fin de que se pueda sustentar la contabilización de dichas operaciones comerciales; asimismo por haberse verificado que el monto de los ingresos registrados en dichos cuadernos y los registrados en el Libro de Caja en algunos casos no son los mismos; como aparece en el cuadro 01, en donde se encuentra diferencias en los son los meses de julio, agosto, setiembre, noviembre 2006; enero, mayo, agosto, setiembre, octubre, noviembre y diciembre 2007, enero a junio 2008; encontrado que los ingresos registrados en los cuadernos que contiene el registro de los ingresos por servicios de uso de baños y uso de la playa de estacionamiento, así como de otros ingresos, los ingresos registrados en los cuadernos son mayores a los registrados en el Libro, en la suma de S/ 3145.14 nuevos soles y que los mismos tiene borrones y enmendaduras en la mayoría de los registros.

Finalmente el Ministerio Público, en audiencia realizó la subsunción atribuida a los imputados ellos en calidad de entes administradores, y que dicha conducta se subsume en el primer párrafo del artículo 190° del Código Penal, precisando que existe un juicio de fundabilidad y existe elementos suficientes en que se debatiría cada una de ella conforme a los elementos que van a ser ofrecidos.

2.3. La defensa técnica de **Hanot Huamanquispe**, señala que, se aúne a la petición de la defensa, que en las conclusiones de las pericias de parte, dice que se evidencia un frágil sustento en la contabilización de los egresos del libro de caja. Que, estos mismos hechos fueron investigados y el mismo Ministerio Público ha solicitado el sobreseimiento en el delito de Fraude en la Administración de Personas Jurídica y con estos mismos argumentos quiere acusar por el delito de Apropiación Ilícita.

TERCERO: Marco normativo involucrado

3.1. El artículo 190° primer párrafo **del Código Penal,** prescribe: "El que, en su provecho o de un tercero, se apropia indebidamente

de un bien mueble, una suma de dinero o un valor que ha recibido en depósito, comisión, administración u otro título semejante que produzca obligación de entregar, devolver, o hacer un uso determinado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años".

3.2. **El artículo 198 del Código Penal,** vigente al momento de los hechos conforme a la **Ley 28755**, prescribe: Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años el que, en su condición de fundador, miembro del directorio o del Consejo de Administración o del Consejo de Vigilancia, gerente, administrador o liquidador de una persona jurídica, realiza en perjuicio de ella o de terceros, cualquiera de los actos siguientes: 1. Ocultar, a los accionistas, socios, asociados, auditor interno, auditor externo, según sea el caso o a terceros interesados, la verdadera situación de la persona jurídica, falseando los balances, reflejando u omitiendo en los mismos beneficios o pérdidas o usando cualquier artificio que suponga aumento o disminución de las partidas contable [...] 8. Usar en provecho propio o de otro, el patrimonio de la persona jurídica.

3.3. El **artículo 336°** inciso 2 **del Código Procesal Penal**, establece: La Disposición de formalización contendrá: [...] b) Los hechos y la tipificación específica correspondiente. El Fiscal podrá, si fuera el caso, consignar tipificaciones alternativas al hecho objeto de investigación, indicando los motivos de esa calificación.

3.4. El **artículo 344° numeral 2, literales b) y d) del Código Procesal Penal**, establece que el Ministerio Público puede solicitar la conclusión del proceso por sobreseimiento cuando: **el hecho imputado no es típico y no hay elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado.** En consecuencia, corresponde analizar los fundamentos del requerimiento de sobreseimiento, conforme a dicho precepto legal.

3.5. El **artículo 349° del Código Procesal Penal**, establece:

Inciso 2: *"La acusación sólo puede referirse a hechos y personas incluídos en la Disposición de formalización de la Investigación Preparatoria, aunque se efectuare una distinta calificación jurídica".*

Inciso 3: *"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 de que no resultaren demostrados en el debate los elementos que componen su calificación jurídica principal, a fin de posibilitar la defensa del imputado".*

CUARTO: Análisis jurisdiccional.

4.1. Mediante Disposición Fiscal N° 08-2010 de fecha 11 de junio de 2010, la Segunda Fiscalía Provincial Corporativa de Arequipa del Cuarto Despacho de Investigación, formalizó investigación preparatoria en contra de **Hanot Huamanquispe Choque**; Celso Quispe Calloapaza; Calixto David Huarca Huayllani; Carmelo Apaza Mamani; **Hilaria Benito Mendoza**; Justo Sonco Llayque; Natividad Puma Huaroccaya; y, Martha Olvea Fuentes, por presunta comisión del delito Contra el Patrimonio – Fraude en la Administración de Personas Jurídicas, en la modalidad de Administración Fraudulenta. Ello se desprende del Expediente N° 02360-2010-0-0401-JR-PE-01.

4.2. De la citada Disposición Fiscal N° 08-2010 de fecha 11 de junio de 2010, la Segunda Fiscalía Provincial Corporativa de Arequipa del Cuarto Despacho de Investigación, se advierte además que respecto de los imputados Hanot Huamanquispe Choque e Hilaria Benito Mendoza, se ha formalizado investigación preparatoria por el delito de Contra La Fe Pública – Uso de Documento Privado Falsificado, previsto en el primer y segundo párrafo del artículo 427 del Código Penal, en agravio de La Asociación de Vendedores del Mercado Zonal 24 de junio del Pueblo Joven Francisco Bolognesi del distrito de Cayma, habiendo el Despacho del Juzgado de Investigación Preparatoria de Cerro Colorado, declarado fundado el requerimiento de sobreseimiento de este delito, mediante Re-

solución N° 12-2011 de fecha 28 de diciembre de 2011 que obra folios 202 a 212, y como consecuencia de ello el archivo definitivo del proceso.

4.3. Del análisis del Cuaderno de Formalización de Investigación Preparatoria tramitado en el Expediente Judicial N° 02360-2010-0-0401-JR-PE-01, se advierte que mediante Disposición N° 09-2010 de fecha 18 de octubre de 2010, la Fiscalía ha prorrogado la Investigación Preparatoria en contra de Hanot Huamanquispe Choque e Hilaria Benito Mendoza.

4.4. La Formalización de Investigación Preparatoria ni la Prórroga de la Investigación Preparatoria, en contra de Hanot Huamanquispe Choque e Hilaria Benito Mendoza, no han previsto ni consignado tipificación alternativa al hecho objeto de investigación; sin embargo, el representante del Ministerio Público en la audiencia del 16 de febrero de 2012, ha procedido a aclarar la calificación jurídica, por cuanto no se daban los presupuestos del tipo objetivo, respecto del delito de Fraude en la Administración de Personas Jurídicas, previsto en el artículo 198° del Código Penal, que inicialmente se le imputó Hanot Huamanquispe Choque e Hilaria Benito Mendoza, amparándose en lo previsto en el artículo 349° inciso 2 del Código Procesal Penal.

4.5. La posibilidad de que el Ministerio Público pueda efectuar una distinta calificación jurídica; por interpretación del artículo 336° inciso 2, literal del Código Procesal Penal, sólo es procedente, siempre y cuando que el Ministerio Público en forma oportuna haya señalado los hechos y la tipificación específica correspondiente, y consignado la tipificación alternativa al hecho objeto de investigación, indicando los motivos de esa calificación; máxime si el extremo mínimo de dos años que contempla la pena privativa de libertad prevista para el delito de Apropiación Ilícita, resultaba ser más gravosa que la pena prevista para el delito de Fraude en la Administración de Personas Jurídicas, que prevé como pena mínima un año.

4.6. Los procesados en este caso conforme lo estatuye el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Penal, tenían el derecho inviolable e irrestricto a que se les comunique de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra, desde que fueron citados por la autoridad, de ese modo se garantizaba el derecho a preparar su defensa desde la etapa de investigación preparatoria.

4.7. Si no existe formalización de investigación preparatoria o ampliación de investigación preparatoria que contenga el elemento fáctico respectivo por el delito de Apropiación Ilícita *-lo cual debió ser objeto de imputación en forma oportuna a los procesados Hanot Huamanquispe Choque e Hilaria Benito Mendoza-* no es posible que el hecho objeto de la causa pueda atribuírseles a los mismos; por lo que, corresponde estimar el pedido de la defensa de los procesados y sobreseer el proceso por el delito el delito en mención, en aplicación de lo previsto en el artículo 344° inciso 2 literal a) del Código Procesal Penal.

Sin perjuicio de ello, el Ministerio Público debe pronunciarse respecto del delito de Fraude en la Administración de Personas Jurídicas que primigeniamente se imputó a los referidos procesados.

Por estos fundamentos,

SE RESUELVE:

Primero: DECLARAR FUNDADO el requerimiento de sobreseimiento de la causa, formulado por la defensa técnica de los investigados.

Segundo: DISPONER el **SOBRESEIMIENTO** de la presente causa seguido en contra de **HANNOT HUAMANQUISPE CHOQUE e HILARIA BENITO MENDOZA**, por el delito Contra la Fe Pública en la modalidad de **USO DE DOCUMENTO PRIVADO FALSIFICADO**, previsto y penado en el artículo 190° primer párrafo del Código Penal, en agravio de **La Asociación de Vendedores del Mercado Zonal 24 de Junio del Pueblo Joven Francisco Bolognesi,** del distrito de Cayma.

Tercero: DISPONER el **ARCHIVO DEFINITIVO** de la presente causa en el extremo a que se refiere el ordinal que antecede, la anulación de los antecedentes generados, así como toda medida de coerción personal y real que se haya dictado en contra de las personas investigadas.

Cuarto: DISPONER que el Ministerio Público se pronuncie respecto del delito de Fraude en la Administración de Personas Jurídicas, objeto de investigación en contra de **Hannot Huamanquispe Choque e Hilaria Benito Mendoza**.

Quinto: **DISPONER** la **DEVOLUCIÓN** de la **CARPETA FISCAL** una vez consentida la presente.

Regístrese y comuníquese.

3° SALA PENAL DE APELACIONES - SEDE CENTRAL

EXPEDIENTE	: 02214-2012-72-0401-JR-PE-02
ESPECIALISTA	: GIOVANA CANO VALENCIA
MINISTERIO PUBLICO	: DR RELI CALLATA 4DI 3RA FISCALÍA
IMPUTADO	: BUSTINZA PANCCA, JULIA INÉS
DELITO	: CONTRABANDO
AGRAVIADO	: PROCURADOR DE LA SUNAT

AUTO DE VISTA N° -2014

Resolución Nro.

Arequipa, diecisiete de julio del dos mil catorce.-

I. VISTOS: La apelación interpuesta por la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Pública – SUNAT, representada por Carla Albina Delgado Begazo, en contra de la Resolución N° 03, de fecha diecinueve de diciembre del dos mil trece; a efecto, de que se revoque, en merito a lo siguiente:

- **Imputación concreta.** Que existe una imputación fáctica concreta y delimitada respecto de la procesada Julia Ines Bustinza Pancca, por el delito de contrabando, a quien se le atribuye el ingreso ilegal del vehículo XH-3879 al país, sin sometimiento a los controles aduaneros pertinentes.

Que la Formalización de Investigación Preparatoria N° 01-2012, ha determinado que: i) el bien materia de proceso y del cual se beneficia la procesada con su inmatriculación, es de procedencia extranjera (camión Volvo); ii) el bien no cuenta con legajo alguno que respalde su inmatriculación ante registros públicos; y, iii) el ingreso del bien al país fue sin sometimiento al control aduanero y pago de los tributos pertinentes, por lo que hay suficientes elementos de convicción del delito de contrabando investigado, atribuible a la procesada. Que el tipo penal de contrabando no necesita que se acredite la forma o modalidad especifica del ingreso ilegal, ni se determine la fecha exacta del ingreso como lo requiere el Juez de Investigación para considerar una imputación concreta. Dichos datos pueden concretarse con la investigación suplementaria planteada por el Actor Civil.

- **Sobreseimiento y atipicidad.** Que el auto de sobreseimiento incurre en deficiencia de motivación al no haber considerado los planteamientos del actor civil (oposición al sobreseimiento e investigación suplementaria) y por el Ministerio Público que peticionaba el sobreseimiento sobre otra causal y a su vez solicitó el pronunciamiento definitivo sobre el bien materia de investigación. Que el A quo –de oficio– declaró el sobreseimiento de la causa, bajo la causal de atipicidad (falta de imputación), causal distinta a la propuesta por el Ministerio Público. Que el sobreseimiento vulnera el derecho de defensa de la parte agraviada, por incurrir en Deficiencia de Motivación (...), más aún cuando no se ha acreditado de forma irrefutable de que el hecho denunciado sea atípico.

- **Comiso.** Que se solicitó al juez pronunciamiento sobre el destino definitivo del bien –materia de ilícito– consistente en el vehículo XH-3879; pedido que fue recogido por el Ministerio Público en audiencia; sin embargo, el juez declaró infundada dicha petición; no sustentando jurídicamente la omisión de pronunciamiento sobre el destino definitivo del bien materia de proceso. Es falso que solo proceda el decomiso de bienes con sentencias condenatorias como lo ha referido el Juez en su argumentación, la propia nor-

ma procesal penal, en su artículo 320 –inclusive en los casos de sobreseimiento–, ha previsto no dejarse sin efecto las medidas de incautación, por el carácter intrínsecamente delictivo de bienes.

II. CONSIDERANDO que:

Primero: Respecto de la imputación concreta.

a) El Código Procesal Penal regula la acción civil y la acción penal (ver: Sección I y Sección II del NCPP); sobre esta base normativa se ha desarrollado sendos Acuerdos Plenarios: No. 6-2006/CJ-116 del 13 de octubre de 2006[1], No. 5-2008/CJ-116 del 18 de julio de 2008[2].

La legitimidad recursal del actor civil está limitada a la impugnación del objeto civil; en efecto, de lege lata esta legitimación y su limitación a la impugnación del objeto civil del proceso, está prevista expresamente en el artículo 407.2 del Código Procesal Penal: "Artículo 407 –Ámbito del recurso– (2). El actor civil sólo podrá recurrir respecto al objeto civil de la resolución". En el caso,

---

1 Acuerdo Plenario No. 6-2006/CJ-116 - Fundamento 7.
La reparación civil, que legalmente define el ámbito del objeto civil del proceso penal y está regulada por el artículo 93 del Código Penal, desde luego, presenta elementos diferenciadores de la sanción penal, existen notas propias, finalidades y criterios de imputación distintos entre responsabilidad penal y responsabilidad civil, aun cuando comparten un mismo presupuesto: el acto ilícito causado por un hecho antijurídico, a partir del cual surgen las diferencias respecto de su regulación jurídica y contenido entre el ilícito penal y el ilícito civil.

2 Acuerdo Plenario No. 5-2008/CJ-116 - Fundamento 24.
Otro tema relevante de la conformidad está vinculado al objeto civil del proceso penal. Como quiera que en el proceso penal nacional –más allá de los matices propios que contienen el Código de Procedimientos Penales y el Código Procesal Penal– se produce una acumulación heterogénea de acciones: la penal y la civil, y esta última necesariamente deberá instarse y definirse en sede penal –con los alcances y excepciones que la ley establece–, en tanto en cuanto puede generar un daño patrimonial a la víctima, un daño reparable.

corresponde evaluar la pretensión impugnatoria propuesta por el Actor Civil, respecto del objeto civil". Por tanto, el cuestionamiento a la concurrencia o no de una imputación concreta **–objeto penal–** es atribución exclusiva del Ministerio Público. El actor civil, no se puede erigir en una suerte de litisconsorte del Ministerio Público; en consecuencia, este extremo de la apelación debe ser desestimada.

Segundo: Sobreseimiento y atipicidad.

a) En la resolución cuestionada el Juez de Investigación Preparatoria, precisa que: *"(...). En este caso las proposiciones fácticas postuladas por el Ministerio Público sobre este extremo es que se presume que el vehículo habría ingresado al país de contrabando y que la responsable sería la investigada a quien se habría inmatriculado el vehículo quien habría eludido el control aduanero e ingresado al territorio nacional el vehículo materia de investigación, por lo tanto ello no cumple con el principio de imputación necesaria que requiere el ordenamiento procesal penal pues los hechos deben ser descritos clara y en forma precisa y el reproducir los elementos típicos objetivos del delito de contrabando no realiza su adecuación fáctica en el presente caso, pues simplemente la Fiscalía se ha limitado a reproducir los elementos típicos del delito, es decir, que la investigada habría eludido el control aduanero ingresado al territorio nacional el vehículo, no se especifica cómo, cuándo o dónde habría ingresado, por lo tanto a criterio del Despacho se presenta la causal de sobreseimiento, pero no por el fundamento señalado por la Fiscalía, sino por el previsto en el artículo 344.2 literal b) del Código Procesal Penal, es decir, por atipicidad, por lo tanto ya no corresponde verificar el fundamento solicitado por la Fiscalía ni tampoco la solicitud de Aduanas respecto a la posibilidad de incorporar nuevos elementos a la investigación, pues si no existen proposiciones fácticas que realicen el delito, es decir, que no es típico, no corresponde realizar actos de investigación a lo que no sea típico".*

El cuestionamiento de la impugnación es que: **i)** el A quo ha declarado el sobreseimiento por causal de atipicidad (falta de imputación), que es distinta a la propuesta por el Ministerio; **ii)** no

consideró que existen elementos de convicción suficientes sobre dicho ilícito cometido por el investigado, que así se desprende de la formalización de investigación preparatoria; **iii)** cuestiona la deficiencia en su motivación al no haber considerado los planteamientos del actor civil como son la oposición al sobreseimiento y la realización de una investigación suplementaria.

El Juez de Investigación Preparatoria tiene como función central el saneamiento del proceso; el mismo tiene por objeto verificar que la pretensión punitiva cumpla con los presupuestos procesales; en ese orden, por prius lógico se realiza: i) En primer orden, una evaluación jurídica de las proposiciones fácticas que estructuran la imputación del hecho punible; ii) en segundo lugar, siempre en clave de saneamiento, evalúa los elementos de convicción que dan sostén a las proposiciones fácticas. Este orden para el control saneador que realiza el Juez de Investigación Preparatoria, es lógicamente necesario; puesto que no se puede evaluar elementos de convicción, sí estos no han sido previamente sintetizados en proposiciones fácticas; por tanto, el A quo ha realizado un control de la coherencia interna de las proposiones fácticas en audiencia, dado que hubo pronunciamiento por parte del Ministerio Público, y es en razón de ello que concluye que los hechos así presentados, no realizan el tipo penal de la imputación jurídica, formulada por el Ministerio Público. Así se desprende del Fundamento Cuarto de la Resolución recurrida que señala textualmente: *"La Fiscalía ha postulado su requerimiento de sobreseimiento en la causal prevista en el apartado d) numeral 2) del artículo 344 del Código Procesal Penal, es decir que no hay elementos de convicción suficientes para fundar un enjuiciamiento ni la posibilidad de incorporar nuevos datos a la misma. No obstante el Despacho en audiencia consultó a la Fiscalía respecto a proposiciones fácticas de cómo se habría realizado por parte de la investigada la elusión del control aduanero para ingresar al vehículo al territorio nacional, de lo cual la Fiscalía indicó que no se cuenta con ello con esas proposiciones fácticas, por tanto el Despacho considera que antes de pronunciarse sobre una causal de sobreseimiento de falta de elemen-*

tos de convicción corresponde primero verificar si existen proposiciones fácticas que realicen el tipo penal materia de investigación".

Estas razones de saneamiento no tienen que ser propuestas por las partes procesales, pues el control de legalidad es deber y atribución a su vez del Juez. En ese orden, el A quo ha puesto en debate si existen proposiciones fácticas que realicen el tipo penal de contrabando, efectuando así correctamente el control de legalidad de la imputación y concluyendo de manera acertada que el hecho propuesto por el Ministerio Público es atípico. Por lo que, si el hecho es atípico no existe razón para evaluar la suficiencia o no de elementos de convicción.

b) El Juez de Investigación Preparatoria con relación a la solicitud de realización de diligencias complementarias señala que: "(...) *por lo tanto a criterio del Despacho se presenta la causal de sobreseimiento, pero no por el fundamento señalado por la Fiscalía, sino por el previsto en el artículo 344.2 literal b) del Código Procesal Penal, es decir, por atipicidad, por lo tanto ya no corresponde verificar el fundamento solicitado por la Fiscalía ni tampoco la solicitud de Aduanas respecto a la posibilidad de incorporar nuevos elementos a la investigación, pues si no existen proposiciones fácticas que realicen el delito, es decir, que no es típico, no corresponde realizar actos de investigación a lo que no sea típico (...)".*

El A quo razona con acierto, puesto que si el hecho denunciado no es delito –en abstracto–, no es razonable habilitar una investigación complementaria de hechos que *prima facie* son atípicos; por consiguiente, éste extremo de la pretensión impugnatoria debe ser desestimada.

Tercero: Comiso.

El Juez de Investigación Preparatoria con respecto a la solicitud de Decomiso, señaló que: *"(...) En el presente caso se tiene que establece una diferencia entre la medida cautelar de incautación y el decomiso. La incautación está dirigida a realizarse durante la vigencia de un proceso penal y el decomiso ya en una sentencia establecer que pase a favor del Estado el bien cuan-*

do se hubiese dictado una sentencia condenatoria. En el presente no se está dictando una sentencia condenatoria, sino que se está dictando un auto de sobreseimiento. Si bien la Fiscalía hace referencia al artículo 320.1 del Código Procesal Penal respecto a los bienes intrínsecamente delictivos, en el presente caso la causal de sobreseimiento es por atipicidad, es decir, por no existir proposiciones fácticas que realicen el tipo penal, por lo tanto a criterio del Despacho tampoco procede acceder a la postulación de la defensa de Aduanas".

El recurrente señala que el A quo motivó de manera insuficiente el pronunciamiento sobre el destino (comiso) del bien materia de ilícito, dado que el artículo 320 del CPP, señala que inclusive en los casos de sobreseimiento, ha previsto no dejarse sin efecto las medidas de incautación, por el carácter intrínsecamente delictivo de bienes.

En el caso se tiene que no existe una incautación confirmada o dictada judicialmente sobre el vehículo de placa de rodaje XH-3879; por tanto, no se configura el supuesto previsto en el artículo 320 del CPP que expresamente señala: "*dictada sentencia absolutoria, auto de sobreseimiento o de archivo de las actuaciones, los bienes incautados se restituirán a quien tenga derecho, salvo que se trate de bienes intrínsecamente delictivos*". Es claro, que se tiene que configurar el supuesto de la incautación para habilitar recién el comiso en la resolución final. El supuesto para que el Juez evalúe el carácter intrínsecamente delictivo es la incautación del bien; supuesto que no se presenta en el caso, de tal manera que no corresponde evaluar el carácter intrínsecamente delictivo del bien.

En consecuencia, no se puede exigir a los órganos jurisdiccionales un comiso de un objeto material, sin que exista un pronunciamiento de condena, puesto que no tiene atribuciones de índole administrativo; en efecto, este dispositivo no atribuye a los órganos jurisdiccionales competencia para emitir pronunciamiento respecto de los objetos del delito cuando se emite una decisión que absuelve o sobresee la causa, sin el supuesto previo de la incautación.

Sin embargo, con la emisión de la resolución que pone fin a la instancia, concluye el caso judicializado. Ello no menoscaba las atribuciones administrativas de la Autoridad Tributaria, quien, sin perjuicio de lo

decidido judicialmente respecto de la irresponsabilidad del imputado, pueda emitir la decisión que corresponda.

Cuarto: En virtud de lo dispuesto en el artículo 11.1 del CPP, el ejercicio de la acción civil correspondió al Ministerio Público, al momento de Formalizar la Investigación Preparatoria -FIP-. Empero, cesa su legitimación si el perjudicado se constituye en actor civil; por tanto, por congruencia procesal el A quo al momento de poner fin al proceso, tiene el deber de pronunciarse sobre el objeto civil; pues, en caso contrario, la resolución que pone fin al proceso adolecerá de incongruencia omisiva, por omitir pronunciamiento sobre el objeto civil.

Por estas consideraciones:

III. SE RESUELVE:

a) **DECLARAR, FUNDADA EN PARTE,** la apelación interpuesta por la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Pública – SUNAT, representada por Carla Albina Delgado Begazo.

b) **CONFIRMAR** la Resolución N° 03 de fecha diecinueve de diciembre del dos mil trece, que **DISPONE el SOBRESEIMIENTO** de la investigación preparatoria seguida contra **JULIA INÉS BUSTINZA PANCCA,** por el delito de Contrabando, previsto en el artículo 1 de la Ley 26461 de la Ley de Delitos Aduaneros, en agravio del Estado, representado por el Procurador Publico de la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración tributaria, con lo demás que contiene materia de apelación.

c) **DISPONER** que el Juez de Investigación Preparatoria, en etapa intermedia determine la configuración del objeto civil en cuanto corresponda, habilitándose la vía pertinente de proceder. **TÓMESE RAZÓN Y HÁGASE SABER.** Juez Superior Ponente: Dr. Carlos Alberto Luna Regal.

SS.

LAJO LAZO / CORNEJO PALOMINO / **LUNA REGAL**

3° SALA PENAL DE APELACIONES - SEDE CENTRAL

EXPEDIENTE	: 02878-2012-94-0401-JR-PE-02
ESPECIALISTA	: CUEVA CUCHO DEYVI
MINISTERIO PUBLICO	: DR RELI CALLATA 4DI 3RA FISCALIA,
IMPUTADO	: QUISPE ALANOCA, BASILIA
DELITO	: CONTRABANDO
AGRAVIADO	: PROCURADOR DE LA SUNAT

AUTO DE VISTA N° -2014

Resolución Nro.

Arequipa, diecisiete de julio del dos mil catorce.-

I. VISTOS: La apelación interpuesta por la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Pública – SUNAT, representada por Carla Albina Delgado Begazo, en contra de la Resolución N° 06, de fecha veintinueve de enero del dos mil catorce; a efecto, de que se revoque, en merito a lo siguiente:

- **Imputación concreta.** Que existe una imputación fáctica concreta y delimitada respecto de la procesada Basilia Quispe Alanoca, por el delito de contrabando, a quien se le atribuye el ingreso ilegal del vehículo XH-4124 al país, sin sometimiento a los controles aduaneros pertinentes.

Que la Formalización de Investigación Preparatoria N° 01-2012, ha determinado que: i) el bien materia de proceso y del cual se beneficia la procesada con su inmatriculación, es de procedencia extranjera (camión Volvo); ii) el bien no cuenta con legajo alguno que respalde su inmatriculación ante registros públicos; y, iii) el ingreso del bien al país fue sin sometimiento al control aduanero y pago de los tributos pertinentes (según informe técnico Nro. 123-2012-SUNAT-3I0050), por lo que hay suficientes elementos de convicción del delito de contrabando investigado, atribuible a la procesada. Que el tipo penal de contrabando no necesita que se acredite la forma o modalidad especifica del ingreso ilegal, ni se determine la fecha exacta del ingreso como lo requiere el Juez de Investigación para considerar una imputación concreta. Dichos datos pueden concretarse con la investigación suplementaria planteada por el Actor Civil.

- **Sobreseimiento y atipicidad.** Que el auto de sobreseimiento incurre en deficiencia de motivación al no haber considerado los planteamientos del actor civil (oposición al sobreseimiento e investigación suplementaria) y por el Ministerio Público que peticionaba el sobreseimiento sobre otra causal y a su vez solicitó el pronunciamiento definitivo sobre el bien materia de investigación. Que el A quo -de oficio- declaró el sobreseimiento de la causa, bajo la causal de atipicidad (falta de imputación), causal distinta a la propuesta por el Ministerio Público. Que el sobreseimiento vulnera el derecho de defensa de la parte agraviada, por incurrir en Deficiencia de Motivación (...), más aún cuando no se ha acreditado de forma irrefutable de que el hecho denunciado sea atípico.

- **Comiso.** Que se determinó fehacientemente el ingreso ilegal del vehículo XH-4124 materia de investigación, lo que tiene pleno respaldo en Disposición Fiscal Superior Nro. 71-2012-MP-2FS-PLA numeral 6.4; sin embargo, ante el pedido de disponerse la incautación judicial, el juez obvio en su pronunciamiento merituar la necesidad de dicha actuación.

II. CONSIDERANDO que:

Primero: Respecto de la imputación concreta.

a) El Código Procesal Penal regula la acción civil y la acción penal (ver: Sección I y Sección II del NCPP); sobre esta base normativa se ha desarrollado sendos Acuerdos Plenarios: No. 6-2006/CJ-116 del 13 de octubre de 2006[1], No. 5-2008/CJ-116 del 18 de julio de 2008[2].

La legitimidad recursal del actor civil está limitada a la impugnación del objeto civil; en efecto, de lege lata esta legitimación y su limitación a la impugnación del objeto civil del proceso, está prevista expresamente en el artículo 407.2 del Código Procesal Penal: "Artículo 407 -Ámbito del recurso- (2). El actor civil sólo podrá recurrir respecto al objeto civil de la resolución". En el caso, corresponde evaluar la pretensión impugnatoria propuesta por el Actor Civil, respecto del objeto civil". Por tanto, el cuestionamiento a la concurrencia o no de una imputación concreta **-objeto penal-** es atribución exclusiva del Ministerio Público. El actor civil,

---

1 Acuerdo Plenario No. 6-2006/CJ-116 - Fundamento 7.
La reparación civil, que legalmente define el ámbito del objeto civil del proceso penal y está regulada por el artículo 93 del Código Penal, desde luego, presenta elementos diferenciadores de la sanción penal, existen notas propias, finalidades y criterios de imputación distintos entre responsabilidad penal y responsabilidad civil, aun cuando comparten un mismo presupuesto: el acto ilícito causado por un hecho antijurídico, a partir del cual surgen las diferencias respecto de su regulación jurídica y contenido entre el ilícito penal y el ilícito civil.

2 Acuerdo Plenario No. 5-2008/CJ-116 - Fundamento 24. Otro tema relevante de la conformidad está vinculado al objeto civil del proceso penal. Como quiera que en el proceso penal nacional –más allá de los matices propios que contienen el Código de Procedimientos Penales y el Código Procesal Penal- se produce una acumulación heterogénea de acciones: la penal y la civil, y esta última necesariamente deberá instarse y definirse en sede penal –con los alcances y excepciones que la ley establece-, en tanto en cuanto puede generar un daño patrimonial a la víctima, un daño reparable.

no se puede erigir en una suerte de litisconsorte del Ministerio Público; en consecuencia, este extremo de la apelación debe ser desestimada.

Segundo: Sobreseimiento y atipicidad.

a) En la resolución cuestionada el Juez de Investigación Preparatoria, precisa que: *"(...) De las proposiciones fácticas y atribución de hechos a la investigada, solo se tiene lo siguiente: que textualmente aparece en los fácticos de la Fiscalía, que en ese contexto se presume que el referido vehículo habría ingresado al país de contrabando y de forma indebida y que el responsable de tales hechos sería Basilia Quispe Alanoca a favor de quien se ha inmatriculado el vehículo pues sería ella quien habría eludido el control aduanero e ingresado al territorio nacional el vehículo antes referido. Al respecto debe tenerse en cuenta la sentencia casatoria en el Recurso de Nulidad 956-2011 de fecha 21 de marzo del año 2012 el cual en su considerando tercero en el numeral tercero establece que en virtud del mencionado principio entiéndase imputación necesaria, la jurisprudencia constitucional ha señalado como ineludible exigencia que la acusación debe ser cierta, no implícita, sino precisa, clara y expresa, con la descripción suficiente detallada de los hechos declarados punibles que se imputa y el material probatorio que se fundamenta. El numeral cuarto de este considerando, señala que la imputación que se alude supone la atribución de un hecho punible fundado en el factum correspondiente así como legis atinente y sostenido en prueba. El numeral cinco señala que no es suficiente la simple enunciación de hechos contenidos en las normas penales, éstos deben tener su correlato fáctico concreto debidamente diferenciado y limitado respecto a cada uno de los encausados. (...) En el presente lo único que aparece de la imputación fiscal es una enunciación de supuestos de hecho que contiene el tipo penal es decir que se indica que la señora Basilia Quispe Alanoca habría eludido el control aduanero e ingresado al territorio nacional el vehículo materia de proceso, pero no tiene su correlato fáctico concreto debidamente diferenciado y delimitado, por lo tanto a criterio del Despacho existe la causal de sobreseimiento previsto en el*

artículo 344.2 apartado b) del Código Procesal Penal en cuanto que el hecho no es típico".

El cuestionamiento de la impugnación es que: **i)** el A quo ha declarado el sobreseimiento por causal de atipicidad (falta de imputación), que es distinta a la propuesta por el Ministerio; **ii)** no consideró que existen elementos de convicción suficientes sobre dicho ilícito cometido por el investigado, que así se desprende de la formalización de investigación preparatoria; **iii)** cuestiona la deficiencia en su motivación al no haber considerado los planteamientos del actor civil como son la oposición al sobreseimiento y la realización de una investigación suplementaria.

El Juez de Investigación Preparatoria tiene como función central el saneamiento del proceso; el mismo tiene por objeto verificar que la pretensión punitiva cumpla acabamente con los presupuestos procesales; en ese orden, por prius lógico se realiza: i) En primer orden, una evaluación jurídica de las proposiciones fácticas que estructuran la imputación del hecho punible; ii) en segundo lugar, siempre en clave de saneamiento, evalúa los elementos de convicción que dan sostén a las proposiciones fácticas. Este orden para el control saneador que realiza el Juez de Investigación Preparatoria, es lógicamente necesario; puesto que no se puede evaluar elementos de convicción, sí estos no han sido previamente sintetizados en proposiciones fácticas; por tanto, el A quo ha realizado un control de la coherencia interna de las proposiones fácticas y al ponerlo en debate entre las partes, llega a la conclusión de que los hechos así presentados, no realizan el tipo penal de la imputación jurídica, formulada por el Ministerio Público. Así se desprende del Fundamento Cuarto de la Resolución recurrida que señala textualmente: *"La Fiscalía postula el sobreseimiento al amparo de la causal de falta de elementos de convicción suficientes para fundar un enjuiciamiento, no obstante antes de verificar esta causal, el Despacho va a valorar si existe proposiciones fácticas que realicen el tipo penal, pues para ello* ***se puso a debate esta circunstancia en la audiencia****".*

Estas razones de saneamiento no tienen que ser propuestas por las partes procesales, pues el control de legalidad es deber y atribución a su vez del Juez. En ese orden, el A quo ha puesto en debate si existen proposiciones fácticas que realicen el tipo penal de contrabando, efectuando así correctamente el control de legalidad de la imputación y concluyendo de manera asertada que el hecho propuesto por el Ministerio Público es atípico. Por lo que, si el hecho es atípico no existe razón para evaluar la suficiencia o no de elementos de convicción.

b) El Juez de Investigación Preparatoria con relación a la solicitud de realización de diligencias complementarias señala que: *"En cuanto a la oposición del sobreseimiento postulado por la defensa de Aduanas está referido a una investigación diligencias suplementarias, pero de la misma manera no tiene sentido realizar diligencias suplementarias cuando el hecho que ha sido materia de imputación no es típico (...)".*

El A quo razona con acierto, puesto que si el hecho denunciado no es delito -en abstracto-, no es razonable habilitar una investigación complementaria de hechos que *prima facie* son atípicos; por consiguiente, éste extremo de la pretensión impugnatoria debe ser desestimada.

Tercero: Comiso.

En audiencia de sobreseimiento no se aprecia de la oposición del actor civil -SUNAT- pedido alguno sobre la incautación o decomiso del vehículo de placa de rodaje XH-4124 *-minutos del 11:32 a 16:57-*. Por tanto, el A quo no evaluó la incautación de dicho bien, de tal manera que no corresponde por éste Colegiado, pronunciamiento de la fundamentación de incautación postulada por la parte recurrente.

En consecuencia, no se puede exigir a los órganos jurisdiccionales un comiso de un objeto material –vehículo de placa de rodaje XH-4124-, sin que exista un pedido previo en audiencia de sobreseimiento como se aprecia del presente caso. Sin embargo, con la emisión de la resolución que pone fin a la instancia, concluye el caso judicializado. Ello no menoscaba las atribuciones administrativas de la Autoridad Tributaria,

quien, sin perjuicio de lo decidido judicialmente respecto de la irresponsabilidad del imputado, pueda emitir la decisión que corresponda.

Cuarto: En virtud de lo dispuesto en el artículo 11.1 del CPP, el ejercicio de la acción civil correspondió al Ministerio Público, al momento de Formalizar la Investigación Preparatoria -FIP-. Empero, cesa su legitimación si el perjudicado se constituye en actor civil; por tanto, por congruencia procesal el A quo al momento de poner fin al proceso, tiene el deber de pronunciarse sobre el objeto civil; pues, en caso contrario, la resolución que pone fin al proceso adolecerá de incongruencia omisiva, por omitir pronunciamiento sobre el objeto civil.

Por estas consideraciones:

III. SE RESUELVE:

a) **DECLARAR, FUNDADA EN PARTE,** la apelación interpuesta por la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Pública – SUNAT, representada por Carla Albina Delgado Begazo.

b) **CONFIRMAR** la Resolución N° 06 de fecha veintinueve de enero del dos mil catorce, que **DISPONE el SOBRESEIMIENTO** de la investigación preparatoria seguida contra **BASILIA QUISPE ALANOCA,** por el delito de Contrabando, previsto en el artículo 1 de la Ley 26461 de la Ley de Delitos Aduaneros, en agravio del Estado, representado por el Procurador Publico de la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración tributaria, con lo demás que contiene materia de apelación.

c) **DISPONER** que el Juez de Investigación Preparatoria, en etapa intermedia determine la configuración del objeto civil en cuanto corresponda, habilitándose la vía pertinente de proceder. **TÓMESE RAZÓN Y HÁGASE SABER.** Juez Superior Ponente: Dr. Carlos Alberto Luna Regal.

SS.

LAJO LAZO / CORNEJO PALOMINO / **LUNA REGAL**

CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE R.N. N° 956-2011-UCAYALI

Jurisprudencia vinculante: Principio de Imputación necesaria.

Lima, veintiuno de marzo de dos mil doce.

VISTOS: El recurso de nulidad interpuesto por el señor Fiscal Adjunto Superior de la Tercera Fiscalía Superior Mixta Transitoria de Ucayali; con los recaudos que se acompañan al principal; decisión adoptada bajo la ponencia del Señor Juez Supremo Salas Arenas.

1. DECISIÓN CUESTIONADA:

En la sentencia de tres de febrero de dos mil once, emitida por la Segunda Sala Especializada en lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Ucayali, obrante en los folios cinco mil treinta y cinco a cinco mil ciento sesenta y siete; en que se: **1) absolvió a doña Norma Soledad Rivera Reátegui y a don Edwin Vilela Vargas, de la acusación fiscal por delito contra la administración pública, en los tipos de concusión, concusión impropia y peculado; y por el delito contra la fe pública -falsificación de documentos en general- en la modalidad de falsedad, simulación, alteración o usurpación; falsedad genérica y falsedad ideológica, en agravio de la Dirección Regional Sectorial de Salud de Ucayali y del Estado; 2) absolvió a doña Catalina Herminia Garay de Tello, doña Elizabeth Chá-**

vez Cristóbal, don Vladimir Imael Núñez Paredes, don Ausberto Odicio Pinedo, doña Floria Ruiz Armas, don Nilson Collantes Silva y don Jorge Alberto Collantes Silva, de la acusación fiscal por delito contra la administración pública, en los tipos de concusión, concusión impropia y peculado; y por el delito contra la fe pública –falsificación de documentos en general– en la modalidad de falsedad, simulación, alteración o usurpación; falsedad genérica y falsedad ideológica, en agravio de la Dirección Regional Sectorial de Salud de Ucayali y del Estado; 3) absolvió a don Fidel Carlos Malca Hernández, doña María Elisa Mory Gonzáles, don Milton Francisco Marin Aliaga, don Juan Fernando Rojas Maturano, doña Josefa Moreno Pérez y don Viet Lozano Alvan, de la acusación fiscal por el delito contra la administración pública, en los tipos de concusión, concusión impropia y peculado; y por el delito contra la fe pública – falsificación de documentos en general – en la modalidad de falsedad, simulación, alteración o usurpación; falsedad genérica y falsedad ideológica, en agravio de la Dirección Regional Sectorial de Salud de Ucayali y del Estado; 4) absolvió a don Walter Manuel Castro Ronceros y don Pacífico Cosme Tacanga López, de la acusación fiscal por el delito contra la fe pública –falsedad ideológica–, en agravio de la Dirección Regional Sectorial de Salud de Ucayali y del Estado, y a doña Carmen Salazar Vega, de la acusación fiscal por el delito contra la administración pública, en los tipos de concusión, concusión impropia y peculado; y por el delito contra la fe pública –falsificación de documentos en general– en la modalidad de falsedad, simulación, alteración o usurpación; falsedad genérica y falsedad ideológica, en agravio de la Dirección Regional Sectorial de Salud de Ucayali y del Estado; 5) absolvió a don Juan Carlos Fernández Capcha, de la acusación fiscal por el delito contra la administración pública, en los tipos de concusión, concusión impropia y peculado *(por adquisición de medicamentos sobre valuados, adquisición de repuestos y otros bienes con precios sobre valuados, pagos indebidos por racionamiento a funcionarios y a personal contratado por la modalidad de servicios no personales, uso y manejo de los fondos para pagos*

en efectivo de manera irregular con comprobantes de pago observados, pagos de viáticos por servicios no realizados, pago de viáticos por montos mayores en relación a los días realmente utilizados); peculado agravado y contra la fe pública –falsificación de documentos en general– en la modalidad de falsedad, simulación, alteración o usurpación; falsedad genérica y falsedad ideológica, en agravio de la Dirección Regional Sectorial de Salud de Ucayali y del Estado; **6) condenó al nombrado don Juan Carlos Fernández Capcha, como autor del delito contra la administración pública, en el tipo de peculado, (por pagos indebidos por concepto de "movilidad local", utilización de unidades de transporte de la institución para el traslado de la comisión a diversos lugares, pese a la asignación de asignación por movilidad, en el periodo mil novecientos noventa y nueve); y le impuso dos años de pena privativa de libertad, suspendida por el término de un año; inhabilitación por igual plazo, conforme a los incisos uno y dos del artículo treinta y seis del Código Penal; fijo en dos mil nuevos soles el monto de la reparación civil que deberá abonar a favor de la entidad agraviada.**

2. FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

El recurso formulado por el señor Fiscal Superior abarca dos extremos:

2.1. Extremo absolutorio:

2.1.1. Alegó que no se efectuó debida ponderación de los medios probatorios aportados al proceso, en este caso, el Informe Especial número 001-2000-CTARU-DRSSU-OAI "Examen Especial periodo enero mil novecientos noventa y ocho a diciembre de mil novecientos noventa y nueve a la Dirección Regional de Salud de Ucayali", donde se detectaron diversa irregularidades de trascendencia Penal y que no fueron materia de cuestionamiento ni tacha por los sujetos procesales.

2.1.2. Tampoco se tuvo en consideración en su integridad el dictamen pericial de los folios dos mil cincuenta y nueve a dos mil setenta y tres, por el cual se ha demostrado la existencia de los hechos imputados a los procesados, que tampoco fue objeto de

tacha o cuestionamiento, más aún que en este tipo de delitos, la actuación de la pericia contable es determinante para los fines del proceso en agravio de los intereses del Estado.

2.1.3. Igualmente no se tuvo en consideración al momento de emitir la sentencia absolutoria que los procesados estuvieron involucrados en la reparación y mantenimiento de los equipos de microscopio y de los botes, ya que el procesado don Ausberto Odicio Pinedo en su declaración de folio novecientos noventa y nueve (acta de verificación de entrevista), sostuvo no haber brindado servicio de mantenimiento y reparación de los equipos de microscopios y que las firmas que aparecen en los comprobantes de pago y documentos adjuntos si bien corresponden a su persona los había realizado con la finalidad de apoyar a un supuesto proveedor que no tenía documentos y que no conoce a esa persona.

2.1.4. Asimismo, respecto a la reparación y mantenimiento de los botes de madera, no se valoró los mensajes recibidos por el encargado de la cabina de radio, lo cual se encuentra consignado en el Informe escrito y acta de verificación, para el área de control interno, que contiene la declaración de doña Violeta Puntas Santibáñez, del Puesto de Salud de Nuevo Italia (folio novecientos veinticinco), quien manifestó que desde el mes febrero de mil novecientos noventa y ocho, no cuentan con botes de manera; en igual sentido del Puesto de Salud Nohaya (folio novecientos veintiséis) donde el técnico enfermero don Franz Arancibia Vela, refirió que en ningún momento se reparó bote alguno; del Puesto de Salud de Aguaytía (folio novecientos veintisiete), donde la administradora doña Rosa Pinedo Ríos, dijo que nunca se contó con bote alguno.

2.1.5. Lo señalado en los acápites anteriores, no hace más que indicar que las labores de reparación de microscopios y botes de madera no se realizaron y que la existencia de comprobantes de pagos, órdenes de servicio y recibo de honorarios, justificando la realización de dichas labores, se emitieron únicamente con la finalidad de darle revestimiento de legalidad a labores que no se ejecutaron, y que fueron hechos con el propósito de apoderarse

de los montos de dinero que demandaron las supuestas reparaciones.

2.2. **Extremo condenatorio:**

2.2.1. Cuestiona el *quantum de la pena impuesta, la que considera excesivamente benigna; toda vez que en la determinación judicial de la pena al encausado Fernández Capcha, se señala que éste tiene la condición de primario y no posee antecedentes penales; sin haber realizado el examen de las otras circunstancias establecidas en los artículos cuarenta y cinco y cuarenta y seis del Código Penal, no se condice que dicha pena.*

2.2.2. A la luz de estos dispositivos, existen mayores factores agravantes que atenuantes, más aún si de la lectura de la sentencia no se menciona causa alguna de justificación, o algún atenuante general o especial que pudiera determinar la aplicación de una pena benigna; por el contrario todo hace indicar teniendo en cuenta los hechos y las pruebas aportadas que le correspondería una pena mayor, máxime si no concurren las circunstancias atenuante de responsabilidad restringida o confesión sincera.

3. SÍNTESIS DEL FACTUM:

En la acusación escrita (folios dos mil seiscientos sesenta y cinco a dos mil setecientos quince, subsanada en el folio dos mil setecientos veinticinco), se atribuyó a los procesados los siguientes cargos:

3.1. A don Juan Carlos Fernández Capcha, en su condición de ex Director Ejecutivo de Administración de la Dirección Regional Sectorial de Salud de Ucayali, los delitos de concusión, concusión impropia, peculado; peculado agravado; y por los delitos contra la fe pública-falsificación de documentos en general, falsedad ideológica y falsedad genérica, haber autorizado abusando de su cargo, mediante memorándums de los años mil novecientos noventa y ocho-mil novecientos noventa y nueve, el pago de viáticos por comisión de servicios no realizados, pagos por movilidad local en

planilla de viáticos de manera indebida a pesar de haberse trasladado en unidades móviles de la institución; viáticos por montos mayores con relación a los días realmente utilizados, duplicidad de pago por racionamiento al personal contratado por servicios no personales; haber autorizado mediante memorándum del año novecientos noventa y nueve la adquisición de medicamentos sobrevaluados contra lo establecido por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y las resoluciones Directorales y Directivas de Ejecución y rendición de fondos habilitados por encargo (Ley veintiséis mil ochocientos cincuenta, Resolución Directoral número ciento dos-noventa y nueve SA/DM, Resolución de control número setenta y dos noventa y ocho – CG), Normas Técnicas de Control para sector público, dando lugar con ello que terceras personas se beneficien económicamente en perjuicio de la entidad hasta por la suma de 37,243.30 nuevos soles con treinta céntimos. También autorizó mediante memorándum del año mil novecientos noventa y nueve la adquisición de repuestos y otros bienes sobrevaluados, causando perjuicio por la suma de 9,517.50 nuevos soles; permitió también el uso incorrecto de fondos para pagos en efectivo contra lo previsto por la Resolución Directoral N° 22-680; Normas Generales de Tesorería, Resolución Ministerial N° 881-EFC/76 de Normas de Sistema de Contabilidad, Resolución de Contraloría N° 72-98-CG, normas Técnicas de Control, beneficiando a terceros por la suma de 5,139.80 nuevos soles; concertándose con los contratistas para pagos de prestación de servicios no realizados a la institución, mediante memorándums del año mil novecientos noventa y nueve, beneficiando a terceros por la suma de 15,500 nuevos soles; concertándose también con proveedores para pagos indebidos por concepto de pasajes aéreos no realizados, perjudicando a la institución por la suma de 14,211.20 nuevos soles, realizándolo también con los contratistas, la ejecución y pagos de los servicios de reacondicionamiento y rehabilitación del Centro de Salud de Iparia y Puesto de Salud Colonia del Caco, provocando perjuicio por la suma de 59,156.47 nuevos soles.

3.2. A doña Catalina Herminia Garay Román, se le atribuyó que en su condición de ex Directora de Personal de la Dirección Regional Sectorial de Salud de Ucayali, los delitos de concusión, concusión impropia y peculado; y falsificación de documentos en general y falsedad genérica, permitió el pago de racionamiento a persona contratado por servicios no personales y duplicidad de pago por racionamiento al personal del equipo de gestión.

3.3. A doña Elizabeth Chávez Cristóbal, en su condición de ex Coordinadora del Proyecto dos mil de la Dirección Regional Sectorial de Salud de Ucayali, los delitos de concusión, concusión impropia y peculado; y falsificación de documentos en general y falsedad genérica, permitió el pago de planilla de racionamiento a personal contratado por servicios no personales y haberse concertado con los interesados permitiendo pagos indebidos por concepto de pasajes aéreos no utilizados a través de memorándums autoritativos.

3.4. A doña Norma Soledad Riva Reátegui, en su condición de coordinadora de Planificación Familiar los delitos de concusión, concusión impropia y peculado; y falsificación de documentos en general, falsedad ideológica y falsedad genérica; realizó pagos de racionamiento a personal contratado por servicios no personales, beneficiando a terceras personas por la suma de siete mil ochocientos treinta nuevos soles, concertándose con los interesados, permitiendo la ejecución de los contratos y sus pagos de servicios de reacondicionamiento y rehabilitación del centro de Salud Iparia y Puesto de Salud Colonia del Caco, a través de contratos autoritativos hasta por la suma de S/. 59,146.47 nuevos soles.

3.5. A don Vladimir Imael Nuñez Paredes, ex director de Logística, los delitos de concusión, concusión impropia y peculado; y falsificación de documentos y falsedad genérica, haber permitido la adquisición de medicamentos sobrevaluados beneficiando a terceras personas hasta por la suma de 37,243.30 nuevos soles; también la adquisición de repuestos y otros bienes a precios sobrevaluados, a través de memorándums autoritativos en beneficio de terceros

por la suma de 9,517.50 nuevos soles; además, la realización de pagos por prestación de servicios que la institución no recibió hasta por un monto de 15,500 nuevos soles y pagos indebidos por concepto de pasajes aéreos no utilizados por 14,211.20 nuevos soles, coludiéndose con contratistas para la ejecución y pago de servicios de reacondicionamiento y rehabilitación del Centro de Salud de Iparia y Puesto de Salud de Colonia del Caco.

3.6. A don Fidel Carlos Malca Hernández, en su condición de ex Director de Logística de la Dirección Regional Sectorial de Salud de Ucayali, los delitos de concusión, concusión impropia y peculado; y falsificación de documentos en general; permitió la adquisición de medicamentos sobrevaluados, concretando memorándums autoritativos, beneficiando económicamente a terceras personas hasta por la suma de 37,243.30 nuevos soles; adquiriendo repuestos y otros bienes con precios sobrevaluados, causando u perjuicio económico a la entidad, concertándose con proveedores e interesados realizando pagos indebidos por concepto de pasajes aéreos no utilizados y con los contratistas para la ejecución de los contratos y sus pagos para el reacondicionamiento y rehabilitación del Centro de Salud de Iparia y Puesto de Salud de Colonia del Caco hasta por un monto de 59,139.80 nuevos soles.

3.7. A don Viet Lozano Alván, ex encargado del fondo para pagos en efectivo de la mencionada entidad, los delitos de concusión, concusión impropia y peculado; y falsificación de documentos en general; al haber permitido hacer uso de documentos falsos para el uso indebido de fondos para pagos en efectivo, y a pesar que las normas de tesorería se lo impedían, trayendo como consecuencia beneficio económico a terceros en perjuicio de la entidad por la suma de 51,139.80 nuevos soles.

A doña María Elisa Gonzáles Vía, ex coordinadora del Programa de Salud Física para Todos de la Dirección Regional Sectorial de Salud de Ucayali, los delitos de concusión, concusión impropia y peculado; y falsificación de documentos en general; por firmar las actas de conformidad referentes a la reparación y mantenimiento

de microscopio y botes de madera de distintos establecimientos de salud, introduciendo declaraciones falsas, concertándose con los proveedores de servicios permitiendo beneficiar económicamente a terceros en perjuicio de la entidad hasta por la suma de 15,500 nuevos soles. Además mediante un parte, de cuatro y otro de veinticinco de enero de dos mil uno, la agencia de viaje "Alfa" indicó que los pasajes utilizados, fueron emitidos para un vuelo charter a la localidad de Purús el trece de abril de mil novecientos noventa y nueve, que luego fue corregido, indicando que se vendió los pasajes de acuerdo a lo requerido por la oficina de Logística de la Dirección Regional de Salud; versiones introducidas como falsas en documentos que autorizan su pago, mediante una supuesta concertación con el proveedor exclusivo del servicio, permitiendo de esa forma beneficiar económicamente a terceros, comprobando pasajes aéreos a los funcionarios no requeridos y haber permitido sobrevaluación del servicio Charter hasta por la suma de 14,211.20 nuevos soles.

3.9. A don Milton Francisco Marín Aliaga, en su condición de asesor de Infraestructura de la citada entidad, los delitos de concusión, concusión impropia y peculado; falsificación de documentos en general; al haber participado en la recepción del servicio de los contratos números ciento noventa y siete-noventa y nueve; doscientos ochenta y dos-noventa y nueve y quinientos cuarenta y cuatro-dos mil; en la organización y manejo de los servicios de reacondicionamiento y rehabilitación del Centro de Salud de Iparia y del puesto de Salud de Colonia del Caco para efectos de la recepción del contrato efectuado resultante del contrato N° 282-99, dando su conformidad, lo que permitió lla disposición de pago hasta por la suma de 19.950.833 nuevos soles.

3.10. A don Iván Fernando Rojas Maturana, en su condición de Jefe de la oficina de Ingeniería y Mantenimiento de la mencionada entidad, los delitos de concusión, concusión impropia y peculado; y falsificación de documentos en general; quien suscribió el acta de recepción de obra del contrato N° 544-2000, no obstante haber

referido que su oficina no tenía documentos relacionados a dicho contrato, que tampoco supervisó, ni participó en la programación, acción que permitió la disposición de pago por la suma de 26,000 nuevos soles.

3.11. A doña Josefa Moreno Pérez, en su condición de cajera pagadora de la citada entidad, los delitos de concusión, concusión impropia y peculado; y falsificación de documentos en general; quien según don Jorge Collantes Silva, fue quien lo hizo firmar conjuntamente con don Nilson Collantes Silva los comprobantes de pago produciendo un beneficio económico a terceros en perjuicio de la entidad por la suma de 59,146.47 nuevos soles.

3.12. A don Edwin Vilela Vargas, los delitos de concusión, concusión impropia y peculado; y falsificación de documentos y falsedad ideológica, en su condición de Coordinador del Programa de Seguro Escolar Gratuito de la indicada entidad, por haber adquirido menor cantidad de medicamentos por el mayor costo pagado, perjudicando la población escolar y a los beneficiarios del Programa de Planificación Familiar y la comunidad en general hasta por la suma de 37,247.39 nuevos soles; por haber concertado la inclusión de declaraciones falsas en documentos, beneficiando económicamente a la empresa "Alfa Viajes" y Servicios Generales por la suma de 14,211.20 nuevos soles; habiéndose adquirido pasajes sin necesidad y el pago del servicio de Charter con sobreprecio.

3.13. A don Ausberto Odicio Pinedo, en su condición de proveedor de la Dirección Regional Sectorial de Salud de Ucayali, los delitos de concusión, concusión impropia y peculado; falsificación de documentos y falsedad genérica, al haber extendido el comprobante de pago por la suma de 5,000.00 nuevos soles, permitiendo la disposición indebida mediante concertación y la inclusión de declaraciones falsas en documentos que permitieron beneficiar económicamente a terceros, por supuestos servicios realizada por la Dirección de Logística, señalando que firmó los documentos a solicitud de dicha Dirección, ya que su negocio, no tenía por giro la prestación de servicios de reparación y mantenimiento de dichos

equipos, abonándole mediante comprobantes de pago números 6718, 8390, 10074 y 11391, por la suma de 10,500 nuevos soles; con perjuicio económico de la entidad agraviada.

3.14. A doña Floria Ruíz Armas, representante de la Agencia "Alfa Viajes" y Servicios Generales, los delitos de concusión, concusión Impropia y peculado; y falsificación de documentos y falsedad genérica, en su condición de proveedora de servicios de transporte aéreo con fecha veinticinco de enero de dos mil uno, expidió un documento a la licenciada doña María Mori, indicando que los pasajes no utilizados fueron cambiados para la utilización de un vuelo Charter a la localidad de Púrus, el trece de abril de mil novecientos noventa y nueve, tomando como canje pasajes comprados no utilizados en su oportunidad, siendo que dichos pasajes fueron adquiridos sin necesidad, sin conocimiento de los beneficiarios, comprobándose el pago de sobreprecios en la contratación de vuelos charter, permitiendo que la autoridad administrativa incluyera declaraciones falsas en concertación lo que facilitó el beneficio de terceros por la suma de 14,211.20 nuevos soles.

3.15. A don Jorge Collantes Silva, en su condición de propietario de la Constructora Collantes, los delitos de concusión, concusión impropia y peculado; y falsificación de documentos y falsedad genérica, dado que utilizando el nombre de un tercero, don Juan Medina Aguirre, efectuó las cobranzas por los servicios de rehabilitación y reacondicionamiento del Centro de SALUUD DE Iparia y Puesto de Salud de Colonia del Caco usando doble partida; cobro indebidamente permitido por los funcionarios y servidores de la indicada entidad agraviada hasta por un monto de 9,411.10 nuevos soles.

3.16. A doña Carmen Salazar Vega en su condición de Directora de Economía de la entidad Agraviada, los delitos de concusión, concusión impropia y peculado; y falsificación de documentos y falsedad genérica, dado que realizó pagos indebidos por racionamiento de personal contratado por servicios no personales por un monto de siete mil ochocientos treinta nuevos soles, en beneficio de los ser-

vidores, tomando de una partida formada para pago de alimentos del personal externo en los centros hospitalarios, educativos de reclusión y para atender a coordinadores nacionales y estudiantiles.

3.17. A don Walter Manuel Castro Ronceros, la comisión del delito contra la administración pública –peculado– y contra la fe pública, en el tipo de falsedad ideológica, en su calidad de funcionario de la citada entidad, por pagos indebidos efectuados por concepto de viáticos, movilidad local y racionamiento a funcionarios y servidores en los periodos mil novecientos noventa y ocho y noventa y nueve y comisión de servicios que no se han efectuado, presentando rendiciones de cuenta como actividades desarrolladas hasta por un monto de 7,908.85 nuevos soles.

3.18. A don Pacífico Cosme Tacanga López, el delito de falsedad ideológica; en su condición de funcionario de la entidad agraviada, por pagos indebidos por viáticos, movilidad local y racionamiento a funcionarios y servicios en el periodo 1998 – 1999 por S/. 47,886.72 nuevos soles y comisión de servicios que no se han efectuado, presentando rendiciones de cuenta como actividades desarrolladas hasta por un monto de 7,908.85 nuevos soles.

3.19. A don Juan Fernando Rojas Maturano, en su condición de Jefe de Ingeniería y Mantenimiento, al haber firmado el acta de conformidad de obra, según refiere por indicación de don Vladimir Núñez Paredes, sin haber verificado in situ.

4. OPINIÓN DEL SEÑOR FISCAL SUPREMO:

En el dictamen de los folios setenta y uno a ochenta y dos, el señor Fiscal Supremo en lo Penal, opinó que el Colegiado Superior no efectuó una adecuada valoración de los medios probatorios incorporados, en este caso, informes técnicos elaborados por la Contraloría, que tienen una naturaleza jurídica particular, que una vez objeto de ratificación judicial, se convierten en medio probatorio idóneo; de modo que la elaboración argumental inserta en las consideraciones de fallo, debe necesariamente reservar un acápite a la correcta valoración de la prueba téc-

nica reseñada; además existe el informe pericial contable que tampoco ha sido valorado en su contexto, de cuyos informes fluye la responsabilidad penal de los procesados absueltos; y en relación al quantum de la pena impuesta a don Juan Calos Fernández Capcha considera que es muy benigna en relación al injusto cometido; argumentos por los cuales propone se declare nula la sentencia elevada en grado y se lleve a cabo nuevo enjuiciamiento.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: ANÁLISIS DE PROCEDENCIA TEMPORAL DEL RECURSO DE NULIDAD

El recurso de nulidad formulado por el Señor Fiscal Superior, cumple con el requisito temporal de procedencia, dado que, conforme se aprecia del acta de lectura de sentencia de los folios cinco mil ciento sesenta y ocho a cinco mil ciento setenta y uno, al ser consultado respecto del fallo, manifiesto reservarse el derecho de impugnar, lo cual hizo mediante escrito de folio cinco mil ciento setenta y tres, cumpliendo con sustenta los agravios en el escrito de los folios cinco mil ciento ochenta y uno, dentro del término establecido en el inciso cinco del artículo trescientos del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve, por lo que esta Sala Suprema se encuentra habilitada a emitir el pronunciamiento de fondo que corresponda.

SEGUNDO: ANÁLISIS DE VIGENCIA DE LA ACCIÓN PENAL

Teniendo en cuenta la imputación penal, según la acusación fiscal ya indicada, los hechos materia del proceso ocurrieron en el período mil novecientos noventa y ocho y mil novecientos noventa y nueve, su contexto, de cuyos informes fluye la responsabilidad penal de los procesados absueltos; y en relación al quantum de la pena impuesta a don Juan Carlos Fernández Capcha considera que es muy benigna en relación al injusto cometido; argumentos por los cuales propone se declare nula sentencia elevada en grado y se lleve a cabo nuevo enjuiciamiento.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: ANÁLISIS DE PROCEDENCIA TEMPORAL DEL RECURSO DE NULIDAD

El recurso de nulidad formulado por el Señor Fiscal Superior, cumple con el requisito temporal de procedencia, dado que, conforme se aprecia del acta de lectura de sentencia de los folios cinco mil ciento sesenta y ocho a cinco mil ciento setenta y uno, al ser consultado respecto del fallo, manifestó reservarse el derecho de impugnar, lo cual hizo mediante escrito de folio cinco mil ciento setenta y tres, cumpliendo con sustentar los agravios en el escrito de los folios cinco mil setenta y nueve a cinco mil ciento ochenta y uno, dentro del término establecido en el inciso cinco del artículo trescientos del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve, por lo que esta Sala Suprema se encuentra habilitada a emitir el pronunciamiento de fondo que corresponda.

SEGUNDO: ANÁLISIS DE VIGENCIA DE LA ACCIÓN PENAL

Teniendo en cuenta la imputación peal, según la acusación fiscal ya indicada, los hechos materia del proceso ocurrieron en el periodo mil novecientos noventa y ocho y mil novecientos noventa y nueve, por lo que considerando la pena conminada para los delitos investigados a la fecha, la acción penal se encuentra vigente.

TERCERO: SUSTENTO NORMATIVO:

Consideraciones Previas:

I. Conforme al artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) inc. 3) La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, en virtud el cual todo órgano que posea naturaleza jurisdiccional sea ordinario, constitucional, electoral, etcétera, debe respetar mínimamente las garantías que componen los derechos a la tutela jurisdiccional "efectiva" y al debido proceso, entre las que destacan los derechos al libre acceso a la jurisdicción, de defensa, a la prueba, a la motivación de las resolu-

ciones judiciales, a la obtención de una resolución fundada en derecho, independiente e imparcial otros derechos fundamentales.

II. Asimismo el texto Constitucional en el artículo ciento cincuenta y nueve establece que el Ministerio Público es el titular del ejercicio de la acción penal pública y tiene el deber de la carga de la prueba, bajo el principio de la imputación necesaria como una manifestación del principio de legalidad y del principio de la defensa procesal (art. 2.24 "d" y 139.14).

III. En virtud del mencionado principio, la jurisprudencia Constitucional ha señalado como "(...) ineludible exigencia que la acusación ha de ser cierta, no implícita, no precisa, clara y expresa; con una descripción suficiente detallada de los hechos considerados punibles que se imputan y del material probatorio en que se fundamenta (...)", según el cual "al momento de calificar la denuncia será necesario, por mandato directo e imperativo de la norma procesal citada, controlarla corrección jurídica del juicio de imputación propuesto por el Fiscal, esto es, la imputación de un delito debe partir de una consideración acerca del supuesto aporte delictivo de todos y cada uno de los imputados" (Fundamento jurídico 13 de la STC N° 4989-2006-PHC/TC).

IV. La imputación que se alude, supone la atribución de un hecho punible, fundado en el *factum correspondiente, así como en la legis atinente y sostenido en la prueba, presupuestos que deben ser inescrupulosamente verificados por el órgano jurisdiccional que ejerciendo la facultad de control debe exigir que la labor fiscal sea cabal, que la presentación de los cargos, sea puntual y exhaustiva, que permita desarrollar juicios razonables.*

V. No es suficiente la simple enunciación de los supuestos de hecho contenidos en las normas penales; estos deben tener su correlato fáctico concreto, debidamente diferenciado y limitado respecto de cada uno de los encausados, tanto más cuando se trata de delitos de infracción de deber, donde las conductas están íntimamente

vinculadas al cargo que desempeñan y la función que les es confiada.

VI. Asimismo el Acuerdo Plenario número seis-dos mil nueve/CJ-ciento dieciséis, precisa que el "Juez Penal tiene un control de legalidad sobre el ejercicio de la acción penal, por cuanto el procesamiento de quien resulte emplazado por el Fiscal requiere autorización o decisión judicial, por lo que corresponde al Juez evaluar si la promoción de la acción penal se amolda a los requisitos que establece la ley procesal; dicho deber de control se intensifica en la etapa intermedia ante la acusación del Señor Fiscal Superior, correspondiéndole entonces a la Sala Superior efectuar el control correspondiente.

VII. En el caso de autos no se evidencia labor de imputación necesaria eficiente, al tratarse de la formulación genérica de cargos, sin precisiones ni mucho menos una adecuada subsunción de las conductas incriminadas, lo que podría implicar la declaración de nulidad de la sentencia; empero, ello a la vez colisionaría con el principio del plazo razonable de procesamiento como contenido implícito del debido encausamiento, expresado en la potestad de los justiciables de acceder a la tutela jurisdiccional efectúa en observancia de principios y garantías constitucionales, concluyendo en un fallo justo, razonable y proporcional (...), situación que no ha de pasar inadvertida.

Sustento Normativo:

3.1. El artículo trescientos ochenta y dos del Código Penal establece que el funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, obliga o induce a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para otro, un bien o un beneficio patrimonial, será reprimido (...).

3.2. El artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, modificado por la Ley N°26713, señala que el funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que

intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según Ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones (...).

3.3. El artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal, modificado por la Ley veintiséis mil ciento noventa y ocho, sanciona al funcionario servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo (...). En su segundo párrafo opera la circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social estableciendo como pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de diez años.

3.4. El artículo cuatrocientos veintisiete del Código Penal sanciona a quien hace, en todo o en parte, un documento falso o adultera uno verdadero que pueda dar origen a derecho u obligación o servir para probar un hecho, con el propósito de utilizar el documento, si de uso puede resultar algún perjuicio (...).

3.5. El artículo cuatrocientos veintiocho del Código Penal establece sanción para quien inserta o hace insertar, en instrumento público, declaraciones falsas concernientes a hechos que deban probarse con el documento, con el objeto de emplearlo como si la declaración fuera conforme a la verdad (...).

3.6. El artículo cuatrocientos treinta y ocho del Código Penal indica será castigado quien de cualquier otro modo que no esté especificado en el Código, cometa falsedad simulado, suponiendo, alterando la verdad intencionalmente y con perjuicio de terceros, por palabras, hechos o usurpando nombre, calidad o empleo que no le corresponde, (...).

3.7. El inciso segundo del artículo doscientos veinticinco del Código de Procedimientos Penales manda que el escrito de acusación que formule el Fiscal de acuerdo al artículo noventa y dos, inciso cuatro de la Ley Orgánica del Ministerio Público, debe contener

además la acción u omisión punible y las circunstancias que determinen la responsabilidad.

CUARTO: ANÁLISIS FÁCTICO JURÍDICO:

4.1. EXTREMO ABSOLUTORIO POR EL DELITO DE CONCUSIÓN:

4.1.1. Encausado FERNANDEZ CAPCHA; Se le atribuyó en su condición de Director Ejecutivo de Administración de la Dirección Regional Sectorial de Salud de Ucayali, en el lapso veinticuatro de agosto de mil novecientos noventa y ocho al mes de enero de dos mil uno, y como la máxima autoridad administrativa los siguientes hechos: i) pago indebido por racionamiento al personal conto por servicios no personales, ii) uso y manejo de los fondos para pagos en efectivo de manera irregular con comprobantes de pagos observados por 5,139.80 nuevos soles; iii) adquisición de medicamentos sobrevaluados por el importe de 37,243.39 nuevos soles; iv) adquisición de repuestos y otros bienes con precios sobre valuados por 9,157.50 nuevos soles; v) pagos por prestación de servicios que la institución no recibió por 15,500 nuevos soles; vi) pagos indebidos por concepto de pasajes aéreos no utilizados y contratados de vuelos charter sobre valuados por 14,211.20 nuevos soles; vii) deficiencia e irregularidades en la ejecución de servicios de reacondicionamiento y rehabilitación del Centro de Salud de Iparia y del Puesto de Salud de Colonia del Caco por 59,146.47 nuevos soles.

4.1.2. Con relación al ítem i) en el informe Especial cero cero uno dos mil –CTRU-DRSSU-OAI, Examen Especial del período uno de enero de mil novecientos noventa y ocho a treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y ocho a mil novecientos noventa y uno a la Dirección Regional Sectorial de Salud Ucayali; se cuestiona el pago racionamiento a servidores de la Dirección de Logística, Economía y otros y al personal contratado por servicios no personales a través de programas de planificación familiar, Proyecto 2000 y Defensa Nacional correspondiente al ejercicio económico mil novecientos noventa y ocho ; sin embargo en los

folios dos mil ochocientos noventa y cuatro a dos mil novecientos treinta y cuatro corre en copia Fedateada el informe N° 53-2000-CG/P370 de la contraloría General de la República que contiene la auditoría financiera al Convenio de Donación número 527-0366 suscrito entre los gobierno del Perú y los Estados Unidos de Norteamérica, administrado por el Ministerio de Salud del período enero de mil novecientos noventa y ocho a diciembre de mil novecientos noventa y nueve; de cuyo contenido se establece, respecto al Proyecto 2000, que tuvo como objetivo mejorar la Salud y el estado nutricional de niños menores de tres años y de las mujeres en estado fértil, por un plazo de ejecución de siete años; en el no cuestiona el mencionado pago de racionamiento que la propia unidad administrativa efectuaba al personal contratado por servicios no personales y al personal administrativo de la entidad; en tal sentido, si el Órgano Superior de Control de la República ya examinó el caso sub materia y no lo calificó de irregular, los órganos auxiliares de auditoría interna que dependen de la Contraloría General de la República, deberían concordar en sus dictámenes a los criterios adoptados por el órgano superior, por tanto no resulta sostenible atribuir responsabilidad penal al encausado en este extremo.

4.1.3. Respecto del ítem ii) como prueba de cargo, se hallan documentos de los folios setecientos cincuenta y dos a setecientos noventa, donde se observan comprobantes de pago con firmas de autorización y conformidad adulterados, los cuales sirvieron para efectuar pagos; empero, los aludidos documentos resultan insuficientes para establecer la existencia del delito de concusión y menos la responsabilidad del imputado, quien además ha sostenido su negativa uniforme sobre estos cargos, además no existir pericia de grafotécnia al respecto. Asimismo con relación al cargo señalado en el ítem iii) encontrándose evidenciado en el cuadro de adquisiciones de medicamentos del año mil novecientos, se tiene que al haberse efectuado compras en forma fraccionada se habría ocasionado perjuicio por el monto indicado; sin embargo no existe prueba que determinado proveedor haya ofertado los precios

indicados en el mencionado cuadro menos aún prueba documental que haya establecido el procedimiento, forma y establecimiento comercial en que se iba a adquirir las medicinas; por tanto la conducta atribuida al encausado no se encuentra sólidamente acreditada; en todo caso su responsabilidad sería administrativa al no haber consignado la compra de los medicamentos en su plan anual de adquisiciones, en el rubro encargos.

4.1.4. Con relación a los cargos señalados en el ítem iv) si bien en el presente caso, comparando los precios de adquisición pagada por la agraviada, con las cotizaciones propuestas por los establecimientos sociales, entre ellas existe una diferencia que aparentemente causaría perjuicio económico a la entidad agraviada, empero, no existe prueba de cómo estuvo establecido el procedimiento para la compra de dichos bienes y de esa forma determinar objetivamente el perjuicio económico que se pudiera haber causado a la entidad agraviada, por lo que la absolución en este extremo se encuentra arreglada a ley. En el mismo sentido, respecto de los cargos señalados en el ítem v) se cuestiona haberse desembolsado sumas de dinero por servicios que la entidad agraviada no recibió, tal es el caso de la reparación de veintiún microscopios de los diferentes establecimientos de salud, en el año mil novecientos noventa y nueve, por el monto de diez mil quinientos nuevo soles; aun cuando en los diversos informes y actas de verificación se estableció que algunos centros de salud cuyos botes de madera no habrían sido materia de reparación porque sencillamente no contaban con esos medios de transporte, así como el procesado don Ausberto Odicio Pinedo reconoció ante el Auditor de la agraviada que no fue su persona quien realizó el trabajo de la reparación de los equipos de microcopia, sino que fue con la finalidad de apoyar a otro proveedor a solicitud del señor Becerra, que consignó la cantidad de doce equipos por reparación por indicación de la Dirección de Logística; sin embargo del contenido de los citados documentos se puede inferir que aparentemente los servicios de reparación de dichos equipos técnicos y reparación y mantenimiento de botes de madera no se efectuaron a favor de la

agraviada, pero es el caso que estos hecho no se encuadran en los presupuestos que tipifican el delito de concusión, que exige que el funcionario o servidor público que abusando de su cargo, obliga o induce a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para otro, un beneficio patrimonial.

4.1.5. Respecto del cargo señalado en el ítem vi) se cuestiona haberse cancelado a la empresa "Alfa viajes y Servicios Generales E.I.R.L." por pagos de pasajes que no fueron utilizados, por el monto que se indica; aún cuando aparecen haberse efectuado diversos pagos de pasajes aéreos no utilizados; empero del análisis de los citados documentos se colige que tales hechos no encuadran en el tipo penal denunciado, con el fundamento jurídico precisado en el acápite anterior.

4.1.6. Con relación a los cargos señalados en el ítem vii) se cuestiona deficiencias e irregularidades en la ejecución de servicios de reacondicionamiento y rehabilitación del Centro de Salud de Iparia y del Puesto de Salud de Colonia del Caco; si bien para la ejecución de las obras contenidas en los distintos contratos que se mencionan en la acusación, existieron indicios de irregularidades como n contar con expedientes técnicos; no existir acta de entrega de las obras y por último, que no se ejecutó la totalidad de las obras contenida en los contratos; pero es el caso de tales hechos no se encuadran en el delito de concusión por cuanto no existe prueba de que el imputado abusando de su cargo haya obligado o inducido a los proveedores de las indicadas obras para que obtengan promesa o beneficio patrimonial a su favor.

4.1.7. Respecto de los procesados doña Catalina Herminia GARAY DE TELLO, doña Elizabeth CHAVEZ CRISTÓBAL y doña Norma Soledad RIVA REATEGUI, cabe señalar que la primera de las nombradas se desempeñaba como Directora de Personal de la entidad agraviada desde el dieciocho de febrero en mil novecientos noventa y siete y tenía como funciones el planificar, organizar, supervisar todo el desarrollo del área técnica, legal de remuneraciones, además en la elaboración del cuadro de personal

en otras funciones; por su parte la encausada Chávez Cristóbal se desempeño como Coordinadora del Proyecto 2000 desde el uno de enero de mil novecientos noventa y ocho, encargada de organizar programar y ejecutar actividades de cursos de capacitación, supervisar establecimientos de Salud; y la tercera de las nombradas, ocupó el cargo de Coordinadora Regional del Programa de Planificación Familiar, quienes permitieron el pago de planillas de racionamiento a personal contratado por servicios no personales y duplicidad de pago por racionamiento al personal del equipo de gestión. Sin embargo, estando en la misma situación jurídica que su coacusado Fernández Capcha en cuanto a la imputación por éste delito (concusión), por los mismos fundamentos jurídicos precisados en el acápite 4.1.1. la absolución de las precitadas se encuentra en base a ley.

4.1.8. Con relación a los procesados don Vladimir Imael NUÑEZ PAREDES, don Fidel Carlos MALCA HERNANDEZ, don Viet LOZANO ALVAN, doña María Elisa MORY GONZALES VÍA, don Milton Francisco MARIN ALIAGA, don Juan Frenando ROJAS MATURANO, doña Josefa MORENO PEREZ, don Edwin VILELA VARGAS Y doña Carmen SALAZAR VEGA; de la acusación escrita del representante del Ministerio Público no se ha precisado en que consisten los cargos en su contra por este delito (concusión), más aún que del informe cero uno-dos mil-CTARR-DRRS-SU-OAI, tampoco se precisa al aún hecho de contenido penal, por lo que la absolución se encuentra arreglada a ley.

4.1.9. Respectos de los procesados doña Floria RUIZ ARMAS, don Ausberto ODICIO PINEDO, don Nilson COLLANTES SILVA y don Jorge Alberto COLLANTES SILVA; se ha establecido que la procesada Ruiz Armas, fue representante de la Agencia de Viajes "Alfa" y el procesado Odicio Pinedo fue proveedor de la entidad agraviada y los dos últimos fueron representantes de la empresa "Constructora Collantes"; de la estructura típica del artículo trescientos ochenta y dos del Código Penal, se advierte que se trata de un delito especial, que exige determinada cualidad del agente, lo

que conlleva a establecer que la esfera de los autores está limitada, en este caso sólo funcionarios públicos; siendo así los procesados nombrados no tenían la calidad, por lo tanto, no se les puede atribuir dicho ilícito penal.

4.2. EXTREMO ABSOLUTORIO POR DELITO DE PECULADO AGRAVADO:

4.2.1. **Imputado a los procesados doña Carmen SALAZAR VEGA y don Juan Carlos FERNÁNDEZ CAPCHA, a quienes se les imputó que en su condición de Directora de Economía y al segundo, Director Ejecutivo de la entidad agraviada, haber efectuado pagos indebidos en forma dolosa por racionamiento al personal contratado por servicios no personales por la suma de 7,830 nuevos soles, sin tener en consideración que la partida presupuestaria estaba destinada para pagos de gastos para alimentación de personas internas en centros hospitalarios, educativos y de reclusión. Al respecto, la Contraloría General de la República cuya función es la fiscalización de la ejecución de gastos de las entidades públicas, no observó en el Informe número 053-2000-CG/P370 que contiene la Auditoría Financiera al Convenio de Donación número 527-00366, los montos pagados por concepto de racionamiento a los trabajadores contratados por servicios no personales, siendo así se puede colegir que dichos pagos fueron regulares.**

4.3. EXTREMO ABSOLUTORIO POR DELITO DE FALSEDAD GENÉRICA:

4.3.1. **Imputado a los procesados GARAY DE TELLO, CHÁVEZ CRISTOBAL, NUÑEZ PAREDES, ODICIO PINEDO, RUÍZ ARMAS, COLLANTES SILVA Nilson, COLANTES SILVA Jorge Alberto, MALCA HERNÁNDEZ, MORY GONZALES VÍA, MARÍN ALIAGA, ROJAS MATURANO, MORENO PÉREZ, LOZANO ALVÁN, SALAZAR VEGA Y FERNÁNDEZ CAPCHA; al respecto, conforme se ha señalado en los acápites ante-**

riores, el representante del Ministerio Público en su acusación escrita y en la requisitoria oral, no ha precisado de manera individual, clara y concreta los cargos contra los aludidos con relación a este delito; a ello cabe añadir que el Informe 001-2000-CTRU-DRSSU-OAI, "Examen Especial del período uno de enero a treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y uno de nueve, tampoco señala los fundamentos fácticos respecto de los actos irregulares de contenido penal por este ilícito; no existe información contenida en un documento con el cual se haya alterado la verdad y perjudicando a la entidad.

4.4. EXTREMO ABSOLUTORIO POR DELITO DE PECULADO:

4.4.1. Imputado a los encausados RIVA REATEGUI, LOZANO ALVÁN, MARÍN ALIAGA, SALAZAR VEGA, COLLANTES SILVA Nilson, COLANTES SILVA Jorge Alberto, RUÍZ ARMAS, NUÑEZ PAREDES, ODICIO PINEDO, GARAY DE TELLO, MORENO PÉREZ, ROJAS MATURANO, MALCA HERNÁNDEZ, VILELA VARGAS, CHÁVEZ CRISTÓBAL, MORY GONZÁLES VÍA Y FERNÁNDEZ CAPCHA.

4.4.2. Con relación a la encausada RIVA REÁTEGUI, se le atribuyó que en su condición de Coordinadora Regional del Programa de Planificación Familiar, permitió el pago de planillas de racionamiento al personal contratado por servicios no personales, contraviniendo con ello la Ley veintiséis mil ochocientos cincuenta – Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, beneficiando a terceras personas en perjuicio de la entidad agraviada; aún cuando en autos bran las planillas (veintidós en total) por distintos montos que suman 7,830.00 nuevos soles; sin embargo, analizados los medios probatorios incorporados al proceso, se ha establecido que en dicha asignación también tuvieron participación el Director Administrativo y el Director de Personal, lo que generó los comprobantes de pago visados por el Directorio de Economía (contador público colegiado) y el tesorero, es decir los actos previos y posteriores para efectivizarse los pagos de racionamiento

al personal contratado por servicios no personales, con la aprobación de los funcionarios antes señalados encargados de verificar el uso idóneo del presupuesto de la entidad agraviada, quienes al advertir que se trataba de un pago reglamentado no objetaron y procedieron a visar; lo cual desvirtúa los cargos imputados a la procesada Riva Reátegui.

4.4.3. Con relación a la acusada LOZANO ÁLVAN, a quien se le atribuyó que en su condición de encargada d los fondos para pagos en efectivo de la Dirección, permitió hacer los pagos indebidos por distintos conceptos en beneficio de terceros; sin embargo verificadas las boletas de venta, facturas y recibos por honorarios obrante en los folios setecientos treinta y uno a setecientos cuarenta y nueve y de folios setecientos sesenta y cuatro a setecientos setenta y tres, no se evidencia que el citado procesado hubiera intervenido en tales hechos; por lo que la absolución se encuentra arreglada a ley.

4.4.4. Procesado MARIN ALIAGA, en su condición de Asesor de infraestructura dio conformidad al servicio prestado por contrato de locación de servicio N° 282-99 sobre Conclusión de Reacondicionamiento y Rehabilitación del Centro de Salud e Iparia; de los medios probatorios se ha establecido que el citado encausado se constituyó in situ a la localidad de Iparia para verificar la ejecución del contrato de locación ya mencionado, para luego conjuntamente con los demás funcionarios de la entidad agraviada suscribir el acta de conformidad; tal conducta es indiferente con los presupuestos establecidos en el artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal, desde que no ha tenido relación funcional con la custodia o administración de los bienes de la agraviada.

4.4.5. De la procesada SALAZAR VEGA, quien se desempeñó como Directora de Economía, en tal condición efectuó pagos por la suma de 7,830.00 nuevos soles por racionamiento del personal contratado de servicios no personales; al respecto, ya se ha señalado con anterioridad que estando al Informe número 053-2000-CG/P730, desvirtuó tales cargos.

4.4.6. Respecto de los procesados don Jorge Alberto COLLANTES SILVA y don Nilson COLLANTES SILVA; el primero en su condición de propietario de la empresa Constructora Collantes EIRL y el segundo como representante de la misma; los cargos formulados por el Ministerio Público se concretan en que al realizar las obras y/o servicios y también los cobros efectuados, eludiendo su responsabilidad, utilizaron el nombre de don Juan Medina Aguirre en la rehabilitación y reacondicionamiento del Centro de Salud de Iparia y el Puesto de Salud de Colonia del Caco, produciéndose duplicidad de partidas e incumplimiento hasta por la suma de 9,411.00 nuevos soles.

Revisados el Informe 001-2000-CTARU-DRSSU-OAI, en él se mencionan las deficiencias e irregularidades en la ejecución de dichas obras, cuestionando el contrato N° 289-99, por la existencia de duplicidad de partidas ejecutadas con un contrato anterior (197-99) a nombre de don Santos Peña Encinas; sin embargo al respecto solamente existe la información contenida en el informe Físico Técnico Financiero de la obra, confeccionado por el ingeniero civil don César Enco Paredes, sin otro medio probatorio que corrobore, sin antecedentes documentales y/o anexos del mencionado informe y de esa forma realizar el cotejo correspondiente y establecer que la entidad agraviada haya desembolsado dinero en duplicidad por servicios ya prestados; de lo que se colige que la ejecución del contrato número 289-99, se llevó adelante previo procedimiento formal y el proveedor efectivizó el cobro por honorarios profesionales por el servicio prestado.

4.4.7. Respecto de la procesada RUÍZ ARMAS; en su condición de representante de la empresa "Alfa" Viajes y Servicios Generales, se le atribuye que a la proveedora haber cobrado pasajes por servicios de transporte de los funcionarios de la entidad que no fueron utilizados y a la vez cobró en exceso por el servicio de vuelo charter, ocasionando perjuicio por la suma de 14,211.20 nuevos soles, Analizados los medios probatorios pertinentes al caso, si bien en el cuadro ilustrativo de pagos indebidos de pasajes efectuados en

el año mil novecientos noventa y nueve, se indicó que en las fechas se encontraban prestando servicios en lugares distintos, sin embargo no obra medio probatorio que acredite tal afirmación, de ahí que el cobro efectuado por la empresa proveedora es legal, tampoco se ha acreditado que la citada empresa se haya beneficiado económicamente efectuando cobros excesivos, en perjuicio de la entidad agraviada.

4.4.8. Respecto al procesado ODICIO PINEDO, propietario de la empresa "Servicios Múltiples", a quien se le atribuyó haberse beneficiado económicamente por servicios no prestados de reparación y mantenimiento de botes de madera de los diferentes establecimientos de Salud; al respecto, en el folio novecientos trece, obra la orden de servicio número 3024, emitida por la Dirección Regional de Salud de Ucayali, suscrito por el Director Ejecutivo de Administración a favor del procesado Odicio Pinedo, por servicio de reparación y mantenimiento de dos botes de madera de los establecimientos de Salud de Cunchuri y Galileo, especificando las medidas como el ancho, largo y alto; y en el folio doscientos noventa y cinco obra la respectiva acta de conformidad de cuatro de noviembre de mil novecientos noventa y nueve; asimismo en el folio novecientos diecinueve, corre la orden de servicio número 2603 de quince de setiembre de mil novecientos noventa y nueve, por el mismo servicio respecto de los establecimientos de Salud de Abujao y Vinuncuro, así como en el folio novecientos veintiuno, se hallan la respectiva acta de conformidad de dieciocho de octubre del mismo año, suscrita por la Coordinadora del Programa de Salud Básica para todos y por el Jefe de la Oficina de Ingeniería y Mantenimiento; por tanto, estando a los documentos señalados se colige que el citado proveedor cumplió con el contrato.

4.4.9. Respecto de la procesada GARAY TELLO; a quien se le imputó que en su condición de Directora de Personal de la Dirección Regional de la entidad agraviada, permitió el pago de planilla de racionamiento al personal del equipo de gestión; obrando la relación de funcionarios que recibieron dicho concepto en el folio

quinientos sesenta y cuatro, apreciándose que en el periodo de mil novecientos noventa y ocho, se efectivizó el pago por la suma de dos mil seiscientos noventa y cinco nuevos soles y en mil novecientos noventa y nueve, por la suma de tres mil doscientos noventa y cinco nuevos soles; sin embargo, de la remisión del Informe tantas veces citado N° 053-2000-CG/P730 que contiene la Auditoría Financiera al Convenio de Donación N° 527-0366, suscrito por los gobierno del Perú y los Estados Unidos de Norteamérica, administrado por el Ministerio de Salud período q998-1999, en su página diecisiete no se cuestiona el mencionado pago de racionamiento, por lo que es válido concluir que dichos pagos fueron regulares.

4.4.10. Respecto de la acusada MORENO PÉREZ; quien se desempeñó como cajera-pagadora, facilitó el pago a los procesado hermanos Collantes Silva; sin embargo, estando al análisis efectuado en el rubro que correspondió a los mencionados procesados, se estableció que dichos pagos se efectuaron en atención a los contratos de locación de servicios 282-99 y 544-99, correspondiente a reacondicionamiento y rehabilitación del Centro de atención médica del Centro Modelo de Iparia y de Colonia del Caco, con lo que queda acreditada la existencia de dichos contratos y luego del servicio prestado, los escalones respectivos de la agraviada confeccionaron los comprobantes de pago y órdenes de servicio del proveedor don Juan Medina Aguirre, quien fue representado por el mérito de los poderes firmados notarialmente otorgado por los hermanos Collantes Silva.

4.4.11. Respecto del procesado ROJAS MATURANO; en su calidad de Jefe de la Oficina de Ingeniería y Mantenimiento, imputándosele haber suscrito el acta de recepción de la obra del contrato 544-2000, por servicio de mantenimiento y reparación de infraestructura a todo costo del Centro Modelo Iparia; al respecto, como ya se ha señalado, en la ejecución de dicha obra no se ha detectado irregularidades de contenido penal; además el procesado no actuó sólo en el acta de conformidad de dicha obra, sino

conjuntamente con otros funcionarios en cumplimiento de sus respectivas funciones previa verificación in situ.

4.4.12. Respecto de los procesados NUÑEZ PAREDES, MALCA HERNÁNDEZ Y VILELA VARGAS; atribuyéndose al primero y segundo en sus calidades de Directores de Logística, en distintos períodos, y el tercero en su condición de Coordinador Regional del Programa Seguro Escolar Gratuito, que permitieron la adquisición de medicamentos sobrevaluados, repuestos y otros bienes con precios igualmente sobrevalorados; evaluado el cuadro de adquisición de medicamentos adquiridos en mil novecientos noventa y nueve ingresaron al almacén de la Dirección Regional de Salud de Ucayali, donde los responsables de cada área procedieron a su conformidad, sin que de ello emerja prueba idónea que acredite el pago en exceso a los proveedores; si bien el Informe especial 001-2000-CTRU-DRSSU-OAI del órgano de Control Interno, cuestionó haberse fraccionado las adquisiciones pese a la prohibición de la norma; en todo caso se trata de una irregularidad administrativa. Asimismo, respecto de la adquisición de repuestos y otros bienes, conforme al cuadro de adquisiciones, de folio ochocientos setenta y uno, obra la orden de compra-guía de internamiento número 1120 de ocho de julio de mil novecientos noventa y nueve a favor de Representaciones "Hanley Toyorep" EIRL, por la compra de cuatro llantas, cuatro cámaras y un guarda cámaras, conforme a la orden de compra-guía de internamiento N° 1547, de siete de setiembre de mil novecientos noventa y nueve, así como la orden de compra-guía de internamiento N° 1546 a favor de la citada empresa, así como la orden de compra-guía de internamiento N° 2883 de siete de octubre de mil novecientos noventa y nueve a favor de Factoría Sánchez EIRL por servicios de reparación y mantenimiento a todo costo de una camioneta por la suma de 1921.00 nuevos soles; y la orden de compra-guía de internamiento N° 2401 a favor de "World" EIRL por la compra de seis carpas de campaña; de todo ello se desprende que no existen suficientes elementos probatorios para establecer que el procesado Núñez Paredes en su condición de Jefe Logístico haya sobre

valuado los precios de bienes adquiridos, los cuales a su vez fueron registrados como ingresados a los almacenes de la entidad.

4.4.13. Respecto a la procesada CHAVEZ CRISTÓBAL; a quien se le atribuyó que en su condición de Coordinadora del Proyecto 2000, permitió el pago de planillas de racionamiento a personal contratado por servicios no personales. Estando al informe de Contraloría 053-2000-CG/P730, los cargos que se le atribuyó se encuentran desvanecidos.

4.4.14. Respecto de la procesada MORY GONZÁLES VÍA; Coordinadora del Programa de Salud Básica para Todos, firmó las actas de conformidad referente a la reparación y mantenimiento de e microscopio y botes de distintos establecimientos; al respecto en los folios novecientos dos y novecientos tres obran las órdenes de servicio de la Dirección Regional de Salud a favor de don Ausberto Odicio Pinedo por la reparación de veintiún microscopios, autorizada por el Director Ejecutivo de administración por el Jefe de Adquisiciones, por el Director de Logística, por la Jefatura de abastecimientos y por la procesada en su calidad de Coordinadora en el folio novecientos siete, obra el acta de conformidad, de veintiocho de diciembre de mil novecientos noventa y nueve, suscrito por la Unidad de Abastecimiento y Logística, por el Jefe de la Oficina de Ingeniería y Mantenimiento, por el Jefe de Taller de Mantenimiento y por la procesada Gonzáles Vía, sugiriendo su cancelación por el servicio prestado, de lo que se colige que el pago fue regular, aunado a ello la versión del procesado Odicio Pinedo en el folio mil trescientos ochenta y dos donde refirió haber realizado la labor de reparación y mantenimiento de veintiún microscopios, lo cual desvirtúa los cargos imputados a la citada procesada. Asimismo, con relación a la reparación y mantenimiento de los botes de madera, dichos cargos ya fueron analizados en el acápite 4.4.8 al analizar la situación jurídica del procesado Odicio Pinedo.

4.4.15. Respecto del procesado FERNÁNDEZ CAPCHA; en su condición de Director Ejecutivo de la Administración de la Dirección Regional Sectorial de Salud de Ucayali, en el período veinticua-

tro de agosto de mil novecientos noventa y ocho hasta el mes de enero de dos mil uno a quien se le atribuyó que mediante memorándums autorizó la adquisición de medicamentos sobre valuados por la suma de 37,243.39 nuevos soles; al respecto en el folio ochocientos cincuenta y cinco obra el oficio número 001-01CF-HAN 2-YC de veintitrés de febrero de dos mil uno, remitido al Director Ejecutivo el Hospital de Apoyo n° 2 Yarinacocha, donde informó cuáles son los criterios técnicos que se deben tomar en cuenta para adquisición de medicamentos para la Farmacia y Seguro Escolar Gartuito (Medin), los que se formulen en base a las directivas enviadas por DIGEMID y S.E.G. (como la descripción del producto, presentación del producto, laboratorio fabricante, país de procedencia, descripción del envase inmediato y mediato, número de registro sanitario, vigencia del mismo farmacopea de referencia,, fabricación nacional o extranjera).

En base a dichos documentos se tiene que todos los medicamentos adquiridos en el año 1999 y 2000 que están consignados en el Cuadro de Adquisiciones de Medicamentos Ingresaron al Almacén de la entidad agraviada, donde los funcionarios responsables de cada área procedieron a dar su conformidad; si bien el Informe especial 001-2000-CTRU-DRSSU-OAI del órgano de Control Interno, cuestionó haberse fraccionado las adquisiciones pese a la prohibición de la norma; en todo caso se trata de una irregularidad administrativa.

Asimismo, respecto de la adquisición de repuestos y otros bienes, este punto ya se trató ampliamente en el apartado 4.4.11 al analizar la conducta de los procesados NUÑZ PAREDES, MALCA HERNÁNDEZ Y VILELA VARGAS, a quienes se les imputó los mismos cargos.

Igualmente sobre los cargos de haber autorizado pagos indebidos a funcionarios y a personal contratado por la modalidad fe servicios no personales contratado por la modalidad de servicios no personales; este extremo ya se analizó en el acápite 4.4.9. al abor-

dar la conducta atribuida a la procesada GARAY TELLO, a quien también se le imputaron los mismos cargos.

4.5. EXTREMO ABSOLUTORIO RESPECTO DEL DELITO DE FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS:

Revisado de manera exhaustiva los medios probatorios adjuntados como anexos al Informe Especial N° 001-2000-CTARU-DRSSU-OAI y los actuados a nivel jurisdiccional, la acusación fiscal se apoya e n copias simples, circunstancia que imposibilitó la actuación de una pericia de grafo técnica sobre los documentos cuestionados, siendo así, los cargos atribuidos por este motivo resultan sin fuerza acreditativa

4.6. EXTREMO ABSOLUTORIO RESPECTO DEL DELITO DE FALSEDAD IDEOLÓGICA, atribuida a los procesados: RIVA REATEGUI, VILELA VARGAS, CASTRO RONCEROS, TACANGA LOPEZ Y FERNANDEZ CAPCHA; estando a los mismos defectos, en la acusación escrita del representante del Ministerio Público, ni existe un hecho concreto atribuido a los encausados que indique en qué documentos se habría plasmado la falsedad o en todo caso la alteración de la verdad respecto al hecho ocurrid, lo que imposibilita analizar en concreto la conducta de los procesados para establecer configuración del tipo penal de falsedad ideológica, porque se debe acreditar el documento donde se haya consignado un hecho debe acreditar el documento donde se haya consignado un hecho que en la realidad no ocurrió o en todo caso que haya acaecido de manera distinta.

4.7. EXTREMO ABSOLUTORIO RESPECTO DEL DELITO DE COLUSIÓN, Imputado a los procesados FERNADEZ CAPCHA, Chávez CRISTÓBAL, RIVA REÁTEGUI, NUÑEZ PAREDES, MALCA HERNÁNDEZ, MORY GONÁLES VÍA Y VILELA VARGAS, estando al análisis efectuando en los acápites anteriores respecto de cada uno de los contratos de ejecución de obra y de servicios, llevados a cabo dentro de los cánones regulares, no se acreditó la responsabilidad penal de los precitados, más aun ante una débil acusación

sin mayor sustento fáctico del representante del Ministerio Público carente de medios de acreditación, que incuestionablemente conduce a la absolución de los imputados.

4.8. EXTREMO CONDENATORIO: PROCESADO FERNÁNDEZ CAPCHA:

Se atribuye al procesado que en su condición de Director Ejecutivo, autorizó mediante memorándums en los años 1998 y 19999, pagos por movilidad local en las planillas de viáticos, por montos mayores en relación a los días realmente utilizados; al respecto en autos obran dichos documentos autorizados por el procesado y remitidos al Director de la Oficina de Logística, ordenando se elaboren las planillas por concepto de viáticos por movilidad, consignando en ellos el nombre de los beneficiarios, el monto de viáticos por movilidad, consignando en ellos el nombre de los beneficiarios, el monto de viáticos por día a favor del personal considerando en el Cuadro de Resumen de Pagos de "Movilidad Local" que deben ser entregados a favor de funcionarios y servidores en desmedro de la economía de la entidad agraviada.

Cabe señalar las comisiones que efectuaron tanto los funcionarios y servidores para percibir la asignación de viáticos, conforme se puede apreciar del contenido de los memorándums, fueron dirigidas a supervisar los Centros de Salud ubicados en poblaciones pequeñas, como es el caso de Pachitea, Misea, Nuevo San Juan, Iparia, Campo Verde y otros, por lo que no se justifica razonablemente que en dichos lugares pequeños, se pueda efectuar gastos de movilidad local, toda vez que los viáticos de manera regula que se les asignó debían entenderse como gastos por alimentación, hospedaje y movilidad propiamente dicha para constituirse a dichos lugares; empero el concepto de "movilidad local" constituyo un exceso, sólo con la finalidad de beneficiar económicamente a terceros en detrimento a la entidad agravias, contraviniendo además la Resolución Directoral N°041-97-EF/76.01, ya que en su condición de máxima autoridad de la entidad agraviada tenía el

deber de controlar y administrar el dinero de la entidad, lo que acredita su responsabilidad penal

4.4.1. Respecto al quantum de la pena recurrida por el Representa del Ministerio Público, es de destacar que el uso de la facultad discrecional, atendiendo a la primacía del valor justicia y desde la perspectiva de la prevención especial, en concordancia con lo establecido en el artículo octavo del Título Preliminar el Código Penal, la pena impuesta responde a su grado de responsabilidad y de afectación al bien jurídico dañado.

4.9. En consecuencia, habiéndose precisado los alcances del principio de imputación necesaria en el acápite: TERCER: Consideraciones previas: puntos II a VI; corresponde otorgar a dicha interpretación jurisprudencial el carácter de precedente vinculante en aplicación del inciso uno del artículo trescientos uno-A, del Código de Procedimientos Penales, incorporando por el Decreto Legislativo número cincuenta y nueve.

DESICIÓN

Por los fundamentos expuestos, los integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo de Justicia de la República, con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo en lo penal, ACORDAMOS:

I. **DECLARAR NO HABER NULIDAD en la sentencia de tres de febrero de dos mil doonce, obrante en los folios cinco mil treinta y cinco a cinco mil ciento sesenta y siete; que : 1) absolvió a doña Norma Soledad Rivera Reátegui y a don Edwin Vilela Vargas, de la acusación fiscal por delito contra la administración pública, en los tipos de concusión, concusión impropia y peculado; y por el delito contra la fe pública -falsificación de documentos en general- en la modalidad de falsedad, simulación, alteración o usurpación; falsedad genérica y falsedad ideológica, en agravio de la Dirección Regional Sectorial de Salud de Ucayali y del Estado; 2) absolvió a doña Catalina Herminia Garay de Te-**

llo, doña Elizabeth Chávez Cristóbal, don Vladimir Imael Nuñez Paredes, don Ausberto Odicio Pinedo, doña Floria Ruiz Armas, don Nilson Collantes Silva y don Jorge Alberto Collantes Silva, de la acusación fiscal por delito contra la administración pública, en los tipos de concusión, concusión impropia y peculado; y por el delito contra la fe pública –falsificación de documentos en general– en la modalidad de falsedad, simulación, alteración o usurpación; falsedad genérica y falsedad ideológica, en agravio de la Dirección Regional Sectorial de Salud de Ucayali y del Estado; 3) absolvió a don Fidel Carlos Malca Hernández, doña María Elisa Mory Gonzáles, don Milton Francisco Marin Aliaga, don Juan Fernando Rojas Maturano, doña Josefa Moreno Pérez y don Viet Lozano Alvan, de la acusación fiscal por el delito contra la administración pública, en los tipos de concusión, concusión impropia y peculado; y por el delito contra la fe pública – falsificación de documentos en general – en la modalidad de falsedad, simulación, alteración o usurpación; falsedad genérica y falsedad ideológica, en agravio de la Dirección Regional Sectorial de Salud de Ucayali y del Estado; 4) absolvió a don Walter Manuel Castro Ronceros y don Pacífico Cosme Tacanga López, de la acusación fiscal por el delito contra la fe pública –falsedad ideológica–, en agravio de la Dirección Regional Sectorial de Salud de Ucayali y del Estado, y a doña Carmen Salazar Vega, de la acusación fiscal por el delito contra la administración pública, en los tipos de concusión, concusión impropia y peculado; y por el delito contra la fe pública –falsificación de documentos en general– en la modalidad de falsedad, simulación, alteración o usurpación; falsedad genérica y falsedad ideológica, en agravio de la Dirección Regional Sectorial de Salud de Ucayali y del Estado; 5) absolvió a don Juan Carlos Fernández Capcha, de la acusación fiscal por el delito contra la administración pública, en los tipos de concusión, concusión impropia y peculado *(por adquisición de medicamen-*

tos sobre valuados, adquisición de repuestos y otros bienes con precios sobre valuados, pagos indebidos por racionamiento a funcionarios y a personal contratado por la modalidad de servicios no personales, uso y manejo de los fondos para pagos en efectivo de manera irregular con comprobantes de pago observados, pagos de viáticos por servicios no realizados, pago de viáticos por montos mayores en relación a los días realmente utilizados); peculado agravado y contra la fe pública –falsificación de documentos en general– en la modalidad de falsedad, simulación, alteración o usurpación; falsedad genérica y falsedad ideológica, en agravio de la Dirección Regional Sectorial de Salud de Ucayali y del Estado.

II. NO HABER NULIDAD en la misma sentencia en cuanto condenó al nombrado don Juan Carlos Fernández Capcha, como autor del delito contra la administración pública, en el tipo de peculado, (por pagos indebidos por concepto de "movilidad local", utilización de unidades de transporte de la institución para el traslado de la comisión a diversos lugares, pese a la asignación de asignación por movilidad, en el periodo mil novecientos noventa y nueve); y le impuso dos años de pena privativa de libertad, suspendida por el término de un año; inhabilitación por igual plazo, conforme a los incisos uno y dos del artículo treinta y seis del Código Penal; fijo en dos mil nuevos soles el monto de la reparación civil que deberá abonar a favor de la entidad agraviada.

III. EXHORTAR a los Jueces Superiores Boza Olivari, Rivera Berrospi y Guzmán Crespo, poner mayor celo en el desempeño de sus funciones.

IV. CONSTITUIR precedente vinculante con la presente Ejecutoria Suprema en lo concerniente a las precisiones y alcances del principio de imputación necesaria en contraposición con el principio de "plazo razonable" que se detallan en los puntos II al VI, de la presente resolución.

V. MANDAR se publique el presente fallo en el Diario Oficial "El Peruano", con lo demás que contiene y los devolvieron. Interviene el

señor Juez Supremo Morales Parraguez, por periodo vacacional del señor Juez Supremo Pariona Patrana. Notifíquese conforme a Ley.

S.S.

Villa Stein / Rodríguez Tineo / Salas Arenas / Neyra Flores / Morales Parraguez

IMPUTACIÓN Y ALEGATOS DE APERTURA

"el juez no puede condenar por distintos hechos a los imputados en la acusación, ya que en la acusación, el Ministerio Público realiza la imputación de los hechos al procesado, y no lo hace en los alegatos de apertura, éstos sólo constituyen una oralización resumida de aquélla."

EXPEDIENTE N°. 01459-2010-10

PROCESADA : ROSA NERY BEJAR CASTILLO

DELITO : FALSEDAD IDEOLÓGICA

AGRAVIADO : CARLOS GÓMEZ DE LA TORRE Y OTRO

ESPECIALISTA LEGAL: CARLA GARCÍA ZEVALLOS

En la ciudad de Arequipa, a los veintitrés días del mes de mayo del año dos mil once, el Quinto Juzgado Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, a cargo de la Magistrada Yeny Sandra Magallanes Rodríguez, luego de haber dirigido y valorado el juicio oral y público seguido contra Rosa Nery Bejar Castillo, por el delito contra la fe pública en la modalidad de *falsedad ideológica*, previsto en el primer párrafo del artículo cuatrocientos veintiocho del Código Penal, en agravio de Tula Antonieta Manrique de Zegarra y Carlos Gómez de la Torre; ejerciendo la potestad de administrar justicia, pronuncio, en nombre del pueblo, la siguiente:

SENTENCIA

PARTE EXPOSITIVA.-

PRIMERO.-

1.1. IDENTIFICACIÓN DEL ACUSADA ROSA NERY BEJAR CASTILLO, peruana, identificada con DNI número 29207768, natural de Arequipa, de sesenta y cinco años de edad, nacida el veinticinco de mayo de mil novecientos cuarenta y cinco, de estado civil divorciada, con grado de instrucción superior, hija de Francisco y Florencia, con dirección domiciliaria en Avenida Parra trescientos sesenta- Cercado de Arequipa, de ocupación profesora cesante, con una renta mensual aproximada de ochocientos nuevos soles.

1.2. ITINERARIO PROCESAL:

1.2.1. Por el mérito del auto de citación a juicio, se citó a los sujetos procesales a juicio oral, el que se instaló el día diecinueve de mayo del dos mil once, el que se desarrolló en una sesión.

1.2.2. Se escuchó los alegatos de apertura de la fiscalía, del abogado del actor civil y del abogado de la procesada.

1.2.3. Al inicio del juicio y luego que se instruyera a la acusada de sus derechos, y al preguntársele si admitía ser autor o partícipe del de-lito materia de acusación y responsable de la reparación civil; ésta, previa consulta con su abogado defensor, no aceptó los cargos formulados en su contra.

1.2.4. Se actuó la prueba admitida en el auto de enjuiciamiento, esto es, las declaraciones de: Carlos Manrique Gómez De La Torre Rivera y Tula Antonieta Manrique Macedo De Zegarra. Se oralizó la prueba documental consistente en: Contestación de demanda, Acta de audiencia de conciliación y actuación de medios de prueba, Sentencia de primera instancia 248-99, Sentencia de vista, Casación, Acta de conciliación número 30-2002, Acta de conciliación 08-2007, Expediente notarial 139.

1.2.4. Se efectuó los alegatos de clausura tanto del Ministerio Público como del abogado del actor civil y de la defensa.

1.2.5. Se cerró el debate para la deliberación y expedición de la sentencia.

SEGUNDO.- ACUSACION:

En el marco de la requisitoria escrita, el representante del Ministerio Público presentó en juicio oral sus respectivos alegatos en los términos siguientes:

2.1. Hechos imputados: Se imputa a la acusada *Rosa Nery Béjar Castillo*, haber tramitado un proceso de prescripción adquisitiva de dominio del inmueble ubicado en la Avenida Parra número trescientos sesenta- Cercado de Arequipa, trámite que por ante la Notaría Gómez de la Torre, signado con el expediente ciento treinta y nueve del registro de Asuntos no Contenciosos, el que ha culminado con la Escritura Pública de prescripción adquisitiva de dominio de fecha diez de abril del dos mil ocho, pese a tener conocimiento de los actos de conciliación y la demanda de desalojo que se interpusiera en su contra; la imputada se ha hecho declarar propietaria del bien en mención, como si hubiera, durante diez años, efectuado una posesión permanente pacífica y pública, lo que en efecto señala la acusada en su solicitud de declaración de propiedad por prescripción.

2.2. Calificación jurídica: Los hechos expuestos han sido tipificados por el Ministerio Público como delito contra la fe pública en la modalidad de ***falsedad ideológica***, previsto en el primer párrafo del artículo cuatro-cientos veintiocho del Código Penal.

2.3. Pretensión Punitiva: El Ministerio Público, ha solicitado se imponga a la acusada: Seis años de pena privativa de la libertad, así como la pena de ciento ochenta días multa.

2.4. Pretensión Punitiva: El Ministerio Público, ha solicitado el pago por concepto de reparación la suma de ***mil quinientos nuevos soles*** a favor del agraviado Carlos Gómez de la Torre.

La agraviada Tula Antonieta Manrique de Zegarra se ha constituido en Actor Civil solicita el pago de ***ciento cincuenta mil dólares***.

TERCERO.- DEFENSA:

3.1. Defensa Técnica: Señala que el delito imputado a su patrocinada efectuada por el Ministerio Público, *al parecer sería que, su patrocinada omitió decir a su abogado que había tenido un proceso de desalojo e invitaciones a conciliación*, pues el señor Notario expresamente ha señalado que el proceso de prescripción adquisitiva, de acuerdo a ley notarial, si no hay oposición se declara la prescripción adquisitiva, siendo que en el presente caso, hechas las publicaciones, no ha habido oposición y al no haber tal oposición se ha declarado la prescripción adquisitiva. Además, una prescripción adquisitiva se inicia contra un bien que está inscrito en Registros Públicos, en caso de no ser así, sería una titulación supletoria, titulación que ha realizado la agraviada, la que nace cuando no se tiene un título que ampare su derecho. Debe considerarse que su patrocinada si bien es profesora, no tiene conocimientos en derecho, porque quien redacta la solicitud es el abogado. El fiscal ***no es claro, es decir, por qué se comete el delito de falsedad ideológica, no dice cuál es el inserto dentro de la Escritura que provocaría la falsedad ideológica***, en todo caso, su-pone que es el no haber manifestado a su abogado que había tenido un proceso judicial de desalojo y dos invitación al centro de conciliación, por lo que se pregunta ***¿Cuál es el delito?.*** Considerando éste que ***no existe ningún delito.***

De la casación setecientos uno del dos mil nueve, en la que señala que una invitación a conciliación o un proceso por desalojo sólo suspende el proceso de prescripción, lo que quiere decir que realizada o no la conciliación, automáticamente se retoma y sigue corriendo el plazo que se ha ganado en la prescripción, y siendo que posterior a la conciliación no se ha seguido ningún otro proceso, es que a su patrocinada le asiste su derecho a continuar con la prescripción adquisitiva de dominio. Pues además su patrocinada por más de sesenta años tiene la posesión, además la prescripción se transmite como se transmite la propiedad, establecida en la casación setecientos setenta y seis-cero cuatro-Lima, siendo igual

el caso de su patrocinada, pues la posesión pacifica ganada por su patrocinada no ha sido enervada. Razón por la cual solicita la absolución de su patrocinada

3.2. Autodefensa de la acusada *Rosa Nery Béjar Castillo*.- La acusada no efectuó reconocimiento alguno sobre responsabilidad penal ni civil. Y, en juicio declaró que: ***i)*** Está en posesión de la casa de la Avenida Parra desde que nació, esto es desde mil novecientos cuarenta y cinco en forma continua, pacífica y pública. ***ii)*** Sus padres han vivido muchos años antes que ella nazca, y desde que nació vivió ahí toda su vida, su padre falleció en mil novecientos ochenta y cuatro y ella sigue hasta el momento en posesión del inmueble. ***iii)*** Tiene posesión ininterrumpida del inmueble, nunca salió ni fue despojada del inmueble; ni siquiera durante el juicio civil. ***iv)*** No tiene conocimiento del Código Civil. ***v)*** Presentó una solicitud a la notaría del doctor Carlos Gómez De la Torre y preguntó sobre requisitos para la prescripción, se los dieron y regresó a la notaria; y quien la atendió fue el doctor José Gómez De la Torre, pero ni el Notario ni el abogado le preguntaron si había habido un juicio antes o si había habido conciliación. ***vi)*** Le dijeron que tenía que tener certificado de posesión del inmueble, planos, tres testigos no recuerda más.

Le dijo que ese procedimiento duraría un año y le iba a cobrar mil quinientos nuevos soles más o menos. ***viii)*** El doctor José Gómez de La Torre redactó la solicitud y ella la firmó. ***ix)*** Nunca tuvo problemas de este tipo en los sesenta y cinco años que vive allí. ***x)*** Se le hizo un juicio de desalojo, no le iniciaron proceso penal. ***xi)*** Quien la demandó fue el señor Saulo Manrique, en el escrito había también otros nombres como Juana Flores, Elba Chávez, no recuerda quién más. ***xii)*** Contestó la de-manda en ese proceso, y fue a las audiencias, le asesoró su abogado Julio Milón, en ese proceso ganaron en todas las instancias. ***xiii)*** La sentencia declaraba que era improcedente la demanda. ***xiv)*** La dirección exacta del bien es Avenida Parra trescientos sesenta, Cercado de Arequipa, y tiene un área de ciento treinta y ocho metros aproximadamente. ***xv)***

El bien se encuentra inscrito a su nombre, no recuerda a nombre de quién estaba antes inscrito el inmueble, y no realizó antes ningún trámite de prescripción adquisitiva del mismo inmueble. ***xvi)*** Su padre se llamaba Francisco Béjar Ramírez y era cuidante de la casa. ***xvii)*** No conoce a Mercedes Manrique de Gutiérrez. ***xviii)*** Fue citada para conciliaciones, la primera no le notificaron a su domicilio y a la segunda no asistió porque habían ganado el juicio de desalojo, y pensó que no era necesario. ***xix)*** Cuando fue a la Notaría primero conversó con el doctor Carlos Gómez de la Torre, posteriormente los requisitos se los dio el doctor José Gómez de la Torre, y ambos no le preguntaron nada sobe conciliación. ***xx)*** No sabía que tenía que decir sobre la conciliación, cumplió con llevar todos los requisitos solicitados en la notaría. ***xxi)*** Pagó el autoevalúo, pagaba luz y agua, había un colector común de agua. ***xxii)*** El recibo de luz salía nombre de una señora, pero como la prescripción salió a su nombre lo hizo cambiar por el suyo, pero su padre siempre pagó el servicio de luz. ***xxiii)*** La conciliación no llegó a ella directamente, sino le avisaron por teléfono, la citación le llegó a la Avenida Parra trescientos sesenta. ***xxiv)*** En esa solicitud le pedían un acto de conciliación, no recuerda bien, pero era para conciliar sobre el inmueble, su abogado no le preguntó a nombre de quién salían los recibos. ***xxv)*** Los recibos salían a nombre de la familia Manrique.

CUARTO.- MATERIAL PROBATORIO.-

La inmediación ([1]) favorece la posición de los Juzgadores en cuanto a la apreciación de la prueba oral, por lo que es importante no sólo exponer

---

1 El principio de Inmediación, vinculado al Principio de Oralidad, la inmediación impone, según señala MIXÁN MASS, que el juzgamiento sea realizado por el mismo tribunal desde el comienzo hasta el final. La inmediación es el acercamiento que tiene el juzgador con todos los elementos que sean útiles para emitir sentencia. La inmediación es una necesidad porque es una de las condiciones materiales imprescindibles para la formación y consolidación del criterio de conciencia con el que será expedido el fallo.

sus impresiones sobre la prueba, sino que debe primero exponerse la integralidad del aporte del testigo o documento, para finalmente confrontarse con el resto de prueba relevante (valoración probatoria), para extraer conclusiones que surjan del análisis completo de la prueba bajo principios de logicidad y corrección. En ese orden de ideas, durante el juicio oral se actuó:

4.1. Declaración del testigo ***Carlos Manrique Gómez De La Torre Rivera*** quien en juicio manifestó que: ***i)*** No conoce a Tula Manrique de Zegarra. ***ii***) A la acusada la conoce por haber tramitado en su oficio notarial, pues él es Notario Público desde hace treinta y cinco años. ***iii***) En su notaría se tramitan procesos no contenciosos, entre ellos prescripción adquisitiva de dominio, siendo que se *requiere acreditar buena fe y posesión pacífica y pública por más de diez años, de una propiedad que esté en inscrita en Registros Públicos.* ***iv***) Presentada la solicitud, el Notario dispone que ésta se publique en resumen en el diario "El Peruano" y otro de mayor circulación a nivel nacional, se coloca un cartel en el inmueble, se hace una visita al mismo con el objeto de ver si efectivamente el solicitante está en posesión del mismo, si se han ofrecido testigo, se les toma las testimoniales, si efectivamente saben y les consta si el solicitante está en posesión del bien y en forma pacífica. ***v***) Él no explica el contenido de la solicitud, pues se entiende que los solicitantes han sido asesorados por sus abogados, quienes redactan la solicitud. ***vi***) Sí tramito el proceso por un inmueble de la Avenida Parra, pues su hermano suscribió la solicitud de prescripción, que él ha tramitado según ley. ***vii***) ***No ha sufrido perjuicio alguno***, pues tramitó el proceso como otros tantos, y cobró los honorarios correspondientes. ***viii***) Él no sigue procesos judiciales, pero **las conciliaciones no suspenden ningún proceso de prescripción**. ***ix***) La Posesión ***pacífica,*** para él es que durante el procedimiento no se presente oposición alguna, además ellos no tienen la posición de jueces para de-terminar qué acto interrumpe o no posesión pacífica, pues la posesión se presume que la tiene por más de diez años. ***xi***) El no solicita todos los documentos que el solicitante tiene sobre el inmueble, solo evalúan los que son presentados, y

si de ellos se puede determinar que se está acreditando la posesión por ese tiempo, es que proceden, pero no le solicitan documentos pues no tienen facultades coercitivas para solicitar.

4.2. Declaración de la agraviada ***Tula Antonieta Manrique Macedo de Zegarra*** quien en juicio declaró que: ***i)*** Conoce a la acusada hace muchos años, pues su abuelito Santiago fue el único dueño de esa propiedad de San Isidro, pero ahora no sabe cuál es el nombre actual, y siendo ella la nieta, él se lo ha dejado a ella, contando con todos los documentos, y la acusada sólo era inquilina. ***ii)*** Se citó a conciliación a la acusada en el año dos mil dos, y en el año dos mil siete, pero ella no se presentó. ***iii)*** La Conciliación era para que salga de su propiedad, pero la acusada no salió. ***iv)*** No recuerda si postuló proceso civil. ***v)*** Hicieron inscripción supletoria para inscribir ese terreno.

4.3. Se oralizó asimismo la prueba documental consistente en:

4.3.1. ***Contestación de la demanda:*** En el expediente Judicial que por desalojo se siguió en contra de la acusada por Saulo Manrique, ante el Cuarto Juzgado Especializado en lo Civil, de fecha de recepción el veintisiete de noviembre del mil novecientos noventa y seis, firmado por el abogado Julio Milón Jiménez y por Rosa Béjar. El *Ministerio Público sostiene* que el documento acreditaría que la acusada ha ejercido defensa judicial con respecto de un requerimiento para que entregue inmueble de la Avenida Parra trescientos sesenta. El *actor civil* no formuló observaciones. Al respecto la *defensa* señala que su patrocina ejerció su derecho de defensa en el proceso de desalojo, en la que dice claramente que ella es la propietaria y quien conduce el inmueble hace muchos años, por tanto negó la demanda.

4.3.2. ***Acta de audiencia, de conciliación y actuación de medios de prueba,*** de fecha doce de marzo de mil novecientos noventa y ocho en la que interviene la acusada. El *Ministerio Público* sostiene que con ella se acreditaría que esta persona, la imputada, estaba impulsando el proceso en referencia, ejerciendo su defen-

sa. El *Actor Civil* no formuló observaciones. *La defensa* señaló que se hizo en ejercicio del derecho de defensa, donde ella expresa claramente que ella es la propietaria y quien conduce el inmueble hace muchos años, por tanto negó la demanda.

4.3.3. *Sentencia de primera instancia* 248-99, que declara improcedente la demanda de fojas once interpuesta por Saulo Manrique Mace-do por desalojo por precario. El *Ministerio Público* señala que documento acreditaría el pronunciamiento recaído en la misma. El *Actor Civil* no formuló observaciones. La *Defensa* relevó que esta demanda fue **declarada improcedente**.

4.3.4. *Sentencia de vista* del siete de marzo del año dos mil. El *Ministerio Público* destaca que confirma la sentencia de primera instancia ya referida. El *Actor Civil* no formuló observaciones. Al respecto *la Defensa* señala que efectivamente esta sentencia confirma lo resuelto en primera instancia.

4.3.5. *Casación* de fecha diecinueve de mayo del año dos mil, en la que declara improcedente recurso de casación. El *Ministerio Público* sostuvo que se resalte la fecha de la casatoria. El *Actor Civil* no formuló observaciones. Por su parte *la defensa relevó* que efectivamente la casación es declarada improcedente, confirmando la resolución de primera y segunda instancia.

4.3.6. *Acta de conciliación número 30-2002.* *La Defensa* señaló que esa audiencia no se realizó, no hubo conciliación, no asistió ninguna de las partes. Al respecto el *Ministerio Público* señala que es el Centro de Conciliación Justicia y Equidad quien citó a la conciliación el cuatro de junio del dos mil dos; en la solicitud la agraviada pide la reivindicación del inmueble ubicado en la Avenida Parra trescientos sesenta y trescientos sesenta A. El *Actor Civil* no formuló observaciones.

4.3.7. *Acta de conciliación 08-2007,* de fecha once de abril del dos mil siete. La *Defensa* indicó que en esta acta se invita a su patrocina-da para realizar una conciliación, sin embargo ésta no se realiza toda vez, que no asistió. El *Ministerio Público* refirió que se

trata del Centro de Conciliación Derechos Humanos y Paz Social, y la conciliación no se llevó a cabo por inasistencia de la acusada que fue notificada en su domicilio ubicado en la avenida Parra número trescientos sesenta del Cercado de Arequipa y fue invitada a con-ciliar sobre la reivindicación el bien inmueble materia de litis, solicitando además el pago de daños y perjuicios por cien mil nuevos soles. El *Actor Civil* no formuló observaciones.

4.3.8. *Expediente notarial 139.* *La Defensa* destaca que contiene la solicitud presentada ante el notario Gómez De La Torre con fecha siete de noviembre del año dos mil siete, cumpliéndose todos los requisitos, que establece la ley notarial. Al respecto el *Ministerio Público* señala, que se trata de una solicitud de declaración de propiedad por prescripción, presentada por la acusada y solicita sea declarada propietaria del inmueble ubicado Avenida Parra número trescientos sesenta- Cercado de Arequipa. Bien que está inscrito en la SUNARP Zona Registral XII Sede Arequipa, en la partida número 01129971, de igual forma en el tercer párrafo refiere que "*la presente solicitud de prescripción adquisitiva de dominio la dirijo en contra de las personas referidas en el párrafo anterior en mérito a la posesión permanece, pacífica y publica que detento por más de diez años, sin que se haya regularizado su tracto sucesivo*". El Actor Civil pide destacó que se deje constancia del contenido de la solicitud.

4.3.9. *Escritura pública 139.* *La defensa* destaca que en ésta el Notario declara fundada la solicitud de prescripción adquisitiva de dominio por cumplir con todos los requisitos, que se ha presentado por parte de su patrocinada, realizándose las ***publicaciones*** en El Peruano y La Republica, asimismo destaca el contenido de dichas publicaciones. ***Acta de Presencia*** que hace el notario Carlos Gómez de la Torre a solicitud de Rosa Nery Béjar Castillo, el cual se constituyó en el inmueble signado con el número trescientos sesenta de la avenida Parra, Cercado de Arequipa señalando que el inmueble tiene una extensión real verificada de ciento treinta y ocho punto ochenta y dos metros cuadrados, con-

signando además los linderos de este bien. La *Defensa* destaca que ésta acta acredita que su patrocinada ejercía su posesión tranquila y pública sin ningún tipo de perturbaciones. El *Ministerio Público* señala que la Escritura dice que la acusada ha ostentando la posesión del bien por diez años en forma continua, pacífica y pública, en la que se concluye declarando que la acusada ha adquirido la propiedad del bien por prescripción adquisitiva, la misma que cuenta con firma y huella de la acusada. El *actor civil,* no formuló observaciones.

QUINTO.-CALIFICACIÓN JURIDICA.

5.1. Conforme a la acusación, es aplicable el primer párrafo del artículo 428° del Código Penal (2), que contiene el tipo penal de **Falsedad ideológica**; cuyo bien jurídico protegido es la fe pública.

5.1.1. Sujeto Activo: La referencia a *"El que (...)"* que contiene la norma, hace que sea considerado como un delito común que pueda ser co-metido por cualquier ciudadano, respecto al comportamiento de ***insertar***, siempre será un **funcionario público o servidor público**; en cambio con la conducta de ***hacer insertar***, el sujeto activo será un **particular** que se vale de un funcionario o servidor público.

Siendo que para el caso el este segundo comportamiento, es decir el que hace insertar.

5.1.2. Sujeto Pasivo: Del delito: Es el Estado. **De la acción:** Es la persona en la que recae directamente la consecuencia es la acción, por tanto puede ser un particular.

---

2 Artículo 428.- Falsedad ideológica.- El que inserta o hace insertar, en instrumento público, declaraciones falsas concernientes a hechos que deban probarse con el documento, con el objeto de emplearlo como si la declaración fuera conforme a la verdad, será reprimido, si de su uso puede resultar algún perjuicio, con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa.

5.1.3. Elemento Subjetivo: Dolo falseario o reforzado. No basta sabe o conocer de la falsedad de la declaración, sino es preciso insertarla o hacer insertarla en un documento, a fin de usar ese documento.

5.1.4. Elemento normativo: El documento, que necesariamente tiene que ser público.

5.1.5. Condición objetiva de punibilidad: Basta perjuicio potencial.

5.2. El documento constituye el principal elemento normativo del tipo de in-justo en los delitos Contra la Fe Pública, ello por cuanto es *el objeto de la acción* que le da especificidad a todas las falsedades documentales. Ahora bien, dos grandes clases de falsedad se distinguen tradicionalmente: ***La ideológica***, que afecta de manera inmediata y exclusiva el *animus* de la pieza, y surge cuando hay pugna entre sus contenidos debido y atestado, y ***la material*** que *muda el animus a través del corpus*, de los ingredientes materiales o perceptibles del escrito.

En todo documento escrito, ha de distinguirse un contenido ideal o debido, y un contenido real, expreso o atestado. El primero es el mensaje que el documento está llamado a registrar o expresar, aquello que su creador debe consignar en él. El segundo, es el mensaje manifiesto o efectivamente inscrito. La conformidad entre texto expreso o real y el ideal o debido constituye la verdad o autenticidad intrínseca del documento. La falta de correspondencia entre esos contenidos -se consigna en el escrito algo diferente de lo que se debería manifestar- es acción típica de la denominada falsedad ideológica.

5.3. Comportamiento Típico: Consiste en insertar o hacer insertar datos concernientes a un hecho que el documento debe probar. En el entendido que hacer insertar es aportar la declaración falsa con o sin consentimiento del funcionario público, por lo tanto un presupuesto básico de la conducta es la existencia precia del documento sobre el cual posterior-mente se procede a la inserción de

los hechos falsos, asimismo con la utilización del documento debe causarse perjuicio, aún potencial.

PARTE CONSIDERATIVA.

SEXTO.- DETERMINACIÓN DE HECHOS Y VALORACIÓN.-

6.1. En primer término corresponde, indicar que el juicio diseñado por el nuevo Código Procesal Penal *es oral*, lo que no significa que sea extremistamente oral, pues existen actos que son predominantemente escritos, como es el caso de la **acusación y de la sentencia;** lo que encuentra sustento en el *principio acusatorio*, en mérito del cual, **la decisión del juez se vincula a los términos de la requisitoria escrita**, la que fue controlada o verificada en audiencia preliminar de la etapa intermedia. Y es que la acusación fija el objeto del proceso penal, ese es uno de los efectos del escrito de acusación, el delimitar el objeto procesal, fijando los términos sobre los que debe dictarse la sentencia y estableciendo **los límites que el acusador no puede sobrepasar**.

6.2. En esa perspectiva, **el juez no puede condenar por distintos hechos a los imputados en la acusación** [3], ya que en la acusación, el Ministerio Público realiza la imputación de los hechos al procesado, **y no lo hace en los alegatos de apertura**, éstos sólo constituyen una oralización resumida de aquélla.

La acusación pues, queda fijada definitivamente en el escrito de acusación que da inicio a la etapa intermedia y que es controlada en dicha etapa, por esta razón para comprobar si se cumple el deber de correlación de la sentencia con la acusación debe atenderse a dicho escrito.

---

3 En este sentido la exposición de motivos del Nuevo Código Procesal penal, señala que éste fue edificado sobre la base del modelo acusatorio del proceso penal cuyas grandes líneas rectoras son: Separación de funciones y de investigación y juzgamiento; el juez no procede de oficio; el juez no puede condenar ni a persona distinta de la acusada, ni por hechos distintos de los imputados (...)

6.3. Lo antes expresado, consolida el principio acusatorio, que incluye el *principio de correlación entre acusación y sentencia,* según el cual, se pretende que **en la sentencia no se produzcan variaciones al marco fáctico que se imputó,** que afecten o impidan el ejercicio de una adecuada defensa, es decir no puede haber variaciones ***en el núcleo esencial de la acusación***, lo que constituye el verdadero debate, el *thema probandum.*

Es claro pues, que los hechos sobre los cuales se funda la acusación son elementos integrantes del objeto procesal ([4]). Como indica Sierra Domínguez ([5]), no se pueden modificar sin límite alguno, lo contrario supondría dejar al imputado en la mayor indefensión. Debe respetase como mínimo dos elementos esenciales de la pretensión punitiva: **Los hechos objeto del proceso y el imputado**, por esta razón, el órgano jurisdiccional no puede introducir en el proceso hechos distintos, **ni condenar o absolver sobre hechos sobre los que no ha versado el proceso.**

Debe indicarse también, que la identidad y correlación entre acusación y sentencia no ha de ser estrictamente matemática, ya que el Juez puede **completar, matizar o adicionar aspectos objetivos, a los que han sido objetos de acusación,** no obstante estas adiciones tiene un límite claro: *No puede hablarse de identidad en los hechos, si se adicionan hechos que implica la condena por un delito por el que a la vista de los hechos alegados en la acusación, no era posible su condena.* Entonces se permite que el juzgador pueda matizar el relato fáctico, pero sólo en cuanto a hechos **periféricos**, como por ejemplo sería la variación en la hora exacta de los hechos, sin embargo los nuevos argumentos o matices introducidos

---

4 En este sentido, Velez Mariconde: Los principios del proceso penal. Pag. 28. Gutiérrez de Caviedes: La correlación entre acusación y sentencia, p. 520; Aldana Pérez Morales. Correlación entre acusación y sentencia. p. 23 y 24.

5 Sierra Domínguez, M. "El Juicio Oral". En Estudios de Derecho Procesal Penal, Barcelona. Pàg. 776.

al juicio dejan de ser periféricos, cuando con ellos se integra una *nueva unidad jurídica.*

6.4. En tal sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia, en el Acuerdo Plenario Vinculante 5-2008/CJ-116, al establecer en el fundamento 10, que: *"(...) el órgano jurisdiccional no puede agregar ni reducir los hechos o circunstancias que han sido descritos por el fiscal en su* ***acusación escrita*** *..." (el subrayado y resaltado es nuestro).*

Del mismo modo, el Acuerdo Plenario Vinculante 01-2005/ESV-22, que ordena como precedente vinculante, el tercer fundamento jurídico del Recurso de Nulidad Número 224-2005, determina que: *"Que si bien es cierto que –con arreglo al principio acusatorio– la sentencia condenatoria no puede sobrepasar el hecho y la circunstancias del mismo –esto es, en este último supuesto "las situaciones que rodean, que están alrededor del hecho, o que suponen especiales condiciones del auto"–, fijadas en la acusación y materia del auto de enjuiciamiento, lo que constituye un límite infranqueable para el tribunal de instancia (...)".* (El subrayado es nuestro).

Igualmente, el Tribunal Constitucional ha establecido que ([6]): *"La constitucionalidad del principio acusatorio, que informa el enjuiciamiento en el proceso penal, ha sido reconocida por ese Tribunal [Exp. 1939-2004-HC, Ricardo Ernesto Gómez Casafranca, Exp. 3390-2005-HC, Jacinta Margarita Toledo Manrique]. La vigencia del principio acusatorio imprime al sistema de enjuiciamiento determinadas características: "a) Que no puede existir juicio sin acusación, debiendo ser formulada ésta por persona ajena al órgano jurisdiccional sentenciador, de manera que si ni el fiscal ni ninguna de las otras partes posibles formulan acusación contra el imputado, el proceso debe ser sobreseído necesariamente;* ***b) Que no puede condenarse por hechos distintos de los acusados ni a persona distinta de la acusada;*** *Que no pueden atribuirse al juzgador poderes de dirección material del proceso que cuestionen su imparcialidad" [Gómez Colomer, juan-Luis. El Pro-*

6 EXP. N.º 2005-2006-PHC/TC. Lima. Manuel Enrique Umbert Sandoval.

ceso Penal en el estado de Derecho. Diez estudios doctrinales. Lima, Palestra, 1999]". (El resaltado es nuestro).

6.5. De todo lo expuesto, **podemos concluir,** que *prevalecen los hechos imputados en la requisitoria escrita* y controlada en la audiencia respectiva en la etapa intermedia, y son los que vinculan la decisión de este Despacho, así el Juzgador debe pronunciarse sobre la conducta o sobre los hechos que las partes han introducido al proceso. Esta es la base esencial del principio acusatorio.

6.6. Entonces, el deber de correlación se infringe cuando **se condena por hechos que no son ni idénticos ni homogéneos a los sostenidos por la acusación**, es decir se vulnera el principio acusatorio cuando se condena o se absuelve por hechos heterogéneos a los que fueron objeto de acusación. Sin embargo, sobre la base de unos hechos **homogéneos** es posible la condena por un delito heterogéneo, empleando pata tal fin la figura de la desvinculación de la calificación jurídica. En cambio, **la heterogeneidad, en los hechos no es posible, pues ello implica alterar el objeto procesal**.

6.7. También, es posible que la sentencia introduzca adiciones o modificaciones en la perspectiva fáctica que **sin alterar el objeto procesal**, pero pueden implicar el cambio en el título o unidad jurídica, en relación con la que se acusa (distinta calificación jurídica). Así ocurre en los supuestos de homogeneidad, no obstante, esas modificaciones deben realizarse respetando las exigencias derivadas del principio acusatorio y del de contradicción. Para llevar a cabo el estudio de ello, es indispensable aclarar, cuándo nos encontramos ante hechos homogéneos. La definición de homogeneidad en los hechos que hemos considerado más acertada es que la homogeneidad ha de suponerse siempre que la raíz esencial y básica de ambas infracciones es la misma. Esto no quiere decir que no hay diferencias, pero esas diferencias **no son radicales**.

Asimismo, la *homogeneidad ascendente,* tiene lugar cuando el juzgador, condena abarcando todos los aspectos objetivos alegados

por la acusación, pero ***con adiciones***. En este caso, tampoco se desconoce el objeto procesal pero se procede a contemplarlo desde el punto de vista de los hechos, el juzgador **integra el hecho siendo semejante al sustrato de la imputación y de la condena**. Dicha adición permite que el juez pueda dar el salto a una unidad jurídica superior. También, es posible que la prueba practicada enriquezca los hechos sostenidos por la acusación, **sin alterar el objeto procesal**, esos hechos complementarios puede tenerlos en cuenta el tribunal para dictar sentencia, se trata de un enriquecimiento que permite al Juez adicionar datos a una unidad jurídica a la invocada por el acusador, pero, igualmente sin alterar el objeto procesal.

Por esta razón para que el juzgador pueda dictar sentencia recogiendo esos hechos resultantes de la prueba, entendemos que es necesaria **una extensión objetiva de la acusación, así ha procederse en este caso conforme al artículo 387° inciso 3° del Código Procesal Penal**.

6.8. Sobre la base normativa expresada en los acápites precedentes, es que corresponde efectuarse el análisis de los hechos imputados en la acusación escrita –que es la que prevalece– así, tales fácticos consisten en:

*Se imputa a la acusada **Rosa Nery Bejar Castillo** haber tramitado un proceso de prescripción adquisitiva de dominio del inmueble ubicado en la Avenida Parra número trescientos sesenta-Cercado de Arequipa, por ante la Notaría Gómez de la Torre, signado con el expediente ciento treinta y nueve del registro de Asuntos Contenciosos, que culminó con la escritura pública de prescripción adquisitiva de dominio del diez de abril del dos mil ocho, pese a tener conocimiento de los actos de conciliación y de la demanda de desalojo que se interpusiera en su contra; la imputada **se ha hecho declarar** propietaria del bien señalado como si hubiera, durante diez años, efectuado posesión permanente pacífica y pública, conforme señala en su solicitud de declaración de propiedad por prescripción.*

6.9. Esos son los hechos de la acusación (objeto procesal) y son inmodificables. Conviene señalarse que tampoco existe escrito complementario, que amplíe la base fáctica, o que incluye alguna circunstancia.

Pondera este Despacho que cuando se habla de los hechos como objeto de acusación y como elemento identificador del objeto procesal, debe tenerse en cuenta que se trata de conductas, las pueden o no merecer reproche penal, por lo tanto hablar de hechos con relevancia penal es hablar de conductas típicas, es decir, de comportamientos o actuaciones que la ley penal considera que deben penarse; por ende, corresponde analizar si los hechos imputados por la fiscalía, se adecuan a la descripción típica del delito materia de incriminación, a tal efecto resulta útil, fragmentar ese hecho en proposiciones fácticas o unidades jurídicas, así se tendría:

- ***Primera unidad jurídica:*** *La acusada Rosa Nery Bejar Castillo, tramitó un proceso de prescripción adquisitiva de dominio del inmueble ubicado en la Avenida Parra número trescientos sesenta- Cercado de Arequipa, por ante la Notaría Gómez de la Torre.*

- ***Segunda unidad jurídica:*** *El proceso fue signado con el número de expediente ciento treinta y nueve del Registro de Asuntos Contenciosos, el que culminó con la escritura pública de prescripción adquisitiva de dominio de fecha diez de abril del dos mil ocho.*

- ***Tercera unidad jurídica:*** *Pese a tener conocimiento de los actos de conciliación y de la demanda de desalojo que se interpusiera en su contra, la imputada se ha hecho declarar propietaria del bien señalado.*

- ***Cuarta unidad jurídica:*** *La declaración de propiedad se hizo como si la imputada hubiera, durante diez años, efectuado una posesión permanente pacífica y pública, conforme señala en su solicitud de declaración de propiedad por prescripción.*

6.10. En relación a la primera unidad jurídica, **no** se evidencia actuar ilícito ni contrario a la norma, pues este fáctico traduce el ejercicio de un derecho, *el de pedir*, en este caso ante el oficio notarial.

Sobre la segunda de las unidades jurídicas, se efectúa una descripción del trámite notarial, el que culmina con una escritura pública, que es lo normal en el actuar regular del notario, **no** encontrando supuesto normativo de reproche penal.

Referente a la tercera proposición, debe notarse que se refiere a la frase ***se ha hecho declarar;*** pero no se indica si la acusada *hizo insertar o insertó,* que son verbos rectores en el tipo penal de la falsedad ideológica. En este caso la fiscalía sostiene que la acusada *se hizo declarar*, que es disímil a los elementos descriptivos mencionados, y, la frase en referencia tampoco es parte del tipo objetivo del citado delito, pues ese verbo está referido al procedimiento notarial.

En esta proposición, se advierte la locución *pese a tener conocimiento de los actos de conciliación y la demanda de desalojo;* es decir que pese a que la acusada conocía de los actos de conciliación y de la demanda de desalojo se hizo declarar propietaria. *Pero cuál es el contenido* ***penal****, de tal propuesta?*, pues quien efectuó la declaración fue el Notario, en virtud al trámite seguido, el que no es acusado de irregular o ilegal. Luego el conocer los actos de conciliación y la demanda de desalojo, tiene más bien incumbencia en el campo civil, en el que incluso la doctrina no es pacífica, ya que de una lado se dice que un proceso o invitación a conciliación suspende el proceso de prescripción, y una vez realizada o no la conciliación, concilien o no, se retoma y sigue corriendo el plazo (Casación 701-2009 Arequipa) y de otro lado se dice que un requerimiento judicial o de extrajudicial sobre la posesión del inmueble objeto de litis va contra la posesión pacífica del inmueble por lo que no se cumple uno de los requisitos esenciales para que se dé la prescripción adquisitiva, en todo caso ello se encuentra sujeto a **interpretación en lo civil** –que no tendrá implicancia en lo

penal– por tanto, tampoco evidenciamos un hecho con contenido penal, y que la conducta de la acusada merezca sanción penal.

Finalmente, sobre la cuarta unidad jurídica o propuesta fáctica, igualmente, **no se advierte un hecho con contenido penal**, pues si poseyó o no en forma permanente, pacífica y pública, no corresponde determinarse en sede penal, pues igualmente son ámbitos de la justicia civil, y sujetos a criterios doctrinarios y de interpretación en esa sede *(lo que tampoco incide decididamente en el establecimiento de un caso penal, más aún si hay jurisprudencia discrepante sobre un mismo punto)*. Por tanto esta propuesta fáctica, tampoco ofrece la descripción de una conducta que merezca reproche penal.

6.11. En suma, el hecho imputado y analizado individualmente y por unidades jurídicas, **no describe una conducta típica subsumible en el penal de falsedad ideológica**, por el contrario el fáctico atribuido a la encartada, presenta la ausencia de elementos típicos tales como:

i) En primer término, ***no* se precisa cuál es el hecho falso**, que es distinto al hecho que propone la fiscalía, que si bien ofrece discusión o controversia, ello no es materia de la descripción objetiva del tipo penal *(hecho falsario)*, pues no habla de falsedad o en todo caso ésta no queda relievada en el *factum* propuesto por el Ministerio Público.

ii) **Tampoco se dice la data o fecha** del supuesto hecho falso, lo que implica ya un atentado al derecho de defensa.

iii) Menos aún, la acusación alude al soporte material, que es presupuesto esencial en esta clase falsedad, en el que se incluiría o se ha-ría incluir el fundamento falso, es decir no sabemos en qué documento se hizo insertar el hecho falso; pues de las proposiciones de hechos, colijo que se tramitó un procedimiento notarial en el que seguro se expidió providencias, concluyendo en una escritura pública declarativa, podríamos asumir que ese es el documento que contendría el hecho reputado de

falso, y que sería público, al ser expedido por un notario en ejercicio de sus funciones, pero todo ello, *obedece a un proceso de inferencia individual de la judicatura, lo que no corresponde hacer, pues, ese elemento debió ser postulado clara y definitivamente por el Ministerio Público en su acusación, ya que podría existir otro documento público que corresponde a la materia imputada;* esta falta de precisión, también incide en el derecho de defensa, y afecta los límites del juzgador, para subsidiar esta falencia. En suma, tampoco se ha delimitado el soporte material de la realización de la falsedad ideológica.

Posteriormente, concierne también referirse al elemento referido a la declaración falsa concerniente a hechos que deban probarse con el documento, con el objeto de emplearlo como si la declaración fuera conforme a la verdad; sobre este supuesto, no hay proposición fáctica.

Tampoco se ha dicho nada en la imputación fiscal, sobre la condición objetiva de punibilidad, la que también *tendríamos que inferir*, al respecto se escuchó decir al Notario Carlos Gómez de la Torre, que no sufrió perjuicio alguno o menoscabo. Por su parte el actor civil, Tula Antonieta Manrique de Zegarra, pretendió una reparación de ciento cincuenta mil dólares, pero en puridad no dijo en razón jurídica de qué, pues se alegó que es el valor del inmueble.

6.12. Resumidamente, tenemos que el hecho imputado en la acusación escrita *per se* **no constituye delito**, por el contrario se ha evidenciado serias deficiencias en el hecho que postula el Ministerio Público, que impiden la construcción del tipo penal imputado a la acusada.

6.13. Sin perjuicio de lo antes anotado, es preciso señalar que en los alegatos de apertura y de clausura del Ministerio Público y expuestos en juicio oral, se efectuó adiciones al *factum incriminatorio*, así los hechos relatados en tales alegatos la imputación fáctica, son: *La acusada Rosa Nery Bejar Castillo, procedió a iniciar en sede notarial un proceso de prescripción adquisitiva de dominio del inmueble ubicado*

en Avenida Parra número trescientos sesenta- Cercado de Arequipa, en este proceso recayó la ***Escritura Pública 139, de fecha 10 abril del 2008,*** *en esta escritura la imputada ha* ***hecho insertar*** *la declaración consistente en que:* ***La misma habría adquirido la propiedad el inmueble ubicado en la Avenida la Parra 360- cercado Arequipa del bien inmueble, en atención a que más de 10 años había poseído el bien en forma continua, pacífica y publica,*** *pese a que contra esta persona existía un proceso judicial de desalojo del año dos mil ocho, así como dos procesos de conciliación, uno que concluyó con el acta de conciliación número 30 de fecha 04 de junio del 2002, y la segunda acta de conciliación 08-2007 de fecha 11 de abril del 2007. La acusada procedió posteriormente a inscribir en la partida registral del registro de dicho bien en la Oficina Registral Regional de Arequipa.*

6.13.1. Estas adiciones consisten entonces en: ***i)*** La determinación del soporte material, que es escritura pública 139 del diez de abril del dos mil ocho; ***ii)*** Al elemento descriptivo, que es *hacer insertar;* ***iii)*** Precisión en lo que se hizo insertar en la señalada escritura pública.

Fecha del proceso de desalojo y fechas de las actas de conciliación. ***v)*** Se incluye una circunstancia precedente, que es que la *acusada procedió posteriormente a inscribir la partida registral del registro de dicho bien en la Oficina Registral Regional de Arequipa.*

Se podría decir que estas precisiones, en cuanto a la referida en el acápite ***iv),*** es una adición que ayuda conocer mejor esa circunstancia y no altera el objeto del proceso, por tanto sería un hecho homogéneo ascendente; lo que en ningún modo varía el criterio de este Despacho.

Sin embargo, precisar el elemento normativo (documento público), la fecha de comisión del delito (diez de abril del dos mil ocho), el elemento descriptivo *hacer insertar,* constituyen "adiciones radicales". De la misma forma, el adicionar la circunstancia referida a la inscripción registral, **constituye un hecho nuevo, no es una simple adición,** ni siquiera es radical sino es un hecho nuevo.

De las adiciones mencionadas, se tiene una que es inocua al pro-ceso, unas que son radicales y un hecho nuevo - aunque de estas adiciones *tampoco aparece cuál es la declaración falsa, ni tampoco se videncia el hecho falsario, menos aún se verifica supuesto para la condición objetiva de punibilidad, ni siquiera de la prueba aportada al juicio (declaración de la agraviada Tula Manrique y del Notario Carlos Gómez de la Torre, no se aportan elementos al delito, tampoco de la prueba documental que traduce lo mismo que la acusación) -.*

Luego, las adiciones radicales y la introducción de un nuevo hecho, descartan la posibilidad de que se trate de hechos homogéneos ascendentes, pues **se está introduciendo otras y nuevas unidades jurídicas,** que superan el objeto del proceso penal, y **en sí conllevan a la construcción de un nuevo hecho**, en tales circunstancias estamos ante la presencia de un caso de ***hechos heterogéneos,*** por tanto no es posible emitir valorarlos, ni en mérito a ellos emitir resolución de condena o de absolución, **ya que de hacerlo se violentaría el deber de correlación entre acusación y sentencia, por ende afectación al principio acusatorio.**

6.14. Es menester indicar que el Ministerio Público, no procedió conforme al artículo 387° inciso 3° del Código Procesal Penal, para introducir las adiciones fácticas a su relato incriminatorio, incluso este despacho consultó a éste, sobre el elemento descriptivo en este caso, y éste contestó que era hacer insertar, incluso se repreguntó **si así constaba en la acusación y el señor fiscal dijo que sí** *(primera sesión minuto 3:36, aproximadamente).* En base al principio de veracidad es que, se confió que ello era así. Por tanto el señor fiscal de este caso, debe adecuar su proceder procesal estrictamente al principio acusatorio y al deber de veracidad que asiste a todo sujeto procesal.

SÉTIMO.- FUNDAMENTOS DE DERECHO:

7.1. La excepción de improcedencia de la acción, se encuentra contemplada en el apartado b) del inciso 1° del artículo 6° del Código Pro-

cesal Penal, señala que procede ésta cuando el hecho *no constituye delito o no es justiciable penalmente*

7.2. En este caso, para la fundabilidad de este medio de defensa, debe surgir con toda evidencia de lo actuado que de los hechos incriminatorios no hay nada que pueda ventilarse en la vía penal, es decir, cuando se trata de una conducta que no está prevista o descrita como delito en la ley penal, de donde se infiere que la conducta denunciada es atípica.

7.3. En el caso materia de juzgamiento, conforme se ha analizado en el acá-pite 6.10 al 6.13 del considerando precedente, se tiene pues que el hecho imputado, **no es justiciable penalmente**, ya que el factum incriminado a la acusada, no describe una conducta humana que sea punible, dado que la descripción que efectúa la fiscalía no reúne los requisitos señala-dos en el tipo penal de falsedad ideológica, ya que principalmente no se describe o precisa la declaración falsearía ni la condición objetiva de punibilidad, sin perjuicio de lo señalado en los citados acápites.

7.4. Por tanto, la conducta atribuida a la acusada, deviene en atípica, por tanto la conducta no constituye delito, debiendo declararse fundada de oficio, la excepción de improcedencia de acción.

OCTAVO.- DEL OBJETO CIVIL DEL PROCESO.-

8.1. En este caso no corresponde imponer reparación civil alguna, dado que el hecho imputado no constituye delito, deviniendo en improcedente los pedidos reparatorios en este extremo.

NOVENO: Fundamentación de las Costas.-

9.1. El Artículo 501 del Código Procesal penal, establece que: **1.** Si el imputado es **absuelto** o no se le impone medida de seguridad, no se impondrá costas.

9.2. Asimismo el Artículo 499° del acotado código, exonera del pago de costas a los representantes del Ministerio Público, los miembros de las Pro-curadurías Públicas del Estado, y los abogados y apode-

rados o mandatarios de las partes, así como los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, el Ministerio Público, los Órganos Constitucionalmente Autónomos, los Gobiernos Regionales y Locales, y las Universidades Públicas.

Por lo que administrando justicia a nombre del pueblo, de quien emana dicha facultad:

FALLO:

1. **DECLARANDO *de Oficio* FUNDADA una EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCIÓN en la causa seguida en contra de Rosa Nery Bejar Castillo,** en la comisión del delito contra la fe pública en la modalidad de ***falsedad ideológica***, previsto en el primer párrafo del artículo cuatrocientos veintiocho del Código Penal, en agravio de Tula Antonieta Manrique de Zegarra y Carlos Gómez de la Torre.

2. En consecuencia dispongo el **ARCHIVAMIENTO** de la causa, debiendo cursarse las comunicaciones pertinentes a los Registros Distrital y Central de Condenas y demás pertinentes para fines de su registro.

3. **Declarando IMPROCEDENTE** la pretensión civil.

4. Sin costas procesales.

5. **Exhortar al Ministerio Público** al respeto al principio acusatorio y al deber de veracidad.

Así lo pronuncio mando y firma en audiencia pública de la fecha.-

PRINCIPIO ACUSATORIO Y DE CONGRUENCIA PROCESAL

"Este despacho está vedado de agregar, modificar o adicionar sustancialmente el factum que postula el Ministerio Público en este extremo, de hacerlo se vulneraría el principio de correlación entre acusación y sentencia"

EXPEDIENTE N°. 3978-2009

PROCESADO	: NEDER JARRY GUTIÉRREZ CHIPANA
DELITO	: VIOLENCIA CONTRA LA AUTORIDAD AGRAVADA
AGRAVIADO	: EL ESTADO Y OTROS
ESPECIALISTA	: MARTÍN CÁRDENAS MEZA

En la ciudad de Arequipa, a los trece días del mes de junio del año dos mil once, el Quinto Juzgado Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, a cargo de la Magistrada Yeny Sandra Magallanes Rodríguez, luego de haber dirigido y valorado el juicio oral y público seguido contra de Neder Jarry Gutiérrez Chipana, por la comisión de los delitos de Violencia y Resistencia a la Autoridad en la modalidad agravada prevista en el segundo párrafo inciso tercero del artículo 367 del Código Penal, concordante con el artículo 365 del mismo cuerpo legal, ello en agravio del Estado y el Sub Oficial de la Policía Nacional Jorge Lenin Moreyra Dávila; y por el delito de Peligro Común en la modalidad de Conducción en Estado de Ebriedad previsto en el primer párrafo del artículo 274 del Código Penal modificado por la ley 27753, vigente al

momento de los hechos, en agravio de La Sociedad; y ejerciendo la potestad de administrar justicia, ha pronunciado en nombre del pueblo, la siguiente:

SENTENCIA

PARTE EXPOSITIVA.-

PRIMERO.-

1.1. IDENTIFICACIÓN DEL ACUSADO NEDER JARRY GUTIÉRREZ CHIPANA, identificado con documento nacional de identidad 80263625, natural de Arequipa, de treinta y dos años, nacido el doce de setiembre de mil novecientos setenta y ocho, soltero, con grado de instrucción secundaria completa, domiciliado en el Fundo El Peral s/n, casa diecinueve, distrito de José Luis Bustamante y Rivero, provincia y departamento de Arequipa, hijo de Alejandro y María Gregoria. De ocupación chofer de taxi, con un ingreso mensual aproximado de trescientos nuevos soles.

1.2. ITINERARIO PROCESAL:

1.2.1. Por el mérito del auto de citación a juicio, se citó a los sujetos procesales a juicio oral, el que se desarrolló en tres sesiones.

1.2.2. Se escuchó los alegatos de apertura de la fiscalía, y del abogado del procesado.

1.2.3. Al inicio del juicio y luego que se instruyera al acusado de sus derechos, y al preguntársele si admitía ser autor o partícipe del delito materia de acusación y responsable de la reparación civil; éste, previa consulta con su abogado defensor, ***no aceptó*** los cargos formulados en su contra.

1.2.4. Se actuó la prueba admitida en el auto de enjuiciamiento, esto es, las declaraciones de: Jorge Lenin Moreyra Dávila, Kart Vladimir Macedo Pallo, Giuliano Harold Caballero Gallegos, Miguel Antonio Condori Bedregal, Mariluz Roxana Cruz Mamani, y de la perito Rosa Amelia Carrasco Tejada.

1.2.5. Se efectuó los alegatos de clausura tanto del Ministerio Público como del abogado del actor civil y de la defensa.

1.2.6. Se cerró el debate para la deliberación y expedición de la sentencia.

SEGUNDO.- ACUSACIÓN:

En el marco de la requisitoria escrita, el representante del Ministerio Público presentó en juicio oral sus respectivos alegatos en los términos siguientes:

2.1. Hechos imputados: Con fecha nueve de junio del dos mil nueve, ***a horas 01:10 a.m*** aproximadamente, el SO3 PNP Jorge Lenin Moreyra Dávila conjuntamente con personal de serenazgo de la Municipalidad de Cerro Colorado, se encontraban realizando patrullaje motorizado, siendo que a la altura del Lote Nueve, del Comité veinticuatro, Manzana G, Pueblo Joven Víctor Andrés Belaúnde, se percatan de la presencia de un ***vehículo con placa de rodaje EH-9589, color amarillo dorado, el mismo que se encontraba retrocediendo con las luces apagadas,*** por lo que inmediatamente fue intervenido y solicitado los documentos pertinentes, se llega a observar que dentro de la cabina de este vehículo se encontraba el acusado Neder Jarry Gutiérrez Chipana, quien entre sus piernas tenía una botella de cerveza y con aparentes signos de ebriedad. Además al momento de solicitar los documentos al investigado, éste encendió el motor del vehículo, por lo que el efectivo policial, Jorge Moreyra Dávila, retiró la llave del vehículo, siendo que el investigado empieza a ponerse en una actitud agresiva; ante estos hechos sale del inmueble signado con el número nueve, una persona de sexo femenino, quien trata de tranquilizar al investigado; posteriormente el efectivo policial le solicita que se baje del vehículo, tomando del brazo al investigado, respondiendo éste de manera agresiva llegando a propinar dos golpes de puño en el pecho al efectivo policial. A pesar de los requerimientos de parte del efectivo policial Jorge Lenin Moreyra Dávila y ante la renuencia del investigado a bajarse del vehículo, el personal de

serenazgo pone en conocimiento del SOT3 PNP Miguel Condori Bedregal, quien una vez estando en el lugar de los hechos trata de apaciguar al investigado, no llegando a conseguirlo, éste último llama al patrullero policial, apersonándose el SOT1 PNP Juan Paredes Cerpa, a quien el investigado hace entrega de su documentación para posteriormente ser dirigido a la Comisaría de Zamácola.

Estando en la Comisaría de Zamácola, se le identificó, para posteriormente dirigirlo a que se le practique el dosaje etílico, pero en esos instantes huye con dirección a la Avenida Aeropuerto, siendo detenido a la altura del Centro de Salud de Zamácola. Posteriormente cuando se le sube a la patrulla, el investigado responde con una actitud agresiva, llegándose a golpear en el marco superior de la puerta, y el efectivo Policial Jorge Moreyra, resulta con lesiones en el pómulo izquierdo, provocado por el investigado, por consiguiente éste último es esposado, sentándose a sus costados efectivos policiales. Es en estas circunstancias que el investigado le da dos cabezazos al efectivo policial Jaime Moreyra Dávila; siendo finalmente conducido al Hospital de la Policía, donde es sometido al Dosaje Etílico, amenazando de muerte a los efectivos policiales que lo acompañaban. Determinando el Certificado de Dosaje Etílico que el investigado tenía 1.96 gr/l de alcohol en la sangre.

2.2. Calificación jurídica: Los hechos expuestos han sido tipificados por el Ministerio Público como delitos de Violencia y resistencia a la autoridad agravada prevista en el segundo párrafo, inciso tercero del artículo 367° del Código Penal concordante con el artículo 365° del mismo cuerpo legal ello en agravio del Estado y el Sub Oficial de la Policía Nacional Jorge Lenin Moreyra Dávila; en ***concurso real*** con el delito de Peligro Común en la modalidad de conducción en estado de ebriedad previsto en el primer párrafo del artículo 274 del Código Penal modificado por la ley 27753 vigente al momento de los hechos ello en agravio de La Sociedad.

2.3. Pretensión Punitiva: El Ministerio Público, ha solicitado se imponga al acusado: a) por el delito de Violencia y resistencia a la autoridad agravada solicita se le imponga **ocho** años de pena pri-

vativa de la libertad, y b) por el delito de peligro común solicita se le imponga **un** año de pena privativa de la libertad, y por tratarse de concurso real solicita se le imponga **nueve años** de pena privativa de la libertad e inhabilitación por el plazo de un año para conducir vehículos motorizados.

2.4. Pretensión civil: El Ministerio Público, dado que no existe constitución en actor civil, solicita por concepto de reparación civil, a favor de Jorge Lenin Moreyra Dávila la suma de un mil nuevos soles; a favor del Estado representado por el Procurador Público Especializado en Asuntos de la Policía Nacional del Perú la suma de un mil nuevos soles, y un mil nuevos soles a favor de la Sociedad.

TERCERO.- DEFENSA:

3.1. Defensa Técnica: Sostuvo que el hecho acusado en realidad es un hecho que constituye un caso de abuso policial, de violación de derechos humanos y del derecho a la defensa, pues su patrocinado ese día estaba sentado en su vehículo con su conviviente, tratando de arreglar un problema familiar, que en ningún momento hubo actitud sospechosa, pues se encontraban al frente del domicilio de su conviviente, en ningún momento manejó en estado de ebriedad; quien ante la intervención abusiva del PNP Lenin Moreyra, su patrocinado lo que hizo es defenderse de las agresiones policiales, que su patrocinado además ***no sabía*** que quien lo intervino era un policía, pues éste no estaba vistiendo el uniforme policial así lo ha dicho la médico legista; que su defendido fue agredido y desde que fue intervenido no se le permitió que efectuara un llamada a un abogado para que pueda ser asesorado.

A lo largo del juicio se demostró que esto fue así, pues la ***supuesta actitud sospechosa de su patrocinado que ocasionó la intervención del policía Moreyra y de los serenos, fue porque conducía en estado de ebriedad por más de veinte metros cuadrados como refiere el agraviado Moreyra, pero según la declaración de Giuliano Caballero Gallegos, sereno que estuvo en el***

lugar de los hechos, dijo que su intervención fue porque vieron un vehículo parado en la zona donde estaban patrullando, entonces hay contradicción con lo manifestado por Moreyra, por lo que se desprende que este último ha mentido. Ello también es corroborado con lo manifestado por su patrocinado quien dijo que estaba sentado en el vehículo tomando junto a su conviviente, por lo que se negó a la intervención, pues obviamente no estaba cometiendo ningún delito, mas bien estaba siendo objeto de abuso de autoridad por parte del señor Moreyra, también es corroborado con la declaración de Mariluz Roxana Cruz Mamani. No niegan que su patrocinado estaba en estado de ebriedad según el dosaje etílico. ***Fue una intervención irregular porque debieron trasladar el vehículo y al imputado a la comisaría.*** Conducen a su patrocinado a la Comisaría para hacer un parte por la ausencia por más de una hora del policía Moreyra. A esa hora su patrocinado exigió hacer una llamada, pero se la negaron y separaron a su esposa para que no presencia los maltratos, lo que se contradice con la postura del Ministerio Público que afirma que su esposa estuvo en todo momento con su patrocinado. Es un hecho que hay algunas personas que arreglan de formas no correctas con el fin de librarse de procesos judiciales, pero su patrocinado, consciente que era inocente, no quiso proceder así. Hay contradicciones respecto a las lesiones de su patrocinado, unos testigos declararon que se lo hizo subiendo al patrullero, Moreyra dijo que dentro del patrullero, otro dijo que fue subiendo al carro del serenazgo. *Dichas lesiones están acreditadas por informe del médico legista.* Además respecto a las lesiones, los declarantes han entrado en contradicciones, pues lo único que hizo su patrocinado era defenderse, ya que fue golpeado con una vara policial, y con golpes de mano, y además al día siguiente recién se tomó la declaración de su patrocinado, entonces cómo es que los serenos no ayudaron al policía si éste fue agredido, incluso nadie le dice al efectivo policial Condori que habían agredido a Moreyra, además el no vio ninguna lesión. Por lo que está probado que no hubo conducción en estado de ebriedad porque el vehículo estaba estacionado, y no hubo agresión al po-

licía pues la intervención fue irregular, finalmente está probado que el agraviado no estaba identificado, ni con uniforme policial, sino que mas bien su patrocinado se ha visto perjudicado pues no puede conducir desde hace dos años, por lo que solicita la absolución de su patrocinado.

3.2. Autodefensa del imputado *Neder Jarry Gutiérrez Chipana.* Negó todos los cargos imputados en su contra, tanto la responsabilidad civil, como la penal, señalo además que : ***i)*** El ocho de junio a las cuatro de la tarde se dirigió al domicilio de la madre de sus hijos para hablar con ella, quien tenía que salir a trabajar a las cuatro de la tarde, y le dijo que vaya a recogerla a eso de las ***diez a diez y media*** a su centro de trabajo; ***ii)*** Ese día se quedó en compañía de sus hijos toda la tarde hasta llegar la hora indicada, en que fue a recoger a su compañera, fue a pie porque dejó el carro estacionado;

La recogió y hablaron por un lapso de media hora hasta llegar a su domicilio y le invita a tomar unas cervezas; ***iv) Compraron seis cervezas y se pusieron a tomar dentro del carro; v)*** No ingresaron a su domicilio porque estaban separados; terminaron las seis cervezas y fue a comprar más, era ya ***aproximadamente, la una de la mañana; vi) Como ya estaba borracho,*** su compañera le sugiere que se quede a dormir en el carro, pues no podía manejar así y que le iba a sacar una frazada, él acepta su consejo pero le pide acabar las demás cervezas que había comprado. ***vii) Prendió el contacto del carro para poder escuchar música,*** en esas circunstancias es que pasa un patrullero de serenazgo y les alumbra con la linterna y desciende de ahí un señor, que supone era de serenazgo porque bajó del vehículo, le tocó la ventana del carro y le dijo ***"qué hace acá señor",*** a lo que le respondió que estaba tomando unas cervezas con su esposa; ***viii)*** Seguidamente le pidió que le mostrara sus documentos a lo que se negó, entonces el señor de serenazgo le dice que *está en una actitud sospechosa*, a lo que su esposa le respondió que están al frente de su casa, entonces para evitar problemas su esposa le dijo que mejor entre a su casa

pero el señor de serenazgo no le dejó bajar y le dijo *"usted me entrega sus documentos sí o sí"*, entonces el acusado le entrego su DNI, pero el señor de serenazgo le exigió los documentos del carro, a lo que le contestó que está frente a la casa de su conviviente y que si bien está tomando, no está conduciendo el carro, ya que el carro estaba apagado y estacionado, ***fue en ese momento en que el señor mete la mano y le quitó las llaves del carro. ix)*** Al pedirle explicaciones por ese hecho, el señor de serenazgo le respondió que fue porque no le quería dar los documentos del carro, ante ello se quiso bajar para entrar a la casa de su conviviente pero el señor de serenazgo no le permitió bajar porque se puso en la puerta. ***x)*** Entonces empezaron a discutir, levantando la voz, el señor pidió apoyo y vinieron dos camionetas de serenazgo, ***no hubo agresiones***, viendo ello los de serenazgo se fueron, y sólo quedó el señor Moreyra, quien pidió apoyo a la Comisaría de Zamácola y vino el patrullero de Zamácola, del que se baja el suboficial Condori, habla por espacio de diez minutos con el señor Moreyra, preguntando qué pasaba. ***xi)*** Luego se le acercó a él y le explicó que el señor Moreyra lo quería llevar a la Comisaría por estar tomando, lo cual no era delito y ni ha faltado el respeto a nadie, y que no ha estado manejando. ***xii)*** El señor Condori le dice que como han estado como dos horas deben hacer un parte porque el señor (Moreyra) trabaja, ahí es cuando ***se entera que éste era policía***; ***xiii)*** Lo convenció y le dio su DNI, no quiso darle los documentos del carro, a lo que Condori le cuestiona diciéndole que el carro podría ser robado, y como no se puede negar los derechos de un policía de entregar los documentos, este entregó los documentos del carro creyendo que sólo iban a hacer un parte***; xiv)*** Fue tranquilo a la Comisaría, pero antes de ir, el señor ***Moreyra le dijo: "toma la llave, cierra el carro porque se lo pueden robar", Le dio la llave, cerró el carro y fueron con su conviviente más a la Comisaría***; una vez ahí Moreyra le dice al Comisario que lo traía porque estaba conduciendo en estado de ebriedad, a lo que él replicó diciendo que no era cierto, que no estaba manejando y le entregó el DNI, pero el Comisario ordena que le hagan el dosaje etílico, a lo

que se opuso porque con ello le iban a cancelar su brevete, fue en ese momento en que pidió hacer una llamada y se la negaron, por lo que él salió al exterior donde había un teléfono público y ahí lo agarraron, debido a ello es que se ofuscó y reclamó que era abuso de autoridad. ***xv)*** Por lo que lo enmarrocaron, no tenía testigos, porque habían separado a su esposa, ***y lo metieron a la camioneta a la fuerza, le daban manazos, dentro de la camioneta, ya enmarrocado, junto con los serenos le insultaron y le dieron manazos, le*** dijeron "te vamos a empapelar", ***Moreyra le pegó con su vara en la boca y reaccionó dándole un cabezazo pues estaba enmarrocado. xvi)*** Él no se autolesionó. ***xvii)*** Llegando al dosaje le sacaron sangre y en cada momento el policía con los dos serenos lo maltrataban. ***xviii)*** Lo metieron al calabozo toda la noche. ***xix)*** Al día siguiente vino el Fiscal y le preguntó si había conducido en estado de ebriedad a lo que respondió que jamás había conducido en estado de ebriedad; por lo que se negó acogerse al principio de oportunidad que le propuso el fiscal, y estaba dispuesto a ir a juicio. ***xx)*** Recién en ese momento le empezaron a leer sus derechos luego de todo el maltrato recibido, por lo que se negó a firmar, pues no se lo leyeron antes, no le permitieron hacer una llamada; desde ese año le han castigado el brevete dos años. ***xxi)*** A las ocho o nueve de la mañana recién le leyeron sus derechos, cuando llegó el fiscal y su abogada defensora

CUARTO.- CALIFICACIÓN JURÍDICA.

4.1. *Del delito de Violencia y resistencia a la Autoridad*

4.1.1. Conforme a la acusación, es aplicable el segundo párrafo, inciso tercero del artículo 367° del Código Penal concordante con el artículo 365° del mismo cuerpo legal que contiene el tipo penal de Violencia y Resistencia a la Autoridad y la circunstancia agravante de hacerlo contra un miembro de la Policía Nacional, cuyo bien jurídico protegido es el normal y buen desarrollo de las funciones que detentan las autoridades, funcionarios, servidores públicos y sus agentes para asegurar su completa y eficaz ejecución.

4.1.2. Tipicidad: *Sujeto activo* puede ser cualquier persona; *sujeto pasivo* es el Estado, sin perjuicio de la existencia de un sujeto pasivo de la acción o *agraviado específico*, en este caso el funcionario y/o servidor público, sobre el cual recae la violencia o la amenaza.

4.1.2.1. Elemento subjetivo: Es necesario que el sujeto activo actúe con ***dolo***, específicamente se requiere de dolo directo, dado que el sujeto activo busca una específica finalidad que tiene que ser lograda.

4.1.3. Comportamiento típico: El comportamiento típico reprimido por la norma penal consiste en realizar actos positivos de violencia o intimidación encaminados a evitar que el funcionario público pueda ejecutar un acto típicamente funcional.

4.1.4. La agravante del inciso tres del segundo párrafo del artículo 367° indica que la cualidad funcional de la víctima de la acción típica es la que sustenta el mayor desvalor del injusto típico, en este caso está referido a un miembro de la Policía Nacional en el ejercicio de sus funciones.

4.2. *Del delito de Peligro Común-conducción en estado de ebriedad.-*

4.2.1. Conforme a la acusación, es aplicable el primer párrafo del artículo 274° del Código Penal, que contiene el tipo penal de peligro Común, cuyo bien jurídico protegido es la seguridad del tráfico entendida como la vida, integridad física y salud de las personas que participan en el tráfico viario.

4.2.2. Tipicidad: *Sujeto activo* puede ser cualquier persona; *sujeto pasivo* es la Sociedad **jurídicamente organizada**. Además, es necesario que el sujeto activo, actúe con ***dolo*** (conocimiento y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo penal).

4.2.3. En este delito se puede apreciar que la conducta prohibida, esta compuesta por dos elementos que son necesarios para la configuración del delito estos son:

4.2.3.1. La conducción, operatividad o maniobra de un vehículo motorizado

4.2.3.2. Encontrase en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.5 gramos-litro.

QUINTO.- MATERIAL PROBATORIO.-

La inmediación [1] favorece la posición de los Juzgadores en cuanto a la apreciación de la prueba oral, por lo que es importante no sólo exponer sus impresiones sobre la prueba, sino que debe primero exponerse la integralidad del aporte del testigo o documento, para finalmente confrontarse con el resto de prueba relevante (valoración probatoria), para extraer conclusiones que surjan del análisis completo de la prueba bajo principios de logicidad y corrección. En ese orden de ideas, durante el juicio oral se actuó:

5.1. Declaración de la perito ***Rosa Amelia Carrasco Tejada***, quien manifestó:

i) Examinó a **Neder Jarry Gutiérrez Chipana**, éste presentaba hematoma en región frontal izquierda herida contusa superficial no suturada transversal en sien izquierda, una leve hinchazón de labio superior y equimosis con excoriación en la mucosa del mismo labio, dos erosiones en rodilla izquierda en la parte delantera. ***ii***) Se encontró otra erosión que no correspondía a la data, en el antebrazo izquierdo. ***iii***) Las lesiones fueron con objeto contundente y objeto duro. ***v***) Por la ubicación anatómica de las lesiones, éstas pudieron haber sido ocasionadas por tercero o auto inflingidas, no puede precisar con exactitud. ***iv***) No se puede precisar

---

1 El principio de Inmediación, vinculado al Principio de Oralidad, la inmediación impone, según señala MIXÁN MASS, que el juzgamiento sea realizado por el mismo tribunal desde el comienzo hasta el final. La inmediación es el acercamiento que tiene el juzgador con todos los elementos que sean útiles para emitir sentencia. La inmediación es una necesidad porque es una de las condiciones materiales imprescindibles para la formación y consolidación del criterio de conciencia con el que será expedido el fallo.

qué objeto duro ocasionó estas lesiones. *También fue examinada en relación al certificado médico legal 012614, practicado al agraviado* ***Jorge Lenín Moreyra Dávila*** **y dijo que:** ***v)*** Las lesiones que presentó el agraviado, fueron excoriaciones en el rostro, además en el labio superior y la parte interna presentaba una herida contusa, a nivel de región de esternón o región media de pecho había un área enrojecida y en la muñeca derecha tenía equimosis, se determinó que dichas lesiones fueron ocasionadas con uña humana y con objeto contundente, tenía lesiones en el rostro, en el cuerpo y en la región media del pecho. ***vii)*** ***El agraviado fue sin documentos;*** el paciente fue atendido a las seis de la mañana, ***quien vino con el policía y con el detenido***, y es el policía quien respalda la identidad de la persona, por la urgencia y necesidad de la denuncia, están obligados a atender requerimiento; pero el examinado Jporje Moreyra Dávila, ***no se identificó con ningún documento. viii)*** ***El examinado de haber estado uniformado y de ser efectivo policial, lo hubiera registrado en el rubro de observaciones***, al igual que se consigna a los miembros de la Cruz Roja, Bomberos y Policías, si se presentan como miembros de estas instituciones los consigna en observaciones. ***ix)*** **La lesión** ***del pecho es dígito presión. x)*** En la data se consignó, *agresión por desconocido, en acto de servicio*, que significa que lo más probable es que, esta persona dijo que en circunstancias que estaba trabajando fue agredido.

5.2. Declaración del agraviado ***Jorge Lenin Moreyra Davila***, quien señaló que: ***i)*** El nueve de junio del dos mil nueve, se encontraba de servicio de patrullaje junto a serenazgo de Cerro Colorado desde las cero horas hasta las cero dos y media de la mañana. ***ii)*** ***Ese día estaba con uniforme policial*** de faena, borceguíes negros, pantalón de campaña y capotín verde. ***iii)*** El nueve de agosto del dos mil diez a la una y diez minutos, aproximadamente, estaba en compañía de dos efectivos de serenazgo en la Avenida Belaúnde, y a la altura de la manzana G cuando se dirigían de sur a norte *vieron a un tico color amarillo que retrocedía con las luces apagadas de este a oeste*, por lo que procede a intervenir, *él se acercó al conductor y le dice que es policía Nacional del Perú de la Comisaría de Zamáco-*

la, que estaba de servicio, y le pidió sus documentos, DNI, licencia de conducir, SOAT y tarjeta de propiedad, es entonces que el acusado prende la luz del salón, y vio que ***estaba agarrando un vaso con cerveza y una botella de vidrio en medio de las piernas***, y en actitud desafiante le contestó que no se iba a identificar, ni entregar dinero. ***iv***) Él reiteró el pedido al acusado, y le dijo porque estaba retrocediendo con las luces apagadas, entonces el acusado lo insultó y ***encendió el vehículo y trató de huir del lugar; v)*** Él, desde la parte exterior metió la mano a la chapa de contacto y retiró la llave; ***vi)*** Entonces el acusado empieza a insultarlo y vociferar contra él y contra los de serenazgo; es cuando sale una señorita de unos veintisiete años, aproximadamente del interior del inmueble G-9 a preguntar qué pasaba, quien dijo que era pareja sentimental del acusado, él trata de calmarlo queriendo bajarlo del carro y para conducirlo a la comisaría; ***es cuando le da dos golpes de puño a la altura del abdomen, y seguía insultándolo. vii)*** El conductor del vehículo de serenazgo fue a la comisaría de Zamácola por apoyo de un efectivo, apareciendo el técnico de Tercera Condori Bedregal, quien le insta al acusado que se calme y se identifique, pero el acusado seguía en actitud violenta, por lo cual el técnico optó por retirarse, regresó con el patrullero y dos unidades de serenazgo ***viii)*** El ***acusado ante la solicitud del Brigadier Paredes Cerpa, le da los documentos***, y es llevado a la comisaría, y el declarante sube a la unidad de serenazgo junto a los dos serenos, y se dirigen a la comisaría de Zamácola ahí se hace presente la señorita y el padre del acusado. ***ix)*** Cuando conducen al acusado para el dosaje etílico, éste ***huye del lugar*** y se va con dirección a la parte posterior de posta de Zamácola entonces él y los serenos en el patrullero de estos últimos le dan alcance frente al hospital de la UNSA, lo intervienen y lo suben a la parte de la tolva y lo llevan a la comisaría de Zamácola, él ingresa a la comisaría para sacar los oficios respectivos para el dosaje etílico, y ***al intentar subir al acusado nuevamente al vehículo, éste se torna violento y empieza a autolesionarse con el marco,*** pues no quería subir, así se ocasionó lesiones en el ***rostro***, y se puso además violento

con ellos por lo que optaron por *enmarrocarlo* y lo suben a la parte posterior del vehículo, en el interior del vehículo el acusado ***vuelve a escupir en el rostro al declarante***, y le da ***dos cabezazos a la altura de labios y lo deja sangrando,*** siendo conducido a la sanidad para el dosaje etílico correspondiente. ***x)*** En la comisaría se presentaron la señorita y su padre, ellos estaban calmados, el único violento era el acusado. ***xi)*** Al acusado no se le impidió hacer llamadas, además cuando llegaron con serenazgo a la comisaría estaba ya la señorita y el padre del acusado, pues el lugar de la intervención queda a pocas cuadras de la comisaría. ***xii)*** Unos minutos después de que él interviene al acusado, la señorita sale del interior del inmueble, él interviene porque el ***acusado paró luego de que avanzó unos veinte o cincuenta metros, luego de notar su presencia. xiii)*** En ese momento el conductor de serenazgo se quedó en el vehículo, y el operador se fue a la parte delantera del taxi. ***xv) El lugar de los hechos contaba con asfalto y alumbrado público. xvi***) En total fueron tres efectivos policiales, él vio las autolesiones del imputado, que se produjo cuando se iba a subir al interior del vehículo. ***xvii***) Al acusado lo subieron al vehículo del serenazgo dos veces para llevarlo al dosaje etílico, una a la zona de carga y otra al interior del salón. ***xviii)*** Del lugar donde fue intervenido el acusado hacia la comisaría fue llevado en el patrullero. ***xix)*** Para el dosaje fueron, el operador de serenazgo, el conductor, él y el acusado ***xx)*** El conductor se quedó sentado, el operador fue en la parte posterior izquierda, el acusado en el centro y él en la parte posterior derecha, en total eran cuatro personas. ***xxi)*** En el lugar de los hechos, **él no levantó ninguna acta**. ***xxii) El vehículo que conducía el acusado se quedó en el lugar donde fue intervenido, pues el acusado tenía las llaves, y después él se las entregó al operador de serenazgo***, el vehículo se quedó en el lugar frente al inmueble G-9 porque el acusado se subió al patrullero de Zamácola y él tenía que ir con el acusado. ***xxiii***) Tiene tres años de policía, tiene sanciones leves, por llegar tarde a formación, no tiene procesos administrativos, ni penales. ***xxiv***) ***La ropa que vestía era verde pacay,*** característico del uniforme.

xxv*) *El acusado retrocedió veinte metros con luces apagadas, lo que es sospechoso para él, por las luces apagadas, por el índice de hurtos a domicilios. xxvi*) *Ante la posible fuga el le quitó las llaves del auto y las entregó al Brigadier Paredes (aunque después el propio agraviado dijo que no recordaba a quién entregó las llaves de contacto). xxvii*)** Las llaves eran de metal. ***xxviii*) *El procedimiento ante una intervención como esa, es que el vehículo se lleva a la comisaría, en este caso no fue así. xxix*)** Los golpes, que le ocasionó el acusado fueron a la altura del esternón. ***xxxi*)** El uniforme que vestía era de la policía, no de serenazgo. ***xxxii*) *Él otro sujeto (sereno) no intervino, mientras lo agredían a él. xxxii*)** Vinieron otras dos unidades de serenazgo más, y el patrullero de Zamácola, en total eran tres policías y seis serenos. ***xxxiii*) *No recuerda haber hecho acta de entrega de llaves. xxxvi*)** Hizo acta de intervención policial del día de los hechos. ***xxxvii*)** No ha hecho de instructor en la investigación, pero sí como policía interviniente. ***xxxviii*)** *Se le hizo conocer los derechos del acusado.* ***xxxix*)** El acta no la tenía en la mano, y lo hizo al llegar a la comisaría. ***xl*)** Se intervino a la una y diez de la madrugada, el acta fue después de más de una hora- *a través del uso de declaración previa, se evidenció* ***contradicción, *en la versión de este testigo, en cuanto a la* ***hora en que se redactó el acta,*** pues en el acta de lectura de derechos figura la ***una con diez***, pero el acta de la intervención es la misma hora. ***xli*)** La documentación se hizo en la comisaría, *la hora de notificación al testigo con la detención fue después del dosaje etílico.* ***xlii*)** No recuerda la hora del dosaje etílico y no recuerda a qué hora se realizó la notificación. ***xliii*)** No recuerda la hora en que se dio a conocer al Ministerio Público de la detención del acusado. ***xliv*)** El registro personal se efectuó en la comisaría al llegar, pero no recuerda la hora en que se hizo. ***xlv*)** No agredió al acusado. ***xlvi*) *El acusado en forma voluntaria entregó los documentos a Paredes Cerpa, pues a éste sí reconoció como Policía Nacional. xlvi*)** No agredió al imputado. ***xlvi*)** No vio a la pareja del acusado en el auto.

5.3. Declaración del testigo ***Karl Vladimir Macedo Pallo*** quien manifestó que: ***i)*** Trabaja en seguridad ciudadana desde hace dos años y diez meses, en el mismo puesto. ***ii***) El día ocho de junio del año dos mil nueve, y nueve de junio en la madrugada se dedicaba a rondas de rutina en el área de seguridad ciudadana en una unidad motorizada, en toda la zona de Zamácola, e ingresó a trabajar a las siete de la noche hasta las ocho de la mañana. ***iii***) Ese día desarrolló sus labores con Caballero Giuliano, y se aproximaron para recoger el efectivo policial, para patrùllaje integrado. ***iv***) No sabe cómo se llama el efectivo, pero es de la comisaría de Zamácola. ***v***) El uniforme de ellos es pantalón negro, capotín negro y chaleco de serenazgo con gorro. ***vi***) El agraviado vestía pantalón verde, borceguíes, gorro de Policía Nacional, y saco en el que aparece el nombre. ***vii***) Esa noche se dirigieron a las zonas altas de Zamácola por Víctor Andrés Belaunde, percatándose que había un *tico amarillo* ***en actitud sospechosa, por ello intervinieron, pues el vehículo estaba retrocediendo,*** por lo que pasaron, y retrocedieron, porque ya les pareció bastante sospechoso, cuando llegaron al *lugar vieron que* la puerta de la casa que estaba al costado derecho del vehículo estaba entreabierta. ***viii***) Entonces, decidieron bajar y encontraron solo al conductor del tico amarillo, el policía intervino directamente, se presentó y le pidió documentos de ley, y el conductor se negó a dárselos; él se bajó con el policía y se percató que el acusado estaba tomando porque había botellas de cerveza en el lado del copiloto **y el *conductor tenía entre las piernas una botella de cerveza y en la mano un vaso a la mitad -servido-***. ***ix***) Cuando el policía le solicitó sus documentos, el conductor se negó y empezó a insultar a ambos, diciéndoles que no eran nadie para pedirles sus documentos y procede a arrancar el auto, ***rectifica este último dicho para indicar que el acusado procedió a prender el auto***; entonces el policía mete el brazo y saca la llave de contacto, ante esto el acusado reacciona prepotentemente y ***empuja al policía***, él se retira y pide apoyo, pues se estaba pasando, incluso le escupió en la cara al policía, lo agredió dándole un puñete que le cayó en el pecho al policía cuando retornó el acu-

sado seguía con palabras ofensivas, al llegar la móvil de apoyo, ve los *hechos y se retira a la comisaría para traer otro efectivo*, y ellos se quedan en el lugar para que no se escape el acusado. ***x***) La móvil se va y retorna con otro efectivo policial, ve los hechos y regresan a la comisaría para regresar en patrullero y ***un nuevo policía se identifica con el conductor y le pide documentos, el conductor hizo pequeña oposición, pero procedió a dar los documentos al otro efectivo policial,*** se entrevistó con el técnico y procedió a llevarlo a la comisaria. ***xi)*** Salió una señorita del domicilio, indicándole al acusado para que se tranquilice. ***xii***) *Los policías lo convencieron que lo acompañe a la camioneta y se lo llevaron.* ***xiii***) Ya estando en la comisaria, le pedían las generales de ley, pero el acusado se negaba e insultaba, luego él ingreso a la comisaria para ver en qué terminaba, indicándole que lo dirijan a dosaje etílico, saliendo de la comisaria para subirlo a la camioneta, el acusado se da a la fuga, *por lo que él y su compañero lo persiguen* y le dan alcance como a tres cuadras arriba, el acusado estaba rengueando por lo que sólo atinó a sentarse al lado derecho de la pista, supone que se cayó, por lo que procedió a conducirlo a la camioneta y llevarlo a la comisaria, ahí el acusado se negó rotundamente a subir a la camioneta, por lo que ***forcejeaba y golpeaba el carro, lo pateaba incluso dio un cabezazo al filo de la puerta*** **de la camioneta del serenazgo**, pero lo llegaron a sentar en la parte de atrás de la camioneta. ***xiv***) En el camino al hospital continuó insultando, amenazando, incluso amenazó de muerte a su conductor y al policía. ***xv***) En ese momento **le dio dos cabezazos al efectivo policial**, ***es entonces que lo enmarrocaron y lo agacharon para que se mantenga tranquilo***, **ya en el lugar lo jalaron porque no quería bajar**, incluso insultó al técnico y al médico que extraía sangre, negándose también a identificarse. ***xvi***) **La actitud sospechosa consiste en que cuando subían por la avenida principal vieron un *tico amarillo que no estaba ni correctamente cuadrado en la vereda, ni en la pista, estaba mal cuadrado.* *xvii***) Cuando pasaron también *la puerta de la casa estaba media abierta, por lo que optaron por retroceder* entonces se acercaron y procedieron

a intervenirlo y nadie agredió al intervenido ***xviii***) Volvió a ver a la mujer en la comisaría, él también sufrió agresiones pero no intencionalmente, sino por los movimientos bruscos que hacía el acusado. ***xix***) Los policías que fueron a apoyar estaban vestidos de la misma forma que el agraviado, esto es con pantalón, gorro, capotín que usan, membretes correspondientes y armamento. ***xx) Vio lesión en el policía, porque estaba sangrando de la boca y de la nariz. xxi)*** El uniforme del policía era de color verdusco, la cafarena oscura. ***xxii***) El acusado ***estaba con un vaso a la mitad (servido), al momento de ser intervenido lo tenía en la mano, la botella entre las piernas y botellas al lado derecho. xxiii)*** Sí intervino en el acta de intervención policial. ***xxiv***) *El vaso estaba lleno pero, en el acta no aparece que estaba lleno, seguro el policía no le preguntó como lo ha hecho ahora.* ***xxv)*** Desconoce a quién entregó Moreyra, las llaves del vehículo. ***xxiii***) ***El acusado antes de ser conducido a la comisaria cerró su carro, porque el carro estaba abierto. xxvi***) ***El auto se quedó en el lugar, no sabe*** quién recogió el vehículo del lugar, ellos, luego de toda la intervención, retornaron a seguir con el patrullaje y ya no vieron el vehículo. ***xxvii***) Cuando huye el acusado corriendo de la comisaría estaba bien pero cuando le dan el alcance por el hospital de la UNSA el acusado ya rengueaba o cojeaba. ***xxviii)*** La señorita no estuvo en el vehículo del acusado.

5.4 Declaración de **Miguel Antonio Condori Bedregal,** quien manifestó que: ***i)*** El día de los hechos estuvo en la comisaría y se presentó el patrullero de serenazgo, pidiendo apoyo para el suboficial Moreyra, saliendo él solo, ya en el lugar de los hechos encontró dos patrulleros de serenazgo y al sub oficial Moreyra; siendo que el chofer se portaba totalmente malcriado por lo que fue a traer patrullero en la comisaría. ***ii***) El chofer estaba dentro del tico. ***iii***) No se acuerda quién más se encontraba. ***iv***) Pero recuerda al chofer que estaba malcriado que no que quería identificarse, por eso él fue a traer apoyo a la comisaría. ***v)*** El agraviado estaba con faena y con capotín color verde. ***vi***) La iluminación en el lugar era regular. ***vii***) ***Él no vio a ninguna persona lesionada. viii)*** Él fue a

pedir apoyo y regresó en el patrullero de Zamácola con el Brigadier Paredes, en ese momento bajaron y le pidieron los documentos al acusado y éste les dio los documentos, lo subieron al patrullero y se lo llevaron a la comisaria y lo dejaron ahí, ***mientras estaba él no hubo ninguna agresión. ix) No hicieron ninguna acta, por la oscuridad de la noche. x)*** El acusado se portaba mal, por eso lo llevaron a la comisaría. ***xi)*** El acusado sacaba la madre a todos, pero cuando vino con el patrullero se bajó un poquito. ***xii***) Dejó a Moreyra haciendo el parte, el acta y después se enteró que cuando llevaron al acusado al dosaje etílico hubo problemas. ***xiii***) No vio lesión en el cuerpo del acusado. ***xvi***) ***El procedimiento en caso de intervención en personas en estado ebriedad es conducir al intervenido y al vehículo a la comisaria. xvii) El Sub oficial Moreyra no llevó en ese momento el auto a la comisaría, Moreyra se quedó con el auto. xviii***) Cuando él llegó encontró al acusado dentro de su vehículo. ***xix***) Cuando se acercó al vehículo del acusado, no se percató si había botellas, *tampoco vio que el acusado tenía un vaso en mano.* ***xx***) ***Moreyra no dijo si el acusado lo había agredido o escupido.***

5.5. Declaración de la testigo ***Mariluz Roxana Cruz Mamani,*** señala que: ***i)*** El día ocho de junio estaba en su casa en compañía de sus hijos, y a eso de las cuatro de la tarde su esposo vino a la casa a visitar a sus hijos. ***ii)*** Estaban dentro del carro escuchando música, y él estaba tomando cerveza, comenzaron a tomar aproximadamente a las once de la noche. ***iii***) El vehículo estaba ***estacionado en la puerta de su casa. iv)*** Pasó un carro del serenazgo alumbrándolos con una linterna, paró y se bajó un joven y se acercó al carro y tocó la ventana, su esposo bajó la ventana para ver qué quería, pidiéndole los documentos, a lo que su esposo respondió *¿por qué?,* señalando el policía porque está en actitud sospechosa, por la bulla que estaba haciendo la radio, pues estaban escuchando música. ***v)*** El policía dijo que se identifique dándole el acusado su DNI pero el efectivo quería los documentos del vehículo, a lo que el acusado le respondió diciendo que no, porque no estaba cometiendo ninguna falta, y no tenía porque darle los documentos

del carro, ni brevete, ni nada. ***vi***) El policía le dijo bájese, abriendo éste la puerta del carro, para que se bajara el acusado, pero éste no quiso, ***después el agraviado empujo la puerta, metió la mano y sacó la llave del contacto del carro. vii***) Es ahí donde su esposo se molestó, diciendo porqué sacaba la llave sin ninguna autorización. ***viii***) El policía le dijo que tenía que ir a la comisaría, se empezaron a levantar la voz, dentro de seis a quince minutos vino un patrullero, los saludó y les pidió los documentos para constatar que el carro no sea robado, ella buscó en la gaveta y le dio a su esposo para que los entregue, es ahí donde le dicen que los acompañe a la comisaría, y que se iba hacer un parte porque el otro policía se había demorado demasiado, por lo que suben al patrullero en la parte posterior. ***x***) Esa noche estaban ella, su esposo, el que se bajó de la camioneta serenazgo y el policía que vino después en el patrullero. ***xi***) Su esposo al momento de la intervención estaba mareado. ***xii***) Ella fue a la comisaría en el momento que vino el patrullero, en ese momento ella no vio ninguna agresión. ***xiii***) En la comisaria lo hicieron ingresar primero a su esposo, porque tenía que estar ahí para su declaración y a ella la llevaron a otro salón para que espere. ***xvi***) Luego, escuchó bulla, y vio que a su esposo dos serenos lo estaban agarrando de los hombros y un policía le estaba esposando las manos. x***v***) Le esposaron las manos, porque le dijeron que tenía que ir a dosaje etílico, y él no quería ir porque no había cometido ningún acto malo. ***xvii***) Le dijeron que en el dosaje iban a demorar una hora, y ella se fue a su casa. ***xviii***) Ella ha estado sentada en el vehículo en todo el momento desde que empezaron a beber hasta que la policía los intervino. x***ix***) Cuando bajó la primera persona del vehículo de serenazgo, el conductor de serenazgo estaba sentado en su vehículo. ***xx***) El agraviado estaba con ropa oscura, ***pero el agraviado Moreyra no estaba con uniforme policial. xxi***) El acusado se encontraba sentado con una botella entre las piernas y un vaso de cerveza lleno en sus manos. ***xxi***) El acusado en ningún momento encendió el vehículo mientras bebía el licor. ***xxii***) El acusado no golpeó al agraviado Moreyra Dávila mientras estuvo presente ella. x***xiii***) Cuando los intervi-

nieron los del vehículo de serenazgo, el motor del vehículo estaba apagado; y la luz de salón del vehículo estaba encendida. ***xxiv***) Cuando escuchó los gritos en la comisaría, era que a su esposo lo estaban enmarrocando. ***xxv)*** Su esposo pedía llamar a un abogado o a su papá, pero no le dieron las facilidades para hacer esa llamada. ***xxvi***) Mientras bebían licor, la puerta de su vivienda no estaba abierta. ***xxvii***) Su esposo no escupió al agraviado Moreyra, ni le dio golpes en el estómago al agraviado, es más, ni siquiera hubo golpes. ***xxviii***) *La primera vez que vino ella a audiencia, estuvo en la parte de afuera con otras personas que estaban citadas para este juicio y vio al señor Moreyra Dávila conversar con otros testigos antes de sus declaraciones y después que salieron, además el señor Moreyra Dávila tenía un papel que leía caminando de arriba para abajo.* ***xxix***) *Después vino un joven que también venía a declarar, entonces Moreyra le dio el papel que tenía al joven que era de serenazgo, para que sus declaraciones sean iguales y el joven empezó a leer, pues el otro policía le dijo que no podían equivocarse, que todo tenía que ser igual, porque sino iban a perjudicar al joven Moreyra.*

5.6. Declaración de ***Giuliano Harold Caballero Gallegos,*** quien señaló que*:*

i) El día ocho a nueve de junio trabajó en seguridad ciudadana de Cerro Colorado. ***ii)*** En la madrugada del nueve de junio del dos mil nueve, recuerda vagamente, reconoce de vista al acusado por una intervención porque estaba en actitud sospechosa. ***iii) La actitud sospechosa consistió en que el vehículo estaba parado, al parecer esperando algo o alguien en una zona oscura, de poca visibilidad iv***) El estaba con su copiloto el señor Macedo, y de apoyo un sub oficial de la comisaría de Zamácola. ***v)*** En el lugar de los hechos a la hora de intervención cuando se bajó encontró en el vehículo sólo al acusado. ***vi***) No recuerda la hora aproximada de la intervención, el acusado le estaba reclamando al sub oficial por la intervención, percatándose que había botellas dentro del auto, y por el aliento del acusado, supo que estaba en estado etílico. ***vii)*** El acusado no quiso darle los documentos

al suboficial, por lo que éste se puso más *arraigado* hacia el acusado, pero éste de todas maneras no quiso dar los documentos, por lo que él fue a su unidad para pedir apoyo; primero vino el supervisor de turno y dijo que se le brinde apoyo al suboficial y se retiró, llegando otra unidad de serenazgo pero no participó, posteriormente vino un patrullero de Zamácola, y de ahí fueron a la comisaría de Zamácola. ***viii)*** El sub oficial vestía una casaca verde que cree que es de la policía, kepí, pantalón y zapatos. ***ix)*** Se bajó un policía de la camioneta, le pidió sus documentos, pero el oficial logró convencer al acusado y se lo llevó a la comisaría, ***x)*** En la comisaría ***el acusado estaba agresivo, no quería apoyar con la documentación, por lo que decidieron mandarlo a hacer el dosaje etílico, momento en el cual agredió al suboficial dándole un cabezazo. xi) La agresión al agraviado fue frente a la comisaría. xii)*** Había una señora que decía ser pareja del acusado, pero no recuerda cómo llegó ésta a la comisaría. ***xiii) Se colocaron grilletes al acusado para llevarlo al dosaje etílico*** porque mostraba agresión, ya que lo había golpeado al suboficial. ***xiv) Al acusado lo forcejearon para ponerle las marrocas porque no quería subir a la camioneta, lo estaban forzando, por lo que tuvo que darse la vuelta para ayudar por dentro, pero no vio lo que pasó. xv)*** Posteriormente sabía que el acusado se había quedado en la comisaría, y ellos regresaron a la mañana siguiente para dar su manifestación. ***xvi)*** No recuerda cómo estaba vestido el policía que intervino, pero generalmente los policías vienen uniformados. ***xvii)*** Él trabajó como dos años y medio realizando intervenciones en estado ebriedad, ***y en esos casos la policía llevaba el vehículo a la comisaría según el caso. xviii)*** Cree que la puerta de la casa donde estaban estacionado el vehículo estaba carrada. ***xix)*** El acusado escupió al agraviado. ***xx)*** Al acusado se lo llevaron en el patrullero de la policía a la comisaría. ***xxi***) Ellos estaban en el vehículo de serenazgo. ***xxii) Cuando estaban en la comisaría lo forcejearon él, su compañero y el agraviado para ponerle las marrocas y subirlo a la camioneta. xxiii) No puede precisar si golpeaban o no al acusado en la parte de atrás del***

vehículo mientras lo conducían al dosaje etílico porque él estaba manejando. xxiv) Él vio las botellas de cerveza porque estaba a un costado del vehículo, no estaba tan oscuro, vio las botellas por la circulina de vehículo de serenazgo.

SEXTO. HECHOS Y VALORACIÓN PROBATORIA.-

6.1. En principio, toda sentencia, dentro de los marcos exigidos por el artículo 394.3(2) del Código Procesal Penal, debe contener la motivación clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dan por probadas o improbadas y la valoración de la prueba que la sustenta, con la indicación del razonamiento que la justifique.

6.2. Debiendo establecerse con carácter previo, que este Juzgado, **sólo puede valorar** la prueba actuada en juicio; este límite a la valoración probatoria no es una decisión dejada al arbitrio del juez, sino más bien, que se halla normada en el Artículo 393° del Nuevo Código Procesal Penal, que establece "(...) ***1. El Juez Penal no podrá utilizar para la deliberación pruebas diferentes a aquellas legítimamente incorporadas en el juicio".***

---

2 Artículo 394 Requisitos de la sentencia.- La sentencia contendrá: 1. La mención del Juzgado Penal, el lugar y fecha en la que se ha dictado, el nombre de los jueces y las partes, y los datos personales del acusado. 2. La enunciación de los hechos y circunstancias objeto de la acusación, las pretensiones penales y civiles introducidas en el juicio, y la pretensión de la defensa del acusado. 3. La motivación clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dan por probadas o improbadas, y la valoración de la prueba que la sustenta, con indicación del razonamiento que la justifique. 4. Los fundamentos de derecho, con precisión de las razones legales, jurisprudenciales o doctrinales que sirvan para calificar jurídicamente los hechos y sus circunstancias, y para fundar el fallo. 5. La parte resolutiva, con mención expresa y clara de la condena o absolución de cada uno de los acusados por cada uno de los delitos que la acusación les haya atribuido. Contendrá además, cuando corresponda el pronunciamiento relativo a las costas y lo que proceda acerca del destino de las piezas de convicción, instrumentos o efectos del delito. 6. La firma del Juez o Jueces. (el resaltado y subrayado es nuestro).

6.3. Luego, resulta fundamental referirse al *principio de correlación entre acusación y sentencia,* según el cual, ***no*** se exige que los hechos acusados presenten una *identidad absoluta* con los que se tengan por demostrados, sino que lo que se pretende es que **en la sentencia no se produzcan variaciones al marco fáctico que se imputó,** que afecten o impidan el ejercicio de una adecuada defensa, es decir no puede haber variaciones ***en el núcleo esencial de la acusación***, lo que constituye el verdadero debate, el *thema probandum.*

6.4. Antes de ingresar a la evaluación integral de la prueba, es preciso dejar claramente definido el **objeto del debate,** a tal efecto, **las partes acordaron *dar por probado* (convenciones probatorias) que:**

6.4.1. El acusado Neder Jarry Gutierrez Chipana el día de los hechos estaba ebrio, con un grado de alcoholemia de 1.96 gramos de alcohol por litro de sangre, por ende ***SE TIENE POR PROBADO*** que ***el día de los hechos el acusado se encontraba en estado de ebriedad.***

6.4.2. El agraviado Jorge Lenín Moreyra Dávila, el día de los hechos tuvo un resultado negativo para alcoholemia, por lo que ***SE TIENE POR PROBADO*** que ***el día de los hechos el agraviado no se encontraba en estado de ebriedad.***

6.5. Así, en atención a los fácticos propuestos por el representante del Ministerio Público, y a las convenciones probatorias señaladas, podemos delimitar el ***núcleo esencial de la acusación de este sumario,*** en la siguiente premisa probatoria*:*

a) Si el día nueve de junio del dos mil nueve, Neder Jarry Gutiérrez Chipana, en estado de ebriedad, condujo el vehículo de placa de rodaje EH-9589, esto es, retrocedió dicho vehículo con las luces apagadas.

b) Si el día nueve de junio del dos mil nueve, Neder Jarry Gutiérrez Chipana, impidió –con conciencia y voluntad– y emplean-

do violencia, llevar a cabo la intervención policial del SO3 PNP Jorge Lenin Moreyra Dávila, a quien le causó lesiones.

6.6. Conforme a las premisas probatorias, es claro que el fundamento fáctico de la imputación, se divide en ***dos incriminaciones***, la señalada en el acápite a) relacionada con el delito de peligro común; y, la segunda, la signada con el acápite b), que atañe al delito de violencia y resistencia a la autoridad.

6.7. ***Respecto al delito de peligro común,*** en agravio de La Sociedad. Es preciso indicar que el análisis probatorio, debe iniciarse con el examen de los medios de prueba en referencia a este delito dado que éste es el hecho, que dio inicio a la cadena de sucesos que culminaron con el *factum* que postula el Ministerio Público como delito de violencia y resistencia a la autoridad.

6.7.1. Conviene recordar con carácter previo que la conducta típica de la conducción en estado de ebriedad consiste en: *"Conducir, operar o maniobrar un vehículo motorizado, en estado de ebriedad"*. Luego, la configuración legal de este tipo penal, consiste en que el vehículo motorizado debe ser *desplazado en el espacio*, por lo que es necesaria la *conducción, lo que exige la puesta en marcha del objeto de riesgo, además que el vehículo motorizado tiene que estar operativo, es decir funcionalmente idóneo.*

6.7.2. Para el cuadro fáctico fijado por este Despacho, resulta importante referirse a la declaración del agraviado SO3 PNP Jorge Lenin Moreyra Dávila, quien al respecto, dijo resumidamente, *que lo que motivó su intervención, con apoyo del serenazgo, fue la actitud sospechosa al ver un vehículo retroceder con las luces apagadas y que paró al notar su presencia, luego que avanzara unos veinte o cincuenta metros.*

No obstante, esta Judicatura, ha percibido que la versión del precitado efectivo policial, ha sido ***desmentida o contradicha,*** por los testigos presenciales, miembros de serenazgo, quienes conjuntamente con el agraviado efectuaron la intervención del acusado. Así, en primer término, sobre el desplazamiento del vehículo que

se atribuye que conducía el acusado – lo que es trascendental a la configuración del delito – el agraviado, dijo que vio *retroceder* el vehículo, sin embargo los testigos Karl Vladimir Macedo Pallo *(operador del vehículo de serenazgo)* y Giuliano Harold Caballero Gallegos *(conductor del vehículo de serenazgo)* dijeron en suma que, la actitud sospechosa que dio origen a la detención, consistió en que vieron un vehículo ***mal estacionado***, pues el primero de los mencionados testigos dijo que vio un vehículo que no estaba ***correctamente cuadrado***, es decir no estaba ***estacionado*** ni en la vereda ni en la pista; del mismo modo, el segundo de los testigos sostuvo que el vehículo estaba ***parado, al parecer esperando algo o a alguien en una zona oscura.***

Es de señalar que la advertida contradicción **ha fundado serias dudas** sobre el suceso incriminado, es decir si el día de los hechos el acusado *–quien ciertamente se encontraba en estado de ebriedad conforme lo han convenido las partes–* condujo o no el vehículo de placa de rodaje EH- 9589 en estado de ebriedad, pues de un lado tenemos la versión del agraviado, contradicha por testigos presenciales, que participaron con éste en la intervención al acusado.

Es de tener en cuenta, que para la valuación de los testimonios de cargo, se ha ponderado la calidad y versación de quienes han declarado en el juicio, así pues el agraviado es miembro de la Policía Nacional del Perú, por ende con preparación suficiente para efectuar intervenciones en el cumplimiento de sus funciones, así como para poseer el conocimiento de los procedimientos a seguir en caso, que como este, se interviene por conducción en estado de ebriedad; en cuanto a los miembros de serenazgo, éstos tiene instrucción suficiente y no se evidenció padecimiento alguno que afectara sus sentidos. Es decir los testigos tienen capacidad suficiente para conocer lo que están declarando. Por tanto, ***no hay explicación razonable, para que, quienes observaron un mismo hecho, lo describan tan disímilmente.***

6.7.3. Pero este Despacho, además también percibió otras contradicciones, de menor gravedad, pero que igualmente evidencian

discrepancia en las versiones de los deponentes, que van más allá de la natural falibilidad humana. Así se tiene que el señor Moreyra Dávila refirió que había alumbrado público en el lugar de la intervención, *luz suficiente*, sin embargo según Giuliano Caballero, el vehículo en referencia, estaba en una zona oscura, precisamente eso motivó la sospecha que provocó la intervención del acusado; asimismo el efectivo policial Miguel Antonio Condori Bedregal, manifestó que en el lugar de la intervención, no se hizo el acta por la oscuridad del lugar. Igualmente, se evidenció contradicción en la hora del acta de intervención del vehículo y registro personal al acusado, que consignan como hora del acta, la 1:10 de la madrugada, sin embargo el propio efectivo policial Moreyra Dávila, ***reconoció*** que esas actas se elaboraron recién al llegar a la comisaría, después de casi una hora, entonces ***esas actas no reflejan la hora cierta de la intervención***. Igualmente, respecto de las llaves de contacto, el agraviado Moreyra Dávila dijo que él le quitó las llaves de contacto del auto, porque el acusado quiso darse a la fuga, sin embargo, el testigo Karl Vladimir Macedo indicó que el acusado Gutiérrez Chipana, ***cerró su carro, antes de ser conducido a la comisaría,*** y el testigo Macedo señaló que el acusado prendió su vehículo, por lo que Moreyra Dávila metió el brazo hacia el auto y sacó la llave de contacto; entonces surge la cuestionante, de *¿cómo es que después de haberle quitado las llaves de contacto del auto al acusado, éste cierra su vehículo para ir a la comisaría?.*

6.7.4. También se ha constatado peliagudas inconsistencias en la declaración del señor Moreyra Dávila, tales como que no supo dar una explicación coherente sobre la incautación que efectuó de la citadas llaves de contacto del vehículo materia de la intervención, ya que no sabía a quién entregó tales llaves, pues inicialmente dijo que se las había dado al operador de serenazgo, luego señaló que se le había entregado al Brigadier Paredes, para finalmente decir, que no recordaba, incluso se advirtió en el juicio, que ni siquiera se elaboró una acta de entrega de las referidas llaves de contacto, lo que no es razonable escuchar de un efectivo policial con experiencia previa en intervenciones policiales.

6.7.5. Un aspecto que no puede pasar desapercibido para esta Judicatura, es el procedimiento efectuado por el señor Moreyra Dávila en su intervención policial por el delito de peligro común, el que conforme la tesis de la defensa es uno de suyo irregular; así, cuando se realiza la intervención en casos de conducción de vehículos en estado de ebriedad, se debe trasladar el vehículo y a la persona intervenida a la comisaría correspondiente como lo señala el procedimiento policial(3) - Directiva 03-09-2008-DIV POLTRAN-PNP-B. Así lo ha corroborado el efectivo policial Miguel Antonio Condori Bedregal, procedimiento que en este caso no realizó el SO3 PNP Jorge Lenin Moreyra Dávila, como él mismo ha reconocido al señalar: ***que si bien el procedimiento ante una intervención como la que realizó, el vehículo se lleva a la comisaría, en este caso no fue así,*** al respecto el agraviado ***no dio una explicación lógica de tal proceder,*** pese a que conocía de la obligatoriedad de tal procedimiento, lo que sumado a la irregularidad sobre la incautación de las llaves de contacto del aludido vehículo, permite afirmar que la intervención de Moreyra Dávila, no se encuentra conforme a los procedimientos legalmente instaurados, por ende su intervención está viciada de anormalidad.

Asimismo, la citada normativa policial, también establece(4) que, en caso el intervenido por conducción en estado de ebriedad, se

---

3 Directiva 03-09-2008-DIV POLTRAN-PNP-B. (Vigente al momento de los hechos). Esta directiva nos dice que el efectivo policial que intervenga a un conductor, que presuntamente se encuentre bajo los efectos del alcohol o estupefacientes, adoptará las medidas de seguridad necesarias a fin de proteger su integridad física y lo pondrá a disposición de la Comisaría del sector, disponiendo el traslado del vehículo a la comisaría de la jurisdicción, de conformidad con el Art. 330.1 del DS-016-2009-MTC.

4 Directiva 03-09-2008-DIV POLTRAN-PNP-B. (Vigente al momento de los Hechos). Esta normatividad nos dice que en caso el conductor desobedezca la orden de realizarse un análisis de sangre o de otros fluidos corporales, que tengan por finalidad determinar el nivel, porcentaje o ingesta de alcohol, drogas tóxicas estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas, pre-

negase a someterse al examen respectivo de alcoholemia, previa formulación del acta respectiva y conocimiento del fiscal de turno, se formulará el documento policial por el presunto delito de desobediencia a la autoridad, más la norma, **no autoriza a conducir por la fuerza al intervenido a la práctica del referido examen,** ya que ello constituiría afectación a los derechos fundamentales de todo ciudadano.

6.7.6. Otra irregularidad, es respecto a que la intervención policial debe cumplirse según lo dispuesto en la Ley de Régimen Disciplinario de la PNP - Ley N° 29356([5]), que deroga la Ley 28838 - y, la ley 27238([6]), respecto a los distintivos externos oficiales que se debe portar (uniforme), pues resulta pertinente resaltar que ante la intervención del efectivo Moreyra Dávila el imputado reaccionó de una forma, que se reputa de agresiva. Sin embargo, cuando se acercó el Brigadier Paredes Cerpa, el acusado no reaccionó del mismo modo, es decir agresivamente, sino que a éste, a Paredes Cerpa, segundo efectivo policial, sí le entregó los documentos del vehículo, esto viene corroborado unánimemente con las declara-

---

via formulación del acta respectiva y conocimiento del Fiscal de Turno se le formulará el Atestado Policial por presunto Delito de Resistencia o Desobediencia a la autoridad (Art. 368 Código Penal). Conforme al Art. 328 del DS-016-2009-MTC.

5 Art. 13°, inciso 3°.- Distintivos de mando y autoridad.- Los distintivos de mando y autoridad son los siguientes: 1. El Uniforme reglamentario y el carnet de identidad, son distintivos exclusivos del personal de la Policía nacional del Perú. 2. El personal de la Policía Nacional del Perú, lleva el armamento y uniforme reglamentario o el traje civil que corresponda, de acuerdo a la modalidad de servicio que preste. 3. El carnet de identidad personal, debe ser portado en todo momento.

6 Art. 5° - Símbolos y distintivos de mando y autoridad. Son símbolos de la Policía Nacional del Perú, su Estandarte, Emblema e Himno Institucional. El uniforme reglamentario y el carnet de identidad de la Policía Nacional del Perú son distintivos de autoridad y mando de uso exclusivo del personal policial. Ley Orgánica de la Policía Nacional del Perú - Ley 27238.

ciones de todos los testigos, lo que funda duda sobre si el policía Moreyra Dávila se identificó debidamente y si portaba los distintivos de ley (uniforme), lo que naturalmente podría haber inducido a error al imputado, quien estaba en estado de ebriedad pues como éste declaró, creyó que era personal de serenazgo ya que lo vio bajar de la camioneta de serenazgo y sólo se percató que era efectivo policial una vez que el efectivo Condori le indicó que tienen que ir a la Comisaría para hacer un parte en razón que quien lo intervino, Moreyra Dávila, se había ausentado por más de dos horas. Este acápite también será analizado en el momento de verificar el supuesto de hecho para el delito de violencia y resistencia a la autoridad

6.7.7. Resumidamente podemos decir que si bien está probado que el día de los hechos el acusado se encontraba en estado de ebriedad, con un grado de alcoholemia de 1.96 gramos por litro de sangre ***NO SE HA PROBADO*** que el acusado haya estado conduciendo (*retrocediendo*) el vehículo de placa de rodaje EH-9589, pues lo manifestado por los testigos no ha causado convicción judicial a este despacho, puesto que no se tiene la certeza de que el acusado haya conducido su vehículo el día de los hechos.

6.7.8. Debiendo indicar que el hecho de estar sentado en el vehículo consumiendo licor, si bien es reprochable dentro del campo de la ética, buenas costumbres, escapa del ámbito de protección de la norma en comento. Asimismo, el hecho de prender o encender el motor, tampoco llena el tipo penal de peligro común, el que si bien es un delito de mera actividad, esa actividad consiste en desplazarse en un vehículo motorizado, lo que no ha quedado acreditado en este caso.

6.8. ***Respecto al delito violencia contra la autoridad en su forma agravada,*** en agravio del SO3 PNP Jorge Lenin Moreyra Dávila *(premisa probatoria b);* debemos decir que de la imputación de la fiscalía, se colige que la intervención efectuada por el agraviado, se produjo en razón que el acusado Neder Jarry Gutiérrez Chipana se encontraba ***conduciendo*** un vehículo en estado de ebriedad,

y con tal motivo el acusado le impidió violentamente ejercer sus funciones, debiendo entonces verificarse si se produjo un ***atentado contra la autoridad estatal*** encarnada en el SO3 PNP Jorge Moreyra Dávila.

6.8.1. Con tal fin se actuó en juicio, el testimonio del propio Moreyra Dávila, quien sostiene que al intervenir al acusado, éste lo insultó incluso lo agredió físicamente, pues le propinó *dos golpes de puño a la altura del abdomen, a más de que al trasladar al enjuiciado para la realización del examen de dosaje etílico, el encartado volvió a escupirle en el rostro y le dio dos cabezazos a la altura de labios.*

6.8.2. Luego, resulta fundamental, indicar que el delito de peligro común, ***no ha quedado probado, por las contradicciones e inconsistencias en el dicho del precitado agraviado, en contraste con la demás prueba de cargo, además de evidenciarse anormalidad en el proceder policial,*** por la falta de justificación de los procedimientos policiales dejados de seguir en este caso y que correspondían definitivamente aplicarse *(ver acápite 6.7.2. a 6.7.6.);* todo lo que incide definitivamente en el supuesto fáctico que sustenta la imputación fiscal en este extremo *(delito de violencia y resistencia a la autoridad),* pues si el delito que da inicio a la intervención policial no está acreditado y la intervención de la autoridad, se tornó en irregular o anómala –conforme se ha señalado en el punto *6.7.2. al 6.7.6.*– entonces, *¿Qué función cumplió el sujeto pasivo específico, Moreyra Dávila ?. ¿Acaso es posible que la autoridad, pueda intervenir sin límite alguno?.* Desde luego que no, pues la autoridad entendida como modalidad institucionalizada del poder y como facultad de cierta clase de sujetos que en sus actividades expresan la voluntad del Estado *(concepto subjetivo – funcional),* queda limitada precisamente en el elemento normativo: *Adecuado o legítimo ejercicio de la función,* es decir actuar dentro del marco reglado de la actividad funcional.

6.8.3. Ahora bien, concierne referirse sobre el aspecto, que este Despacho considera importante para dilucidar el asunto, ese asunto es precisamente si el efectivo policial Moreyra Dávila, es-

taba habilitado funcional y legítimamente para intervenir al acusado, quien se encontraba tomando licor en la vía pública dentro de su automóvil, ello desde luego y como ya se ha fundamentado, *no constituye una acción que merezca reproche penal*, sin embargo un miembro de la Policía Nacional del Perú, puede requerir **identificación de cualquier ciudadano,** esto es de ejercer control sobre la identidad de la persona**,** esa función se enmarca en la esfera de acción conferida a la Policía Nacional en un primer campo de acción vinculado a la prevención de los peligros que amenazan a la seguridad pública o al orden público, su actividad, tiene carácter conjurador *(preventivo),* y que inclusive halla regulación en el Código Procesal Penal en su artículo 205°[7], que autoriza a la detención del intervenido. El segundo campo de acción de la policía, está circunscrito a su concepción como órgano para la investigación y esclarecimiento de delitos, con funciones represivas. De ambas cualidades, se desprenden dos funciones complementarias de prevención: Evitar materialmente la comisión de delitos y, la función de represión en el uso de la fuerza pública a fin de detener a los sospechosos de l*a notitia criminis* y de ponerlos a disposición de los órganos de justicia.

6.8.4. Entonces, de lo anotado podemos concluir que se atribuye al acusado la intervención en el segundo campo de acción, **por verificar en flagrancia la comisión del delito de peligro común, lo que sin embargo, *reiteramos, el delito de peligro común no ha sido probado.*** No obstante, el requerir documentación al agraviado, se encuadra en las funciones legalmente conferidas a la autoridad policial –esfera del primer campo de acción policial– claro que ello bajo el *presupuesto de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad* que se exige en todo acto de intervención

7 Artículo 205.- La Policía, en el marco de sus funciones, sin necesidad de orden del Fiscal o del Juez, podrá requerir la identificación de cualquier persona y realizar las comprobaciones pertinentes en la vía pública o en el lugar donde se hubiere hecho el requerimiento..."

estatal y en orden a las circunstancias del caso, precisamente este aspecto es el que ha relievado la tesis de la defensa, al afirmar que *el agraviado no vestía el uniforme policial por lo que su defendido, no le reconoció autoridad, a más que la intervención era irregular al no verificarse la comisión de delito alguno.* Bien, debemos decir que un miembro de la Policía Nacional del Perú, aún vestido de civil –como se dice en términos coloquiales–, igual tiene potestad para intervenir en casos de delitos y prevenirlos, **pero en este caso,** esos ***NO son los hechos acusados*** – los que consisten en la intervención policial por comisión de un delito, peligro común - ***por lo que este despacho está vedado de agregar, modificar o adicionar sustancialmente el factum que postula el Ministerio Público en este extremo, de hacerlo se vulneraría el principio de correlación entre acusación y sentencia,*** y es que los hechos sobre los cuales se funda la acusación son elementos integrantes del objeto procesal([8]), y como indica Sierra Domínguez([9]) no se pueden modificar sin límite alguno, lo contrario supondría dejar al imputado en la mayor indefensión. Entonces, debe respetarse como mínimo dos elementos esenciales de la pretensión punitiva: **Los hechos objeto del proceso y el imputado**, por esta razón, el órgano jurisdiccional no puede introducir en el proceso, hechos distintos, **ni condenar o absolver sobre hechos sobre los que no ha versado el proceso.**

En tal sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia, en el Acuerdo Plenario Vinculante 01-2005/ESV-22, que en el tercer fundamento jurídico del Recurso de Nulidad Número 224-2005, determina que: *"Que si bien es cierto que – con arreglo al principio acusatorio – la sentencia condenatoria no puede sobrepasar el hecho*

8 En este sentido, Gutiérrez de Aviedes: La correlación entre acusación y sentencia. Pag. 520; Aldana Pérez Morales. Correlación entre acusación y sentencia. Pág. 23 y 24.

9 Sierra Domínguez, M. "El Juicio Oral". En Estudios de Derecho Procesal Penal, Barcelona. Pàg. 776

y la circunstancias del mismo – esto es, en este último supuesto "las situaciones que rodean, que están alrededor del hecho, o que suponen especiales condiciones del auto"-, fijadas en la acusación y materia del auto de enjuiciamiento, lo que constituye un límite infranqueable para el tribunal de instancia (...)". (El subrayado es nuestro).

Igualmente, el Tribunal Constitucional ha establecido que ([10]): *"La constitucionalidad del principio acusatorio, que informa el enjuiciamiento en el proceso penal, ha sido reconocida por ese Tribunal [Exp. 1939-2004-HC, Ricardo Ernesto Gómez Casafranca, Exp. 3390-2005-HC, Jacinta Margarita Toledo Manrique]. La vigencia del principio acusatorio imprime al sistema de enjuiciamiento determinadas características: "a) Que no puede existir juicio sin acusación, debiendo ser formulada ésta por persona ajena al órgano jurisdiccional sentenciador, de manera que si ni el fiscal ni ninguna de las otras partes posibles formulan acusación contra el imputado, el proceso debe ser sobreseído necesariamente;* ***b) Que no puede condenarse por hechos distintos de los acusados ni a persona distinta de la acusada;*** *c) Que no pueden atribuirse al juzgador poderes de dirección* ***material*** *del proceso que cuestionen su imparcialidad" [Gómez Colomer, juan-Luis. El Proceso Penal en el estado de Derecho. Diez estudios doctrinales. Lima, Palestra, 1999]".* (El resaltado es nuestro).

Sobre esa base normativa, tenemos que el hecho imputado consiste en **la *intervención al acusado por comisión del delito de peligro común,*** ese hecho, **no podríamos mutarlo o variarlo al hecho de intervención policial con fines de prevención u otro similar (control de identidad, por ejemplo),** ya que incluso el propio agraviado sostuvo que su intervención se materializó ante la observancia de que el acusado *retrocedió su vehículo, en estado de ebriedad.*

6.8.5. Entonces, siguiendo la línea argumentativa propuesta, si no hay delito de peligro común, por qué intervino el agraviado

10 EXP. N.º 2005-2006-PHC/TC. Lima. Manuel Enrique Umbert Sandoval.

específico, incluso *retiró él mismo la llave del contacto,* del automóvil del acusado, no pudiendo explicar porqué no realizó el acta correspondiente ni a quién entregó esas llaves de contacto, además, que no condujo a la comisaría tal vehículo, contraviniendo de este modo el procedimiento policial normado (Directiva N° 03-09-2008-DIVPOLTRAN-PNP-B), inclusive, empleando ***fuerza*** *(que puede entenderse como violencia contra el acusado),* trasladó al enjuiciado a la práctica del dosaje etílico *(Jorge Moreyra Dávila sostiene que como el acusado no quería pasar el dosaje etílico lo enmarrocaron, igualmente han manifestado los testigos Giuliano Caballero Gallegos y Karl Vladimir Macedo Pallo miembros de serenazgo)* quebrantando disposiciones policiales al respecto –la referida directiva, establece que en caso de negativa, se procede a formular el respectivo atestado policial por desobediencia a la autoridad, pero no autoriza el empleo de fuerza alguna contra el ciudadano intervenido– precisamente esa normativa es la que regula la actividad policial, y que establece los límites en el accionar como autoridad para esta clase de intervenciones, todo lo que ha sido vulnerado por Jorge Moreyra Dávila, pues ello además constituye un atentado al respeto a los derechos humanos, **tornando así en ilegítima y desmedida su intervención como autoridad,** ***por tanto podemos concluir que el precitado agraviado específico, no estaba habilitado para proceder como lo hizo frente al acusado,*** más aún teniendo en cuenta que el imputado ciertamente se encontraba en estado de ebriedad, y que horas después a su intervención, proyectó un resultado de alcoholemia de 1.96 gramos de alcohol por litro sangre, es decir se encontraba en el tercer período de ebriedad denominado ***ebriedad absoluta***, que se caracteriza por excitación, confusión, agresividad y pérdida de control, ello según la Tabla de Alcoholemia que constituye anexo a la Ley 27753; así, es nomotético que una persona que se encuentre en un estado de ebriedad en la cantidad que estuvo el acusado, reaccione con mayor ofuscación, que una persona que se encuentra sobria, ante una intervención policial que la considera irregular, desde luego que no justificamos de modo alguno faltamiento a la auto-

ridad, pero sí requerimos que esa autoridad actúe legítimamente, precisamente eso es lo que faltó en el actuar de Moreyra Dávila, de quien incluso existen serias dudas si se encontraba con uniforme policial o no, al momento de intervenir al acusado, lo que adquiere relevancia, desde que la tesis de la defensa y que podemos resumir en la siguiente interrogante *¿Por qué el acusado no le entregó los documentos a Jorge Moreyra y sí lo hizo al Brigadier Paredes Cerpa, también miembro de la Policía Nacional?*

Podría ser que Moreyra no vistiera el uniforme policial y por eso el acusado no le reconoció autoridad?. Esa cuestionante, sí es posible desde la versión de la perito Rosa Amelia Carrasco Tejada, quien en juicio indicó que **el agraviado Jorge Lenin Moreyra Dávila, se presentó al examen médico legal, sin documentos personales,** no se identificó con documento alguno, y de haber estado uniformado el agraviado y de ser efectivo policial, lo hubiera consignado en el rubro de observaciones, hecho que se consigna cuando son miembros de la Cruz Roja, bomberos y policías. El hecho de que Moreyra no portara documento de identidad, desde ya constituye una infracción al Régimen Disciplinario de la PNP conforme se ha citado anteriormente, Ley N° 28338, artículo 12°, ello también ha provocado dudas sobre cómo es que intervino Moreyra Dávila, entonces la tesis de la defensa se consolida en este extremo, restando así creencia en el agraviado y en suma a la imputación de la fiscalía.

6.8.6. Un aspecto más que merece evaluación, es el referido a las lesiones sufridas por el agraviado específico Jorge Lenin Moreyra Dávila, que son innegables, pero es de tener en cuenta que las versiones dadas por los testigos no coinciden en el momento de producción de tales heridas (ver rubros 5.3 y 5.6), pues según el testigo *Karl Vladimir Macedo Pallo* la agresión fue dentro del vehículo del serenazgo, sin embargo, el testigo Giuliano Caballero Gallegos refirió que la agresión a Moreyra Dávila fue frente a la Comisaría cuando lo forcejeaban pues se negaba a someterse a la prueba de dosaje etílico.

6.8.7. Conjuntamente el acusado Neder Jarry Gutiérrez Chipana también sufrió lesiones, que no han podido ser explicadas razonablemente por Moreyra Dávila, quien indicó que el acusado Neder Jarry Gutiérrez Chipana se autolesionó dándose de cabezazos en el marco de la puerta del vehículo de serenazgo, el testigo Giuliano Caballero Gallegos señala que no sabe cuándo se causaron tales lesiones, pues es probable que se hayan ocasionado cuando él ayudó a subirlo a la camioneta hay otro testigo también efectivo policial, Miguel Condori Bedregal, que refiere que no vio lesiones. Es preciso repetir que esa violencia para conducir al acusado para el examen de dosaje etílico, se halla proscrita por la normatividad policial pertinente – precisamente por vulnerar derechos fundamentales.

6.9. Todas esas contradicciones e imprecisiones, sumadas a la irregularidad funcional en el actuar de Moreyra Dávila como miembro de la Policía Nacional, han provocado dudas sobre si las lesiones que padeció por el acusado *(quien reconoce haber propinado sólo dos cabezazos en la cara del agraviado)* **fueron con ocasión de defensa o de ofensa** que incide en el elemento subjetivo dolo, que exige la configuración de esta clase de delitos; respecto a este punto cabe mencionar que la acción típica en este delito es impedir a la autoridad, mediante acción violenta, ejercer sus funciones, pero si la acción de la autoridad es irregular y/o ilegitima, no es razonable pedirle a un ciudadano, que acepte la violencia o actos agraviantes que ejerza la autoridad, incluso la normatividad penal en su artículo 368°([11]) excluye de sanción la resistencia puesta en práctica ante la orden de detención, más aun tratándose de intervención irregular, lo que es importante para este caso.

---

11 "Artículo 368.- El que desobedece o resiste la orden legalmente impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones, salvo que se trate de la propia detención, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis meses ni mayor de dos años".

6.10. Conclusión: De todo ello, se tiene que NO SE HA PROBADO que el día nueve de junio del dos mil nueve, Neder Jarry Gutiérrez Chipana, impidió con conocimiento y voluntad, a la autoridad ejercer funciones, ejercidas en este caso por el SO3 PNP Jorge Lenin Moreyra Dávila.

6.11. Es así que del canon de valoración de la prueba, bajo principios de objetividad, sistematicidad, profundidad, racionalidad y logicidad, se ha derivado, en síntesis, la siguiente fundamentación probatoria: ***NO SE HA PROBADO que el día nueve de junio del dos mil nueve, Neder Jarry Gutiérrez Chipana, en estado de ebriedad, condujo el vehículo de placa de rodaje EH-9589, esto es retrocedió dicho vehículo con las luces apagadas; ni que ese día Neder Jarry Gutiérrez Chipana, impidió a la autoridad ejercer sus funciones, esto es la intervención policial del SO3 PNP Jorge Lenin Moreyra Dávila, a quien le causó lesiones.***

Y es que toda la actividad probatoria, sólo ha logrado en la Juzgadora el establecimiento de posibilidades, dado que la información obtenida y alcanzada por el Ministerio Público no fue capaz de producir certeza, ya que la imputación no estuvo corroborada con medios probatorios fehacientes e idóneos, pues no basta que se hayan utilizado medios de prueba, sino que es preciso que del empleo de tales medios se llegue a una consecuencia probatoria que permita sustentar racionalmente la culpabilidad y a la vez fundar razonablemente la imputación.

SÉPTIMO.- FUNDAMENTOS DE DERECHO.-

7.1 PRESUPUESTO ABSOLUTORIO: En un proceso penal, *la carga y el deber de la prueba, la tiene de manera exclusiva la parte acusadora y no el inculpado o su defensa.* A quien acusa corresponde pues, y no a la defensa, la realización de esa "actividad probatoria de cargo" necesaria para desvirtuar la presunción de inocencia o establecer la responsabilidad penal de una persona([12]). Al respecto, es perti-

12 Vicente Gimeno Sendra y otros, Derecho Procesal Penal, Editorial COLEX, 1997, Página 95.

nente citar también a Alberto Binder, quien señala que "La construcción (o declaración) de la culpabilidad exige precisión, y esta precisión se expresa en la idea de ***certeza***. Si no se arriba a ese estado, aflora la situación básica de la persona que es de libre de toda sospecha([13]). En este caso, la Fiscalía no ha podido acreditar la imputación que postuló contra **Neder Jarry Gutiérrez Chipana**, de modo que frente a un caso de incertidumbre derivada de la duda subjetiva de los juzgadores o que la prueba reunida no acredite suficientemente la culpabilidad del procesado, es de aplicación el principio de *Indubio Pro Reo – la duda favorece al procesado–*, correspondiendo absolver al precitado enjuiciado, al amparo del artículo trescientos noventa y ocho apartado primero([14]) del Código Procesal Penal.

OCTAVO.- DEL OBJETO CIVIL DEL PROCESO.-

8.1. Normatividad aplicable:

8.1.1. Para fijar la reparación civil se tiene en cuenta lo establecido en el artículo noventa y tres y ciento uno del Código Penal y las normas pertinentes sobre responsabilidad civil extracontractual contenidas en el Código Civil.

8.1.2. El Código Procesal Penal en su artículo 12° establece: *"(...) La sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento no impedirá al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la acción civil derivada del hecho punible válidamente ejercida, cuando proceda.*

---

13 Alberto M. Binder, Introducción al Derecho Procesal Penal, Editorial AD HOC E.R.L., Buenos Aires, Argentina 1993, Pág. 123-124.

14 Artículo 398.1 del Código Procesal Penal: *"La motivación de la sentencia absolutoria destacará especialmente la existencia o no del hecho imputado, las razones por las cuales el hecho no constituye delito, así como de ser el caso, la declaración de que el acusado no ha intervenido en su perpetración, que los medios probatorios no son suficientes para establecer su culpabilidad, que subsiste una duda sobre la misma, o que está probada una causal que lo eximen de responsabilidad penal".*

8.1.3. La Responsabilidad Civil es una obligación de reponer al afectado en una situación igual o similar al que se encontraba antes de que se produzca el daño; es decir, es la obligación de reparar *-indemnizar-* un daño.

8.1.4. La pretensión civil de reparación de daños (indemnización de daños), tiene como elementos constitutivos del supuesto de hecho: daño, b) conducta dañosa antijurídica, c) relación de causalidad adecuada entre la conducta dañosa y el daño, y; d) factor de atribución; siendo el elemento nuclear el daño, el mismo que consiste en una afección negativa de un bien jurídico.

8.2. Pretensión civil:

8.2.1. El Ministerio Público pretende una indemnización a favor del agraviado Jorge Lenin Moreyra Davila por la suma de ***un mil nuevos soles;*** a favor Del Estado representado por el Procurador Público Especializado en Asuntos de la Policía Nacional del Perú la suma de un mil nuevos soles, y ***un mil nuevos soles a*** favor de la Sociedad conforme a lo establecido en el artículo 92° del Código Penal.

8.3. Análisis de la cuestión civil:

8.3.1. Para poder reputar culpable del hecho dañoso que originó la responsabilidad civil, ***debe probarse que la conducta del demandado originó la causa determinante y eficiente del*** daño. En todo caso, quien demande la reparación del daño por responsabilidad contractual o extracontractual deberá acreditar plenamente la ilicitud de la conducta del demandado y el daño que directamente le hubiere causado tal conducta.

8.3.2. En el caso de autos, es de considerarse que en el ámbito penal no ha quedado acreditado que el procesado haya cometido el ilícito de conducir en estado de ebriedad, ni que este haya ejercido atentado violentamente contra la autoridad policial, ergo, tratándose de participación en el hecho incriminado, la premisa probatoria penal, tiene incidencia en el campo civil, dado que no puede

vincularse al procesado objetivamente con el resultado dañoso, concretamente lesiones en Moreyra Dávila.

8.3.3. En tales circunstancias, no se ha probado en sede civil que la conducta del demandado sea la causa del resultado, por el contrario se ha evidenciado un actuar anómalo de la administración que ha provocado una suerte de desorden en su funcionalidad.

8.3.3. Conclusión: Por tanto a juicio de este Despacho, en este caso, no procede imponerse reparación civil al no haberse probado los extremos de la pretensión, por tanto corresponde declararse infundada la misma.

NOVENO.- De las Costas Procesales.-

9.1. El **Artículo 501 del Código Procesal penal, establece que: 1.** Si el imputado es absuelto o no se le impone medida de seguridad, no se impondrá costas.

9.2. Asimismo el Artículo 499° del acotado código, exonera del pago de costas a los representantes del Ministerio Público, los miembros de las Procuradurías Públicas del Estado, y los abogados y apoderados o mandatarios de las partes, así como los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, el Ministerio Público, los Órganos Constitucionalmente Autónomos, los Gobiernos Regionales y Locales, y las Universidades Públicas.

DECIMO.- DE LA REMISIÓN DE COPIAS A INSPECTORIA DE LA POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ.-

10.1. Del análisis probatorio se ha verificado que el SO3 PNP Jorge Lenín Moreyra Dávila, intervino irregularmente a Neder Gutiérrez Chipana, el día nueve de junio del dos mil nueve.

10.2. Tales irregularidades consisten en que:

10.2.1. Pese a que el precitado efectivo policial sostuvo que intervino al acusado por delito de peligro común, **no dispuso el traslado del vehículo a la comisaría correspondiente, ni formalizó acta alguna sobre situación vehicular.**

10.2.2. Tampoco formuló el acta de incautación de las llaves de contacto del vehículo de Gutiétrez Chipana, es más ni siquiera supo decir a quién le entregó tales llaves.

10.2.3. Condujo por la fuerza al acusado *para que se practicara el examen de dosaje etílico, ello con ayuda de personal de serenazgo;* contraviniendo las directivas policiales al respecto.

10.2.4. Personal de serenazgo intervino para reducir y enmarrocar a Neder Gutiérrez Chipana, pese a que ya estaban en la comisaría, sin embargo se permitió que ese personal intervenga, cuando correspondía hacerlo exclusivamente a miembros de la Policía Nacional.

10.2.5. No portaba su carnet de identidad policial, cuando se presentó al Servicio Médico Legal, para ser examinado.

10.2.6. Además, ha quedado probado que la intervención del SO3 PNP Jorge Lenín Moreyra Dávila, no fue regular, por tanto ilegítima, ya que intervino a Neder Gutiérrez Chiapana por supuesto delito de peligro común, cuando los testigos Karl Vladimir Macedo Pallo y Giuliano Caballero Gallegos, **dicen que vieron estacionado el vehículo.**

10.3. Así se ha vulnerado principios **que regulan la actividad policial,** como son el principio de legalidad, **Ponderación y respeto a los Derechos Humanos**.

10.4. Estas irregularidades, ameritan ser puestas en conocimiento al órgano de control de la Policía nacional del Perú, esto es a Inspectoría de dicha institución, a fin investigue al respecto e imponga las sanciones a que hubiere lugar.

10.5. Finalmente, es de tener en cuenta que la Directiva que estaba vigente al momento de la intervención del SO3 PNP Jorge Lenín Moreyra Dávila, y que ha sido citada y ha servido de sustento en esta sentencia es la Directiva 03-09-2008-DIV POLTRAN-PNP-B. Lo que deberá ser considerado, **sin perjuicio de aplicarse la normatividad que corresponda la función policial.**

PARTE RESOLUTIVA

FALLO:

1. **ABSOLVIENDO a NEDER JARRY GUTIERREZ CHIPANA**, de la comisión del delito de Violencia y Resistencia a la Autoridad, previsto en el artículo 365° concordante con la agravante del inciso 3 del artículo 367 del Código penal, en agravio del Estado y del Sub oficial de la policía Nacional del Perú Jorge Lenin Moreyra Dávila; y del delito de peligro común en la modalidad de conducción en estado de ebriedad, previsto en el primer párrafo del artículo 274 del Código penal modificado por la ley 27753, en agravio de la Sociedad.

2. En consecuencia dispongo el **ARCHIVAMIENTO** de la causa, debiendo cursarse las comunicaciones pertinentes a los Registros Distrital y Central de Condenas y demás pertinentes para fines de su registro.

3. Declarando **INFUNDADA** la pretensión civil.

4. Sin costas procesales.

5. **DISPONGO:** La remisión de copias a Inspectoría de la Policía Nacional del Perú, contra el SUB oficial Lenin Moreyra Dávila, para lo cual se cursarán los oficios de su propósito una vez quede la presente sentencia consentida y/o ejecutoriada.

Y por esta mi Sentencia así la pronuncio, mando y firmo en audiencia pública de la fecha.-

IMPUTACIÓN EN EL DELITO DE TID

"No se ha especificado en forma clara cuál sería de estos verbos rectores es el que imputa el Ministerio Público, no hay hechos precisos"

Resolución dictada en audiencia

ACTA DE REGISTRO DE AUDIENCIA DE PRISIÓN PREVENTIVA

EXPEDIENTE	: 1818-2012-39-0401-JR-PE-03
FECHA	: AREQUIPA, 03 DE JULIO DEL 2012
JUZGADO	: TERCER JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA
MAGISTRADO	: JAIME MORENO CHIRINOS
INVESTIGADO	: ROMULO APOLINAR HUARACHA VIZA
DELITO	: MICROCOMERCIALIZACIÓN DE DROGAS
AGRAVIADO	: EL ESTADO
SALA	: SALA DE AUDIENCIAS NRO 03
ESP. DE AUDIENCIAS	: FLAVIO LOAYZA POLANCO
HORA DE INICIO	: 15.00 HRS.
HORA DE TÉRMINO	: 16.04 HRS.

RESOLUCIÓN N° 08-2012

Arequipa, tres de julio del año dos mil doce.-

VISTOS: El requerimiento de prisión preventiva postulado por el Ministerio Público sustentado en esta audiencia, escuchada la defensa técnica de la parte investigada y;

CONSIDERANDO:

Primero: De los hechos materia de imputación.- Tal como se ha expresado en esta audiencia, los hechos imputados corresponden a *"que el día 14 de mayo del año en curso, personal de la policía de la DIRANDRO, realizando acciones de inteligencia, en la zona ubicada entre la calle San Camilo, siendo aproximadamente las 16:30 horas, observaron una persona en actitud sospechosa, indicando que se encontraba nerviosa mirando a distintas direcciones, procediendo a su intervención se ha identificado como la persona de Rómulo Apolinar Huaracha Viza; a quien se le encontró en su poder dos bolsas de plástica anudadas conteniendo cuatro bolsitas de plásticas transparentes, que contenían bolsitas de plástico tipo globito, las que presentaron una sustancia blanquesina purulenta; y, que al efectuarse la prueba de campo de descarte, dio como positivo para alcaloide de cocaína procediéndose así a la incautación y al lacrado de la misma. Así mismo, se le encontró diez nuevos soles, que al hacerse la pericia de análisis y pesaje de droga, éste arrojó un peso de 21.29 gramos de pasta básica de cocaína"*, indicando el Ministerio Público que excede el límite permitido que señala el artículo 299° del Código Penal, por lo que tipifica estos hechos en la modalidad de microcomercialización de drogas previsto en el inciso 1) del artículo 298° del Código Penal, esto es por la posesión de droga; por lo que corresponde analizarse si cumple los presupuestos que señala el artículo 268 del Código Procesal Penal, a efecto de estimar o desestimar el pedido de prisión preventiva que postula el Ministerio Público.

Segundo.- Que es de tenerse en cuenta que la prisión preventiva, como una medida de coerción procesal está acondicionada a la concurrencia de presupuestos taxativamente previstos en la norma, cuyo objetivo es de garantizar la presencia del investigado en las etapas procesales. Y, con respecto al primer presupuesto, de que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo. Sobre tal extremo, el Ministerio Público ha señalado como elementos

de convicción, el acta de intervención policial y registro personal, en la que se fluye que se le encontró en poder del investigado la sustancia de pasta básica de cocaína; el acta de prueba de campo efectuada sobre las bolsas plásticas la que arrojó como positivo para alcaloide de cocaína, el Dictamen de Pesaje y Análisis de Droga que determina con un peso neto de 21.29 gramos de pasta básica de cocaína; así como la propia manifestación del investigado Rómulo Apolinar Huaracha Viza, en la que reconoce que tenía la pasta básica de cocaína aunque señala que ésta era para su consumo. Sobre tales elementos de convicción **la defensa técnica hace las observaciones que el artículo 298 del Código Penal señala diversos verbos rectores, que no se ha especificado en forma clara cuál sería de estos verbos rectores el que imputa el Ministerio Público, no hay hechos precisos ni tampoco resultados de las investigaciones, no existiendo vinculación con el delito de microcomercialización**. El Ministerio Público, ha aclarado que con respecto a los verbos rectores que contiene el artículo 298 del Código Penal, se refieren a la posesión de droga. Que es de tenerse en cuenta *-por parte de éste Despacho-* que con respecto a este tipo penal, que la posesión con ***respecto a la droga que hace referencia este tipo de delito se refiere a los fines de tráfico, es decir a la comercialización*** y como se ha indicado de los elementos de convicción que *se han escuchado en esta audiencia éstos revelan la existencia de droga y que estuvo en poder del imputado*; más no **para éste Despacho ninguno de estos evidencian comercialización por parte de él, de dicha droga**: Que es de tenerse en cuenta que este primer presupuesto que exige el Código Procesal Penal, exige la presencia de elementos de convicción de naturaleza especial, que sirven para basar un juicio de probabilidad razonable de la producción del hecho como delito, así como un elevado indicio de certidumbre de la participación del investigado, si bien revelan la existencia de droga y posesión **de ésta con respecto al imputado, no revelan que éste ha estado realizando actos de comercialización de la misma, por lo que para éste Despacho en relación de este primer presupuesto, no se cumple**.

Tercero.- Con respecto a la prognosis de pena.- Que la calificación jurídica con respecto a los hechos imputados comprendidos en el artí-

culo 298 inciso 1) del Código Penal, sanciona este tipo penal con la pena mínima de tres y no mayor de siete años, señala el Ministerio Público que se presentaría una circunstancia agravante como la reincidencia por parte del imputado, quien ha merecido una condena por tráfico ilícito de drogas que motivaría una elevación al máximo de la pena hasta un extremo de diez años, por lo que la pena a imponerse superaría ampliamente los cuatro años de pena privativa de libertad. La defensa cuestiona lo postulado por el Ministerio Público, señalando que no se ha indicado con exactitud el verbo rector respecto a la tipificación de los hechos. Sobre tal extremo, éste Despacho considera con respecto a la prognosis de pena, ésta está sujeta a la probabilidad de encontrarse responsabilidad o no al imputado. Que es de tenerse en cuenta que si bien para el Despacho, los elementos de convicción que postula el Ministerio Público, no vinculan en forma fehaciente al imputado con respecto a dicha conducta, es de tenerse en cuenta que se está en una etapa de investigación, la misma que puede concluir con la responsabilidad del imputado; de ser así, y de ser aplicable el tipo penal postulado y en consideración a la gravedad que se ha hecho referencia de la reincidencia, la pena a estimarse de encontrársele responsabilidad superaría los cuatro años de pena privativa de libertad, por lo que corresponde en consecuencia a éste segundo presupuesto, sí se estaría cumpliendo.

Cuarto.- Con respecto al peligro procesal.- El Ministerio Público refiere que existe peligro de fuga al indicar que el investigado no cuenta arraigo familiar, si bien ha referido que tiene dos hijas, éstas viven en la localidad de Camaná, viven con sus hermanas, no acreditando arraigo familiar, ya que lo lógico sería el desprendimiento del hogar de los padres para formar uno nuevo con su pareja y sus hijos, no existiendo el vínculo fuerte que lo ate para con su familia; tampoco está acreditado el arraigo laboral, ya que éste estaría desarrollando una actividad de tipo informal y que no permite o no lo sujeta a esta localidad; así mismo que también habría peligro de obstaculización, ya que en las primeras actuaciones éste señaló como su domicilio el de calle Pizarro número 100 del Cercado para posteriormente señalar que su verdadero domicilio es en avenida Tarapacá 1308 del distrito de Miraflores. Al respecto la defensa técnica ha acompañado cinco partidas de nacimiento correspon-

dientes a las hermanas del investigado, si bien dicha documentación acreditaría el tronco familiar entre el investigado y éste, no determina el arraigo fuerte que existe entre el investigado y sus hermanas o que exista un grado de dependencia de éstas hacia el investigado, que lo vinculen a no alejarse de dicha relación, por lo que con respecto al arraigo familiar no existe un vínculo fuerte que ligue al investigado. En lo que concierne al arraigo domiciliario, el Ministerio Público ha referido que no rebate el mismo, mas si existe documento emitido por funcionario público como es del Juzgado de Paz de Alto Misti que acredita que el investigado tiene como domicilio la avenida Tarapacá 1308 del distrito de Miraflores. Concerniente a la actividad laboral a que se ha hecho referencia a la documentación que se presentó en audiencia anterior, consistentes en guías de remisión, constancias de trabajo; el Ministerio Público señala que éstas tienen como data fechas atrasadas como el año 2011 y 2010 y que las constancias de trabajo han sido emitidas con fecha 17 del año en curso por el propio investigado cuando éste ya se encontraba intervenido con fecha 14 de ese mismo mes. El Despacho también tiene en cuenta la documentación que ha presentado la defensa, sobre el comprobante de información registrado por la SUNAT con respecto al RUC 10295286313 a nombre del investigado Huaracha Viza Rómulo Apolinar, que indica como Estado de Contribuyente: Activo, asimismo si bien el Ministerio Público ha observado las constancias de trabajo que se han presentado por la fecha de emisión de las mismas, no se ha acreditado que las mismas no sean reales, y con las guías de remisión que se acompañan ante la audiencia, si bien estas datan de tiempo ya anterior, el informe que emite la SUNAT revela que la persona investigada tiene una actividad actual y activa por lo que estaría acreditando actividad laboral, más dicho informe tiene como fecha de emisión el 29 de mayo del año en curso, que si bien el Ministerio Público ha referido el peligro de obstaculización al haber indicado de que el investigado primigeniamente había indicado un domicilio que no era el suyo, es de tenerse en cuenta que tan solo éste presupuesto por sí solo no justificaría amparar un pedido de prisión, más si los demás presupuestos, en especial el que contiene el numeral uno literal a) del Código Procesal del artículo 268° no se estaría presentando, es de te-

nerse en cuenta además, lo expresado por la defensa en esta audiencia, que el Ministerio Público ha referido, no quitar mérito a que la persona del investigado se viene presentando en forma puntual a justificar sus actividades como se dispuso en anterior resolución pese a que ésta ha sido declarada nula y teniendo en cuenta que las medidas de coerción procesal están destinadas precisamente a asegurar la presencia del imputado a todas las etapas procesales, y no habiéndose expresado por el órgano persecutor de la acción que el imputado haya eludido alguna citación fiscal o que haya incumplido las reglas de conducta que fueron dictadas anteriormente, es que éste Despacho estima que no procede el pedido que postula el Ministerio Público y dictarse nuevamente una medida de comparecencia restrictiva, está siempre orientada a asegurar la presencia del imputado a todas las etapas del proceso.

Por lo que:

SE RESUELVE:

DECLARAR INFUNDADO el pedido de prisión preventiva postulado por el ministerio Publico y DISPONER la **COMPARECENCIA RESTRICTIVA del investigado RÓMULO APOLINAR HUARACHA VIZA** quien deberá seguir cumpliendo las reglas de conducta de presentarse cada lunes de semana o el primer día hábil de semana a fin de informar y justificar sus actividades, de no ausentarse o no apartarse del lugar donde reside, de presentarse al Juzgado las veces que sea requerido al igual que el Ministerio Público, en caso de incumplimiento de cualquiera de estas reglas de conducta revocarse la comparecencia restrictiva y disponerse el mandato de prisión preventiva.- ***Regístrese y comuníquese***.-

MINISTERIO PÚBLICO RETIRO DE IMPUTACIÓN

"que por el principio acusatorio quien sostiene y propone los hechos imputados y titular de la acción penal es el representante del Ministerio Público, quien precisamente en esta audiencia al convenir en la excepción la Sala entiende que existe un retiro de la imputación inicial que se formuló en la Formalización de la Investigación Preparatoria"

PRIMERA SALA PENAL DE APELACIONES - SEDE CENTRAL
EXPEDIENTE : 04118-2010-23-0401-JR-PE-02

IMPUTADO : ALEJANDRO MAURICIO ESPINOZA GÓMEZ Y OTROS

DELITO : HOMICIDIO CULPOSO

AGRAVIADO : TOVAR CASTILLO, DORIS SOFIA REPRESENTADO POR EDY BARREDA

ESPECIALISTA DE AUDIENCIA: PATRICIA POSADAS LARICO

ACTA DE REGISTRO DE AUDIENCIA DE APELACIÓN DE AUTO FC-AD-HA

En Arequipa, a los diez días del mes de Abril del año dos mil doce, siendo las nueve horas, se reunieron en la Sala de Audiencias número siete - cuarto piso del nuevo edificio de sede de la Corte Superior de Justicia de Arequipa ubicada en Plaza España s/n del Cercado, el Colegiado de la Primera Sala Superior Penal, la misma que es presidida por el señor

Juez Superior Fernan Fernández Ceballos e integrada por los señores Jueces Superiores Cecilia Aquize Díaz y Héctor Huanca Apaza; interviene como Especialista de Audiencia Patricia Posadas Larico; para dar inicio a la Audiencia de apelación de Auto que DECLARÓ INFUNDADO el requerimiento de Excepción de Improcedencia de Acción interpuesto por la defensa de ALEJANDRO MAURICIO ESPINOZA GÓMEZ. Dispuso continuar con el procedimiento conforme a ley.

En este acto la Sala informa que la presente audiencia será registrada mediante sistema de audio, pudiendo las partes al finalizar la misma solicitar copia del audio. *Asume la dirección de debates el señor Juez Superior Hector Huanca Apaza.*

IDENTIFICACIÓN DE CONCURRENTES A LA AUDIENCIA:

- ABOGADO DEFENSOR DEL IMPUTADO: JORGE ALFREDO ESCALANTE ZARAGOZA, identificada con CAA 2045 con domicilio procesal en la Calle Colon 311 Oficina 104.
- EL PROCESADO ALEJANDRO MAURICIO ESPINOSA Gómez identificado con DNI 29311595 con domicilio en Piedra Santa Yanahuara F-6.
- LA SEÑORA FISCAL SUPERIOR DE LA TERCERA FISCALÍA SUPERIOR PENAL DE APELACIONES, DOCTORA MIRIAM HERRERA VELARDE, con domicilio procesal en calle La Merced Nro. 402- oficina 01 segundo piso- Cercado, con teléfono número 232588, con correo electrónico miriamhv16@hotmail.com

DESARROLLO DE LA AUDIENCIA

La señora Especialista de Audiencias da cuenta de la resolución materia de impugnación, así como la pretensión impugnatoria, conforme corre en audio.

ALEGATOS QUE FORMULA EL ABOGADO JORGE ALFREDO ESCALANTE ZARAGOZA quien señala los fundamentos por los que debe revocarse la apelada y declarar fundada la excepción planteada, conforme corre en audio.

ALEGATOS QUE FORMULA LA SEÑORA FISCAL SUPERIOR PENAL quien señala los fundamentos por los que debe accederse a lo solicitado por la defensa, conforme corre en audio.

EL COLEGIADO: solicita aclaraciones.

EL PROCESADO toma el uso de la palabra en su defensa, queda en audio.

AUTO DE VISTA

RESOLUCIÓN NRO. 14-2012

VISTOS Y OIDOS: En audiencia pública los argumentos del apelante así como Ministerio Público y del propio imputado Alejandro Mauricio Espinosa Gómez; y, **CONSIDERANDO**: **Primero**: Las excepciones son medios de defensa establecidos en nuestro ordenamiento procesal y dentro de ellas se prevé la de improcedencia de acción que en palabra de Pablo Sánchez Velarde "Manual de Derecho Procesal Penal", Idemsa, Lima, 2004, busca anular la acción penal y consecuentemente todo lo actuado archivándose definitivamente el proceso penal sobre la base de determinados supuestos previstos en la ley, **Segundo**: En el caso de autos viene en apelación la resolución número 09-2011 de fecha 16-11-2011 que declaró infundado el requerimiento de excepción de improcedencia de acción interpuesto por la defensa de Alejandro Mauricio Espinosa Gómez y dispuso continuar con el procedimiento conforme a ley. Resolución que fue impugnada por la defensa del procesado apelante quien en audiencia de apelación ha solicitado se revoque esta resolución y se declare fundada la excepción planteada, sosteniendo esencialmente en que de acuerdo a la formalización de la investigación preparatoria en contra de su patrocinado no hay hechos que se individualicen respecto a la conducta imputada, que se le imputa un delito de homicidio culposo en el que no se admite coautoría, además existe un escrito presentado por el abogado de la parte agraviada en el que lo releva de responsabilidad a su patrocinado, finalmente señala que hay un requerimiento de sobreseimiento solicitado por la Fiscalía respecto de su patrocinado, **Tercero:** En audiencia de apelación la represen-

tante del Ministerio Público ha convenido en la excepción planteada por la defensa del procesado señalando esencialmente que si bien en contra del procesado cuando se formalizo la investigación preparatoria sí existían hechos que se han individualizado en contra del procesado Alejandro Mauricio Espinosa Gómez; sin embargo que con motivo de la investigación llevada a cabo señala la representante del Ministerio Público que los hechos imputados no configuran el delito por el cual se formalizó la investigación porque no existe nexo causal respecto a la participación que como hipótesis de investigación se planteó respecto al procesado Alejandro Mauricio Espinosa Gómez, **Cuarto**: Planteadas así las posiciones y teniendo en cuenta que por el principio acusatorio quien sostiene y propone los hechos imputados y titular de la acción penal es el representante del Ministerio Público, quien precisamente en esta audiencia al convenir en la excepción la Sala entiende que existe un retiro de la imputación inicial que se formuló en la Formalización de la Investigación Preparatoria, por las razones antes señaladas, siendo así carece de objeto mantener vigente la acción penal en contra del apelante, por lo que debe estimarse la apelación declarándose fundada y revocarse la resolución apelada declarándose fundada y disponiendo el archivo definitivo del proceso, todo en aplicación de lo previsto en el artículo 6, inciso 1, literal b, del Código Procesal Penal; **POR TALES FUNDAMENTOS: 1. DECLARAMOS FUNDADA LA APELACIÓN** interpuesta por la defensa de procesado Alejandro Mauricio Espinosa Gómez, **2. REVOCAMOS** la resolución apelada número 09-2011 de fecha dieciséis de noviembre del dos mil once que obra del folio cincuenta y cuatro a cincuenta y siete que declaró infundado el requerimiento de excepción de improcedencia de acción interpuesto por la defensa de Alejandro Mauricio Espinosa Gómez; **REFORMÁNDOLA** en tales extremos; **DECLARAMOS FUNDADA** la **Excepción de Improcedencia de Acción** interpuesto por la defensa de **ALEJANDRO MAURICIO ESPINOSA GÓMEZ** en consecuencia ordenamos el sobreseimiento definitivo del proceso en el extremo seguido en contra del procesado ALEJANDRO MAURICIO ESPINOSA GÓMEZ por el delito contra la vida el cuerpo y la salud, en la modalidad de Homicidio Culposo previsto en el artículo 111, segundo párrafo, del Código Penal en agravio

de Doris Sofia Tovar Castillo; en tales extremos se **DISPONE** el **SOBRESEIMIENTO Y ARCHIVO DEFINITIVO** del proceso así como la anulación de todos los antecedentes judiciales, policiales que se hubieren generado y el levantamiento de cualquier medida coercitiva dictada respecto del procesado de antes indicado.

Siendo las nueve horas con cincuenta y siete minutos, **LA SALA** dio por concluida la presente audiencia. Acto seguido, se procedió a cerrar el acta y el audio correspondiente y no habiendo observación alguna se firmó la presente.- Doy fe.

.....
FERNAN FERNANDEZ CEBALLOS
PRESIDENTE

.....	.....
PRIMERA SALA SUPERIOR PENAL PATRICIA ISABEL POSADAS LARICO	ESPECIALISTA DE AUDIENCIAS PRIMERA SALA SUPERIOR PENAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

V PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS

ACUERDO PLENARIO N° 6-2009/CJ-116

Fundamento: Artículo 116° tuo lopj Asunto: Control de la acusación fiscal

Lima, trece de noviembre de dos mil nueve.-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1°. Las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial, mediante Resolución Administrativa número 221-2009-P-PJ, del 5 de agosto de 2009, con el apoyo del Centro de Investi-

gaciones Judiciales, acordaron realizar el V Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial -en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2°. Para estos efectos se realizaron varios encuentros previos con los Secretarios, Relatores y Secretarios de Confianza de las Salas de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia y tres reuniones preparatorias sucesivas con los señores Jueces Supremos de lo Penal a fin de delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse, luego de una previa revisión de los asuntos jurisdiccionales a su cargo y de una atenta valoración de las preocupaciones de la judicatura nacional. Con el concurso de la Secretaría Técnica, luego de los debates correspondientes, se estableció el día de la fecha para la realización del V Pleno Jurisdiccional Penal, aprobado por Resolución Administrativa número 286- 2009-P-PJ, del 12 de octubre de 2009, y se definieron los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. De igual manera se designó a los señores Jueces Supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el Juez Supremo designado sería el ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

3°. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las distintas resoluciones de los Tribunales Superiores y Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre el control de la acusación escrita del Ministerio Público, tanto en el antiguo Código de Procedimientos Penales -en adelante, ACPP- como en el nuevo Código Procesal Penal -en adelante, NCPP-. En especial, la definición e identificación de los elementos que integran la acusación, el alcance de las facultades del órgano jurisdiccional ante los posibles defectos de la acusación, la oportunidad para hacerlo, la potestad ex officio de control y los distintos problemas que enfrentan el

juez y las partes para definir la corrección de la acusación como presupuesto del juicio oral.

4°. En cumplimiento de lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116° de la LOPJ, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. En atención a la complejidad y singulares características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las diversas Ejecutorias Supremas que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.

5°. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como ponente al señor San Martín Castro, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. La acusación fiscal. Alcances jurídico procesales.

6°. La acusación fiscal es un acto de postulación del Ministerio Público que promueve en régimen de monopolio en los delitos sujetos a persecución pública (artículos 159°.5 de la Constitución, 1° y 92° de la Ley Orgánica del Ministerio Público -en adelante, LOMP, 219° ACPP y 1°, 60° y 344°.1 NCPP). Mediante la acusación la Fiscalía fundamenta y deduce la pretensión penal; esto es, la petición fundamentada dirigida al órgano jurisdiccional para que imponga una sanción penal a una persona por la comisión de un hecho pu-

nible que se afirma que ha cometido. La Fiscalía, como se sabe, en virtud del principio de legalidad u obligatoriedad, está obligada a acusar cuando las investigaciones ofrecen base suficiente sobre la comisión del hecho punible atribuido al imputado (expresamente, artículo 344°.1 NCPP).

La acusación fiscal debe cumplir determinados requisitos que condicionan su validez, y que corresponde controlar al órgano jurisdiccional. Con independencia de los presupuestos procesales, cuya ausencia impide al órgano jurisdiccional entrar a examinar el fondo de la pretensión, la acusación fiscal debe expresar, de un lado, la legitimación activa del fiscal como tal -cuya intervención sólo es posible en los delitos de persecución pública- y la legitimación pasiva del acusado, quien desde el Derecho penal debe tratarse no sólo de una persona física viva sino que ha debido ser comprendido como imputado en la etapa de instrucción o investigación preparatoria y, por ende, estar debidamente individualizado. De otro lado, desde la perspectiva objetiva, la acusación fiscal ha de respetar acabadamente los requisitos objetivos referidos a la causa de pedir: fundamentación fáctica y fundamentación jurídica, y al petitum o petición de una concreta sanción penal.

Por otro lado, la acusación fiscal, ante la acumulación del proceso civil al proceso penal (artículo 92° del Código Penal, -en adelante, CP-), también importa la introducción de la pretensión civil, basada en los daños y perjuicios generados por la comisión de un acto ilícito. En función a su característica singular, la acusación fiscal ha de señalar tanto la cantidad en que se aprecien los daños y perjuicios en la esfera patrimonial del perjudicado causados por el delito o la cosa que haya de ser restituida, como la persona o personas que aparezcan responsables -que han debido ser identificadas en una resolución judicial dictada en la etapa de instrucción o investigación preparatoria- y el hecho en virtud del cual hubieren contraído esa responsabilidad.

7°. Los artículos 225° ACPP, 349° NCPP y 92°.4 de la Ley Orgánica del Ministerio Público identifican el contenido de la acusación fiscal

y condicionan su eficacia procesal. La característica común de las normas citadas, desde una perspectiva subjetiva, es la necesidad de una identificación exhaustiva del imputado, quien ha de haber ser sido comprendido como tal mediante una acto de imputación en sede de investigación preparatoria o instrucción -fiscal o judicial, según se trate del NCPP o del ACPP, respectivamente-. Desde la perspectiva objetiva, la acusación debe mencionar acabadamente la fundamentación fáctica, indicar con todo rigor el título de condena y concretar una petición determinada, así como el ofrecimiento de medios de prueba. Formalmente, además de su carácter escrito, la acusación debe describir de modo preciso, concreto y claro los hechos atribuidos al imputado o a la persona a la que se la atribuye responsabilidad civil, con mención fundamentada del resultado de las investigaciones. Desde el Derecho penal, los hechos que la fundamentan deben ser los que fluyen de 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 ha de incluir, por su necesaria relevancia jurídico-penal, las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

8°. La acusación debe incluir un título de imputación determinado, es decir, una calificación, siempre provisional, del hecho punible objeto de investigación preparatoria o instrucción. Éste comprende la precisión de los elementos legales del hecho punible, la indicación de la ley penal correspondiente con las normas que correspondan, referidas a la tipicidad objetiva y subjetiva, al grado del delito, a la forma de autoría o de participación.

Lo expuesto en el auto de apertura de instrucción o en la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria -según se trate del ACPP o del NCPP, respectivamente-, respecto del fundamento jurídico, tiene un carácter relativo: lo que interesa, sin perjuicio de la identificación del imputado, es la definición de los hechos que han sido objeto de investigación, y que

no se altere la actividad: identidad, por lo menos parcial, de los actos de ejecución delictiva y la homogeneidad del bien jurídico tutelado. Lo expuesto no hace sino ratificar que ambas decisiones -judicial una y fiscal otra- determinan la legitimación pasiva y se convierten en el requisito previo de la acusación, con lo que evitan las acusaciones sorpresivas y robustecen el derecho de todo ciudadano al conocimiento previo de la acusación; derecho último, que integra la garantía de defensa procesal, y que no implica convertir el auto de apertura de instrucción o la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria en un escrito de acusación.

Una regla expresa sobre esa vinculación relativa del fundamento jurídico de la causa de pedir se encuentra en el artículo 349°.2 NCPP, que incluso autoriza un cambio en la calificación jurídica, siempre -claro está- con pleno respeto del principio acusatorio, que exige en este nivel, de un lado, identidad esencial -es decir, total o parcial- entre los hechos de ejecución delictiva investigados y acusados, y, de otro lado, respeto de la homogeneidad del bien jurídico protegido por el ordenamiento sustantivo. En tanto se trata de un acto de postulación, que es objeto de conocimiento del acusado y respecto del cual se iniciará el juicio oral, no es de recibo sostener que tal proceder del fiscal vulnera el principio de contradicción o lesiona la garantía de defensa procesal.

§ 2. El control de la acusación en el ACPP.

9°. Como todo acto postulatorio, más aún cuando constituye la base y el límite del juicio oral, la acusación fiscal, en cuanto debe cumplir determinados requisitos subjetivos y objetivos legalmente previstos, está sujeta al control jurisdiccional, incluso de oficio, imprescindible para evitar nulidad de actuaciones. El marco del control, sin embargo, sólo debe incidir en aquellos aspectos circunscriptos a los juicios de admisibilidad y procedencia, sin que sea dable realizar análisis probatorio alguno ni emitir pronunciamientos sobre el fondo, salvo expresa autorización legal y en la medida de que no genere indefensión material en perjuicio del acusador.

El control, como corresponde, debe realizarse sin mengua del principio de contradicción y de la garantía de tutela jurisdiccional. En consecuencia, interpretando en clave constitucional el artículo 229° ACPP, será menester que previamente a la calificación judicial de la acusación fiscal se corra traslado por un plazo judicial -definido en función a las características y complejidad de la causa- a las demás partes.

10°. Vencido el plazo establecido, con la contestación o no de las partes, el órgano jurisdiccional analizará, en primer lugar, el cumplimiento de los requisitos legales de la acusación. Es decir, si ha cumplido con lo dispuesto en el artículo 225° ACPP. El Fiscal ha de desarrollar en su escrito de acusación los extremos señalados en el párrafo 7°. Su ausencia y, en especial, cuando el Tribunal entendiera, indistintamente, (i) que el petitorio opetitum sea incompleto o impreciso, (ii) que el fundamento de hecho o relato de los hechos fuere insuficiente -no circunstanciado-, vago, oscuro o desordenado, o (iii) que la tipificación no se defina en debida forma ni mencione el conjunto de circunstancias de la responsabilidad penal necesarias para la debida individualización, fáctica y jurídica del hecho acusado, deberá devolver mediante resolución motivada e irrecurrible -tal decisión no está prevista en el artículo 292° ACPP- las actuaciones al Fiscal acusador para que se pronuncie sobre el particular y, en su mérito, proceda a subsanar -si correspondiere- las observaciones resaltadas judicialmente.

11°. El alcance del control de la acusación también puede comprender aquellos ámbitos o instituciones procesales que el ACPP autoriza al juez su control o ejercicio de oficio.

Se trata de los presupuestos procesales, referidas al órgano jurisdiccional -la jurisdicción y competencia penales- y a la causa -excepciones procesales-. Desde luego, el órgano jurisdiccional puede instar de oficio el trámite para su decisión, pero antes debe conceder a las partes la oportunidad para que se pronuncien al respecto. Resolver de oficio no significa hacerlo sorpresivamente, sino propiciar judicialmente su discusión para su ulterior decisión.

Toda otra intervención del Tribunal que limite el ejercicio de la acusación e impida el inicio del juicio oral, en función a las características limitadas de la etapa intermedia en el ACPP, no está legalmente permitida.

§ 3. El control de la acusación en el NCPP.

12°. La etapa intermedia en el NCPP se afilia al sistema legal de la obligatoriedad del control del requerimiento fiscal. El Juez de la Investigación Preparatoria es el encargado de realizar el control de legalidad de la acusación fiscal, esto es, verificar la concurrencia de los presupuestos legales que autorizan la acusación fiscal -ese, y no otro, es su ámbito funcional-.

El procedimiento de la etapa intermedia consta de dos fases: oral y escrita. Las distintas posibilidades que tiene el Juez de la Investigación Preparatoria frente a la acusación fiscal, según los artículos 350°/352° NCPP, pueden concretarse luego del trámite de traslado a las demás partes -nunca antes- (fase escrita) y de la realización de la audiencia preliminar (fase oral, que plasma la vigencia calificada de los principios de oralidad y concentración). El Juez decide luego de escuchar a las todas las partes procesales, nunca antes.

13°. El artículo 350°.1 NCPP autoriza a las partes proponer motivadamente ocho cuestiones o mociones específicas. Ahora bien, el control formal de la acusación fiscal, que incluso puede promoverse de oficio por el Juez de la Investigación Preparatoria -la revisión del cumplimiento de los requisitos legales de un acto procesal trascendente y la validez de la serie procesal constituye una facultad judicial inherente a la potestad jurisdiccional, enraizada en garantía misma de tutela jurisdiccional efectiva-, está contemplado en el literal a) del citado apartado 1) del artículo 350° NCPP. Éste comprende los supuestos descritos en el párrafo 9° en relación con el artículo 349° NCPP. Los defectos denunciados, en caso que se acojan, requerirán, conforme al artículo 352°.2 NCPP, una decisión inmediata de devolución de las actuaciones al Fiscal, con

la necesaria suspensión de la audiencia, siempre que se requiera de "... un nuevo análisis del Ministerio Público'".

14°. El control sustancial de la acusación está en función al mérito mismo del acto postulatorio del Fiscal. Negar la validez de la acusación y la consecuente procedencia del juicio oral -con independencia de la aplicación de un criterio de oportunidad, circunscripto a los supuestos del artículo 2° NCPP, y de la deducción de excepciones- sólo es posible si se presentan los requisitos que permiten el sobreseimiento de la causa, los que están taxativamente contemplados en el artículo 344°.2 NCPP. Este control, por imperio del artículo 352°.4 NCPP, puede ser realizado de oficio. Al Juez de la Investigación Preparatoria le corresponde decretarla, cuando la presencia de los requisitos del sobreseimiento es patente o palmaria, no sin antes instar el pronunciamiento de las partes sobre el particular.

15°. Por la propia naturaleza de ambos controles: formal y sustancial, no es posible ejercerlos conjuntamente, sino sucesivamente. El control formal es previo a toda posibilidad de análisis de mérito de la acusación. Es así que el artículo 352°.2 NCPP precisa que si se advierten defectos que importan el incumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 349°.1 NCPP -en una discusión que debe preceder al análisis de los demás aspectos que deben tratarse en la audiencia preliminar- lo pertinente es suspender la audiencia para su debida subsanación, luego de lo cual debe reanudarse. La decisión de formular observaciones a la acusación es una causal de suspensión de la audiencia, que será del caso instar sólo cuando el defecto detectado requiera de un nuevo análisis del Ministerio Público. De no corresponder la suspensión, siempre será del caso decidirla y proseguir con la audiencia para dar paso a la discusión de las demás observaciones.

El control sustancial tiene lugar en un momento procesal distinto, luego de la subsanación de las observaciones de la acusación fiscal. Ésta comprende el examen de la concurrencia de cinco elementos necesarios para la viabilidad de la acusación respecto de los cargos

objeto de investigación: elemento fáctico, elemento jurídico, elemento personal, presupuestos procesales vinculados a la vigencia de la acción penal y elementos de convicción suficientes (artículo 344°.1 NCPP).

III. DECISIÓN

16°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, por unanimidad, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

17°. Establecer como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 6° al 15°.

18°. Precisar que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.

19°. Publicar el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial "El Peruano".

Hágase saber.

Ss.

Gonzales Campos / San Martín Castro / Lecaros Cornejo / Prado Saldarriaga / Rodríguez Tineo / Valdez Roca / Barrientos Peña / Biaggi Gómez / Molina Ordoñez / Barrios Alvarado / Príncipe Trujillo / Barandiarán Dempwolf / Neyra Flores / Calderón Castillo / Zevallos Soto

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

VI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS

ACUERDO PLENARIO N° 4-2010/CJ-116

Fundamento: Artículo 116° TUO LOPJ Asunto: Audiencia de tutela

Lima, dieciséis de noviembre de dos mil diez.-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1°. Las Salas Permanentes y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización de la Presidencia de esta Suprema Corte dada mediante Resolución Administrativa N° 165-2010-PJ, y a instancias del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el VI Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supre-

mos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2°. El pleno Jurisdiccional se realizó en tres fases.

En la primera fase los Jueces Supremos discutieron y definieron la agenda para lo cual tuvieron en cuenta los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han venido conociendo en sus respectivas salas en el último año. Fue así como se establecieron los siete temas de agenda así como sus respectivos problemas específicos.

La segunda fase, denominada participación ciudadana, tuvo como finalidad promover la intervención y el aporte de la comunidad jurídica del país para la solución de cada uno de los problemas antes planteados. Para ello se habilitó el foro de participación a través del portal de internet del Poder Judicial, habiendo logrado con ello una amplia participación de diversas instituciones de la capital así como de diversas provincias del país a través de sus respectivas ponencias. Luego de una debida selección de las ponencias presentadas, se realizó en fecha 4 de noviembre la audiencia pública en la que los representantes de todas las instituciones acreditadas sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales.

En dicha audiencia con relación al tema que aborda el presente Acuerdo sustentaron su ponencia los señores Mario Rodríguez Hurtado –en representación del Instituto de Ciencia Procesal Penal– y Frescia Sisi Villavicencio Ríos –en representación de la Escuela de Formación Procesal Penal Garantista - Huaura–, las mismas que se tuvieron en cuenta para la discusión del presente Acuerdo Plenario. Es así como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el Artículo 116° de la LOPJ, que, faculta a las Salas Especializadas del Poder

Judicial a dictar este tipo de Acuerdos con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

3°. La tercera fase del VI Pleno Jurisdiccional comprendió ya el proceso de discusión y formulación de los acuerdos plenarios cuya labor recayó en los respectivos Jueces Ponentes en cada uno de los siete temas. Esta fase culminó el día de la sesión plenaria realizada en la fecha con participación de todos los jueces integrantes de las Salas Permanente y Transitoria, interviniendo todos con igual derecho de voz y voto.

4°. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario.

Interviene como Ponente señor PRÍNCIPE TRUJILLO.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. Aspectos generales.

5°. El artículo 71 ° del NCPP prevé los derechos del imputado y, específicamente, en el apartado cuatro regula la denominada "Audiencia de tutela". Esta figura legal está prevista en la Sección Cuarta "El Ministerio Público y los demás sujetos procesales", Capítulo Primero "El imputado", Título II "El imputado y el abogado defensor" del Libro Primero "Disposiciones Generales" del Nuevo Código Procesal Penal –en adelante, NCPP–.

Prescribe la citada norma que: "1. El imputado puede hacer valer por sí mismo, o a través de su Abogado Defensor, los derechos que la Constitución y las Leyes le conceden, desde el inicio de las primeras diligencias de investigación hasta la culminación del proceso... 4. Cuando el imputado considere necesario que durante las Diligencias Preliminares o en la Investigación Preparatoria no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones, o que sus derechos no son respetados, o que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidos o de requerimientos ilegales, puede acudir en vía de tutela al Juez de la Investigación Preparatoria para que

subsane la omisión o dicte las medidas de corrección o de protección que correspondan. La solicitud del imputado se resolverá inmediatamente, previa constatación de los hechos y realización de una audiencia con intervención de las partes".

6°. Los derechos fundamentales son aquellos que se encuentran incluidos en la Constitución Política como norma constitutiva y organizativa del Estado que son considerados como esenciales en el sistema político y que están especialmente vinculados a la dignidad humana. Es decir, son aquellos derechos que dentro del Ordenamiento Jurídico disfrutan de un estatus especial en cuanto a garantías –de tutela y reforma–.

Es así que el reconocimiento y la preocupación por la plena vigencia de estos derechos son acontecimientos que cuentan con una relevancia trascendental, pues los mandatos de la Constitución adquieren una gran influencia, no sólo porque ocupa la posición de primer nivel en el ordenamiento jurídico –artículo 138°, segundo párrafo– sino porque materialmente en el proceso penal los derechos en conflicto son fundamentales, de relevancia constitucional, al estar integrados el derecho de punir que corresponde al juez –artículos 138° y 139°. 10 de la Constitución– con los derechos del imputado que también están protegidos constitucionalmente –artículo 139°.1A– [san Martín castro, César. (2003) Derecho Procesal Penal 2da. Ed. Lima, Grijley E.I.R.L., p. 19].

7°. De lo expresado en el fundamento jurídico precedente se desprende que la Constitución, especialmente en su artículo 139°, ha reconocido un conjunto de derechos y principios procesales del que se derivan un conjunto de consecuencias en orden tanto a los derechos y garantías de los justiciables, cuanto a los límites de los poderes públicos. En este orden, es que la Constitución ha incorporado un conjunto de garantías genéricas y una extensa relación de garantías específicas que tienen que ver con una vasta relación de cláusulas de relevancia constitucional que definen los aspectos de la jurisdicción penal, la formación del objeto procesal y el régimen de actuación de las partes.

8°. Las garantías procesales genéricas son aquellas normas generales que guían el desenvolvimiento de la actividad procesal. En ocasiones sirven para reforzar el contenido de las garantías específicas. Su valor se acrecienta cuando se amparan en ellas garantías concretas que, por la circunstancia que fuere, no quedaron incluidas de modo expreso en la Constitución. Estas son:

i) El debido proceso (artículo. 139° inciso 3).

ii) El derecho a la tutela jurisdiccional (artículo 139° inciso 3).

iii) El derecho a la presunción de inocencia (artículo 2o inciso 24. "e").

iv) El derecho de defensa (artículo 139° inciso 14).

9°. La Constitución se convierte así en el referente por antonomasia, no solo del legislador procesal sino de toda actuación de los encargados de la persecución penal, y de las personas que de una u otra manera se ven vinculadas a un caso penal. Esta afirmación implica un deber de protección de los derechos fundamentales durante todo el proceso penal, lo que no significa la omisión de tutelar otros bienes o valores jurídicos constitucionalmente valiosos, en la medida que tales derechos son relativos y no absolutos. Por ello, el Tribunal Constitucional ha sostenido que el respeto de los derechos fundamentales de los procesados no es incompatible con el deber de los jueces de determinar, dentro de un proceso penal debido, la responsabilidad penal del imputado [STC N° 9081-2006-PHC/TC, del 1 de junio de 2007].

§2. La audiencia de tutela. Alcances.

10°. Los derechos fundamentales deben gozar de mayor protección y por ello es que a nivel procesal la Audiencia de tutela es uno de los principales aportes del nuevo sistema procesal. Los derechos protegidos a través de esta Audiencia son los que se encuentran recogidos taxativamente en el artículo 71° del NCPP. Son los siguientes: (i) conocimiento de los cargos incriminados, (ii) conocimiento de las causas de la detención, (iii) entrega de la orden de

detención girada, (iv) designación de la persona o institución a la que debe avisarse de la detención y concreción inmediata de esto, (v) posibilidad de realizar una llamada, en caso se encuentre detenido, (vi) defensa permanente por un abogado, (vii) posibilidad de entrevistarse en forma privada con su abogado, (viii) abstención de declarar o declaración voluntaria, (ix) presencia de abogado defensor en la declaración y en todas las diligencias que requieran su concurso, (x) no ser objeto de medios coactivos, intimidatorios o contrarios a la dignidad, ni ser sometidos a técnicas o métodos que induzcan o alteren la libre voluntad, (xi) no sufrir restricciones ilegales, y (xii) ser examinado por un médico legista o por otro profesional de la Salud, cuando el estado de salud así lo requiera. En salvaguarda de su efectiva vigencia, de esta audiencia de tutela pueden emanar resoluciones judiciales que corrijan los desafueros cometidos por la Policía o los Fiscales, así como también protejan al afectado.

11°. La finalidad esencial de la audiencia de tutela es, entonces, la protección, resguardo y consiguiente efectividad de los derechos del imputado reconocidos por la Constitución y las leyes. Desde esta perspectiva, el Juez de la Investigación Preparatoria se erige en un Juez de Garantías durante las diligencias preliminares y la investigación preparatoria ejerciendo su función de control de los derechos ante la alegación del imputado de que se ha producido la vulneración de uno o varios de sus derechos reconocidos específicamente en el artículo 71° del NCPP, responsabilizando al Fiscal o a la Policía del agravio. En otras palabras, su finalidad esencial consiste en que el Juez determine, desde la instancia y actuación de las partes, la vulneración al derecho o garantía constitucional prevista en la citada norma y realice un acto procesal dictando una medida de tutela correctiva -que ponga fin al agravio-, reparadora -que lo repare, por ejemplo, subsanando una omisión- o protectora.

12°. Un aspecto vital que es de destacar es que la tutela de derechos es un mecanismo eficaz tendiente al restablecimiento del statu quo de los derechos vulnerados, que encuentra una regulación

expresa en el NCPP, y que debe utilizarse única y exclusivamente cuando haya una infracción –ya consumada– de los derechos que asiste al imputado. Como puede apreciarse, es un mecanismo o instrumento procesal que se constituye en la mejor vía reparadora del menoscabo sufrido, y que incluso puede funcionar con mayor eficiencia y eficacia que un proceso constitucional de habeas corpus [Alva Florián, César A. (2004) La Tutela de Derechos en el Código Procesal Penal de 2004. Lima, Gaceta Jurídica, p. 13.]

13°. Dicho de otro modo, la Tutela de derechos es un instrumento idóneo para salvaguardar las garantías del imputado y, a su vez, regular las posibles desigualdades entre perseguidor y perseguido. Esta institución procesal penal es por tanto uno de los principales mecanismos para realizar el control de legalidad de la función del fiscal, quien deberá conducir y desarrollar toda su estrategia persecutoria siempre dentro del marco de las garantías básicas, siendo consciente que cualquier acto que traspase el marco de los derechos fundamentales podrá ser controlado por el Juez de la Investigación Preparatoria. Queda claro entonces que en el nuevo modelo procesal penal es fundamental la idea de control en el ejercicio del ius puniendi estatal.

En este sentido, aquellos requerimientos o disposiciones fiscales que vulneran derechos fundamentales constitucionales pero que tienen vía propia para la denuncia o control respectivo, no podrán cuestionarse a través de la audiencia de tutela. En efecto, ocurre que el NCPP ha establecido en varios casos mecanismos específicos para ventilar asuntos relativos a los derechos básicos del imputado, como sucede con audiencias de control del plazo de las diligencias preliminares o de la investigación preparatoria formalizada (artículos 334°. 1, 343°. 2) o con aquella que sustancia el reexamen de la intervención de las comunicaciones telefónicas o análogas (artículo 231o.3). Por ello no es errado afirmar que la audiencia de tutela es residual, esto es, opera siempre que el ordenamiento procesal no especifique un camino determinado para la reclamación por un derecho afectado [RODRÍGUEZ HUR-

TADO, Mario, Ponencia presentada para la Audiencia Pública del VI Pleno Jurisdiccional se las Salas Penales de la Corte Suprema], En esa misma línea, no podrá cuestionarse a través de la tutela la inadmisión de diligencias sumariales solicitadas por la defensa durante la investigación, pues, para este efecto rige lo dispuesto en el artículo 337o.4 del NCPP.

14°. Ahora bien, lo expuesto en el fundamento jurídico precedente no significa que el imputado o su abogado defensor puedan cuestionar a través de la audiencia de tutela cualquier tipo de disposición o requerimiento que haga el fiscal, pues solamente se pueden cuestionar los requerimientos ilegales que vulneran derechos fundamentales relacionados con los enumerados en el artículo 71° numerales del 1 al 3 del NCPP. Por lo tanto, aquellos requerimientos o disposiciones fiscales que vulneran derechos fundamentales pero que tienen vía propia para la denuncia o control respectivo, no podrán cuestionarse a través de la audiencia de tutela. En efecto, ocurre que el NCPP ha establecido en varios casos mecanismos específicos para ventilar asuntos relativos a los derechos básicos del imputado, como sucede como las audiencias de control del plazo de las diligencias preliminares o de la investigación preparatoria formalizada (artículos 334°. 1, 343°.2) o con aquella que sustancia el reexamen de la intervención de las comunicaciones telefónicas o análogas (artículo 231.3). Por ello no es errado firmar que la audiencia de tutela es residual, esto es, opera siempre que el ordenamiento procesal no especifique un camino determinado para la reclamación por un derecho afectado[1].

15°. Siendo ello así, el Juez de la Investigación Preparatoria está obligado a convocar a audiencia de tutela si se presenta una solicitud para la tutela del respeto a un derecho fundamental que no tiene vía propia. No obstante, debe de realizar una calificación del contenido de la solicitud porque eventualmente el agravio puede

1 RODRÍGUEZ HURTADO, Mario: Ponencia presentada para la Audiencia Pública del VI Pleno Jurisdiccional se las Salas Penales de la Corte Suprema.

constituirse en irreparable si se cita a audiencia, por lo que en este caso excepcionalmente puede resolver de manera directa y sin audiencia. Asimismo, no está obligado a convocar a audiencia de tutela en los casos que aprecie manifiesta intención del imputado o de su abogado defensor de obstruir la labor de investigación de la fiscalía en vez de debatir sobre la existencia de un agravio de derechos. El Juez, por tanto, está habilitado para realizar un control de admisibilidad de la petición respectiva y, en su caso, disponer el rechazo liminar, cuidando siempre de verificar cada caso en particular para no dejar en indefensión al imputado.

16°. Por otro lado, si bien los actos de investigación realizados por el Ministerio publico gozan de amparo legal por tratarse de la autoridad pública encargada de la persecución del delito, ello no implica que sean inatacables o incuestionables, puesto que han de sujetarse a la ley y al principio de objetividad. Es decir, estos actos de investigación podrán quedar viciados o excluidos, según el caso, si se vulneraron derechos fundamentales que se encuentran recogidos en el artículo 71° NCPP, esto es, si por ejemplo se efectuó su detención sin haberle puesto en conocimiento al imputado de los derechos fundamentales que le asisten, por lo que el Juez en audiencia de tutela dictará las medidas que correspondan de acuerdo a ley.

17°. Asimismo, a través de la audiencia de tutela se podrá solicitar la exclusión del material probatorio obtenido ilícitamente –en los casos en que ésta sea la base de sucesivas medidas o diligencias– siempre que no exista una vía propia para alcanzar este propósito y que tenga que ver con la afectación o vulneración de alguno de los derechos fundamentales del imputado reconocido en el artículo 71° NCPP. La posibilidad de atacar el material probatorio obtenido ilegalmente deriva del reconocimiento del principio de legitimidad de la prueba –axioma que instruye que /todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso/ por un procedimiento constitucionalmente legítimo, y que carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos

fundamentales de la persona– que se encuentra establecido en el artículo VIII del Título Preliminar del NCPP y de la utilización de la prueba – regulado en el artículo 159° del acotado Código– que establece que el Juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. Lo anotado hace viable que en la Audiencia de tutela se cuestionen los elementos probatorios obtenidos mediante procedimientos ilegales o viciosos y que una vez comprobada su ilicitud el Juez determine su exclusión, como medida correctiva o de protección.

18°. Otro de los problemas recurrentes que es del caso abordar en el presente acuerdo es el relativo al cuestionamiento de la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria a través de la Audiencia de Tutela, es decir, si es posible activar –desde la defensa– una vía de control judicial de la referida disposición fiscal. Sobre el particular y, en principio, debemos descartar esta posibilidad, fundamentalmente porque, como se ha enfatizado, la vía de la tutela sólo está habilitada para aquellos casos en los que se vulnere algunos de los derechos esenciales asociados en términos amplios a la defensa. Por lo demás debe quedar claro que la Disposición en cuestión es una actuación unilateral del Ministerio Público y no puede ser impugnada ni dejada sin efecto por el Juez de la Investigación Preparatoria. Cumple una función esencialmente garantista: informa al imputado de manera específica y clara acerca de los hechos atribuidos y su calificación jurídica, esto es, el contenido de la imputación jurídico penal que se dirige en su contra. Además, ya en el proceso formalmente iniciado, las partes pueden hacer uso de los medios de defensa técnico para evitar un proceso en el que no se haya verificado los presupuestos esenciales de imputación. Piénsese por ejemplo en la declaración de atipicidad a través de la excepción de improcedencia de la acción o en la de prescripción ordinaria, si es que antes de la Formalización de la Investigación Preparatoria se cumplió el plazo correspondiente.

19°. En síntesis, es de afirmar, que la Tutela de Derechos es una garantía de específica relevancia procesal penal, que puede usar el

imputado cuando ve afectado y vulnerado uno o varios derechos establecidos específicamente en el artículo 71° del NCPP, quien puede acudir al Juez de Investigación Preparatoria para que controle judicialmente la legitimidad y legalidad de los actos de investigación practicados por el Ministerio Público y repare, de ser el caso, las acciones u omisiones que generaron el quebrantamiento del derecho de las partes procesales. La vía de tutela judicial sólo podrá hacerse efectiva durante las diligencias preliminares y en la investigación preparatoria propiamente dicha.

III. DECISIÓN

20°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116o del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON

21°. Establecer como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 10° al 19°.

22°. Precisar que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.

23°. Publicar el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial "El Peruano".

Hágase saber.

Ss.

San Martín Castro / Lecaros Cornejo / Prado Saldarriaga / Rodríguez Tineo / Barrios Alvarado / Príncipe Trujillo / Neyra Flores / Barandiarán Dempwolf / Calderón Castillo / Santa Maria Morillo

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ SALA PENAL PERMANENTE CASACIÓN N° 01-2011 (SENTENCIA) PIURA

SENTENCIA CASATORIA

Lima, ocho de marzo de dos mil doce.-

VISTOS; en audiencia pública; el recurso de casación por la presunta inobservancia de la garantía constitucional de carácter procesal interpuesta por el Fiscal Adjunto Superior de la Tercera Fiscalía Superior de Apelaciones de Piura contra la resolución de vista de fecha dos de noviembre de dos mil diez de fojas cuarenta y ocho, que revocó la resolución de fecha veinticinco de agosto de dos mil diez -que declaró Improcedente la nulidad de la disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria-, y reformándola declararan la nulidad de la disposición fiscal de formalización de La investigación preparatoria, formulada por el imputado Elmo Alejandro Carbajal Chong; derivado de la investigación preparatoria que se instauró contra el mencionado encausado por el delito de Lavado de activos, en agravio del Estado; interviene como ponente el señor Juez Supremo José Antonio Negra Flores.

ANTECEDENTES

PRIMERO: Que, mediante disposición fiscal número cero cero dos - dos mil diez, de fecha treinta de abril de dos mil diez, se formalizó La

investigación preparatoria contra Elmo Alejandro Carbajal Chong y Héctor Panta Panta por el delito de lavado de activos, en agravio del Estado, confiarme se advierte de La resolución judicial de fecha treinta de mayo de dos mil diez.

SEGUNDO: Que, el imputado Elmo Alejandra Carbajal Chong solicitó al Juez de la Investigación Preparatoria, La nulidad de la disposición de formalización de la investigación preparatoria, de lo cual se corrió traslado al Ministerio Público, conforme se advierte de La resolución judicial de fecha siete de junio de dos mil diez obrante a fojas cuatro

TERCERO: Que, el Juez del Cuarto Juzgado de Investigación Preparatoria, mediante resolución de fecha veinticinco de agosto de dos mil diez, obrante a fojas seis, declaró improcedente 1a nulidad contra La disposición fiscal de formalización de 1a investigación preparatoria, formulada por el encausado Elmo Alejandro Carbajal Chong.

CUARTO: Que, mediante auto de vista de fecha dos de noviembre de dos mil diez, obrante a fojas cuarenta y ocho, se revocó La resolución de fecha veinticinco de agosto de dos mil diez -que declaró improcedente la nulidad de la disposición fiscal de formalización de la Investigación preparatoria, formulada por el imputado Elmo Alejandro Carbajal Chong, derivado de La investigación preparatoria que se instauró contra el mencionado encausado por el delito de lavado de activos, en agravio del Estado-; y reformándola: declararon la nulidad de La disposición fiscal que formalizó la investigación preparatoria, y ordenaron, que el representante del Ministerio Público proceda a evacuar una nueva disposición fiscal can las observaciones anotadas.

QUINTO: Que, mediante Ejecutoria Suprema de calificación de casación, de fecha veintitrés de junio de dos mil once, obrante a fojas catorce del cuadernillo formado en esta instancia Suprema, se declaró bien concedido el recurso de casación por inobservancia de garantía constitucional de carácter procesal, cuyo ámbito se circunscribe a desarrollar doctrina jurisprudencial sobre la posibilidad o no de que se pueda cuestionar vía nulidad, La disposición fiscal de formalización de investigación preparatoria.

SEXTO: Que, de liberada la causa en sesión pública y producida la votación en la fecha, corresponde dictar sentencia absolviendo el grado, que se leerá en acto público -con Las partes que asistan-, conforme a la concordancia de los artículos cuatrocientos treinta y uno, apartado cuatro, y artículo cuatrocientos veinticinco, inciso cuatro del Código Procesal Penal, el día veintinueve de marzo de dos mil doce, a las ocho horas con treinta minutos.

CONSIDERANDOS:

PRIMERO: Que, conforme a la Ejecutoria Suprema de fecha veintitrés de junio de dos mil once-auto de calificación de casación-, obrante a fojas catorce del cuadernillo formado en esta instancia Suprema, el motivo de casación excepcional admitido está referido a determinar si es posible que se pueda cuestionar vía nulidad, la disposición fiscal de formalización de investigación preparatoria.

SEGUNDO: Que, para efectos de resolver lo que es materia de pronunciamiento debe reseñarse Lo siguiente:

i) El inciso cinco del artículo ciento cincuenta y nueve de lo Constitución Política del Perú, le confiere al Ministerio Público La titularidad de la acción penal, esto es, la atribución de ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte; de igual forma el inciso uno del artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Penal establece que el Ministerio Público es titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba. Asume la conducción de la investigación desde su inicio (...)".

ii) El Libro Primero, Sección IV, Título i, Capítulo II del Código Procesal Penal, estable las funciones, atribuciones y obligaciones del Ministerio Público, así en el inciso uno del articulo sesenta se establece "El Ministerio Público es el titular del ejercicio de la acción penal. Actúa de oficio, a instancia de la víctima, por acción popular o por noticia policial"; en el inciso uno del artículo sesenta y dos se precisa "El Fiscal actúa en el proceso penal con independencia de criterio". Adecúa sus actos a un criterio objetivo,

rigiéndose únicamente por la Constitución y la Ley, sin perjuicio de los directivos o instrucciones de carácter general que emita la Fiscalía de la Nación"; en el inciso dos del mismo artículo se establece "Conduce la investigación Preparatoria(...); mientras que en el artículo sesenta y cuatro se precisa "El Ministerio Público formulará sus Disposiciones, Requerimientos y Conclusiones en forma motivada y específica, de manera que se basten a sí mismos, sin remitirse a las decisiones del Juez, ni a Disposiciones o Requerimientos anteriores".

iii) El Libro Segundo, Sección I,Título I, Capítulo III, artículo ciento veintidós del Código Procesal Penal, establece que el Ministerio Púdico, en el ámbito de su intervención en el proceso, dicta Disposiciones y Providencias, y formula requerimientos (...) Los Disposiciones se dictan para decidir, a) el inicio, la continuación o el archivo de las actuaciones, (...) Las Disposiciones y los Requerimientos deben estar motivados(...)'.

iv) El Libro Primero, Sección I, artículo tres del Código Procesal Penal, precisa que el Ministerio Público comunicará al juez de la investigación preparatoria su decisión formal de continuar con los investigaciones preparatorias" (formalización de investigación preparatorio).

v) El Libro Tercero, Sección I, Título i, artículo trescientos veintiuno del Código Procesal Penal, establece la finalidad de lo Investigación Preparatoria, señalándose que "La investigación Preparatoria persigue reunir tos elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permitan al Fiscal decidir si formular 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 mientras que el artículo trescientos treinta y seis del Título Tercero de La Sección y Libro antes mencionado del Código Procesal Penal regula La forma Libación y continuación de lo Investigación Preparatorio, indicándose que "Si de la denuncia, del informe Po-

licial o de las Diligencias Preliminares que realizó, aparecen indicios reveladores de la existencia de un delito, que la acción penal no tenía prescrito, que se ha individualizado al imputado y que, si fuera el caso, se han satisfecho los requisitos de procedibilidad, dispondrá la formalización y la continuación de la investigación Preparatoria (...) La disposición de formalización contendrá: a) el nombre completo del imputado; b) los hechos y la tipificación específica correspondiente. El Fiscal podrá, si fuera el caso, consignar tipificaciones alternativos al hecho objeto de investigación, indicando los motivos de esa calificación; c) el nombre del agraviado, si fuera posible; y, de las diligencias que de inmediato deben actuarse (...)".

vi) Que, el Acuerdo plenario número cuatro - dos mil diez/CJ - ciento dieciséis, de fecha dieciséis de noviembre de dos mil diez, emitido por las Salas penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de La República, trató el tema de "Audiencia de Tutela", estableciéndose como doctrino jurisprudencial en su décimo octavo fundamento, que no era posible cuestionar la Disposición de formalización de la Investigación Preparatoria a través de una Audiencia de Tutela, esto es, activar una vía de control judicial de La referida disposición fiscal, por cuanto, la vía de tutela sólo está habilitada para aquellos casos en los que se vulnere algunos de los derechos esenciales asociados en términos amplios a la defensa que se encuentran enumerados en el artículo setenta y uno del Código Procesal Penal, indicándose que la vía de tutela judicial sólo podrá hacerse efectiva durante Las diligencias preliminares y en La investigación preparatoria propiamente dicha; siendo relevante para el presente caso, cuando se precisó lo si quien te:"(...) debe quedar claro que la Disposición en cuestión es una actuación unilateral del Ministerio Público y no puede ser impugnada ni dejada sin efecto por el Juez de la Investigación Preparatoria. Cumple una función esencialmente garantista: informa al imputado de manera específica y clora acerca de tos hechos atribuidos y su calificación jurídica, esto es, el contenido de la imputación jurídico penal que se dirige en su contra. Además, ya en el proceso

formalmente iniciado, las partes pueden hacer uso de los medios de defensa técnico para evitar un proceso en el que no se haya verificado tos presupuestos esenciales de imputación. Piénsese por ejemplo en la declaración de atipicidad a través de la excepción de improcedencia de acción o en la de prescripción ordinaria, si es que antes de la Formalización de la Investigación Preparatoria se cumplió el piojo correspondiente".

TERCERO: Que, se encuentra establecido que La Constitución Política del Estado y el Código Procesal Penal otorgan al Ministerio Público la titularidad de la acción penal, esto es, plena facultad de persecución de los delitos y el deber de lo cargo de la pruebo, para lo cual asume la conducción de la investigación desde su inicio; precisándose que en el ámbito de su intervención en el proceso, dicta Disposiciones y Providencias, y formula Requerimientos, siendo que una vez realizadas las diligencias iniciales o preliminares de investigación, y si de la denuncia, del informe policial o de las diligencias preliminares que el Fiscal realizó aparecen indicios reveladores de la existencia de un delito, que la acción penal no ha prescrito, que se ha individualizado al imputado y que, si fuera el caso, se han satisfecho los requisitos de procedibilidad, emitirá la disposición de formalización y continuación de La investigación preparatoria, la cual le deberá comunicar al Juez de la investigación Preparatoria, conforme al artículo tres del Código Procesal Penal

Cuarto: Que, por tanto, si bien es cierto el inicia de La investigación preparatoria es decisión unilateral del Ministerio Público a través de La disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria, conforme a lo establecido en el artículo trescientos treinta y seis del Código Procesal Penal, también lo es, que para dicho efecto debe actuar con independencia de criterio y sujetándose a la Constitución y la Ley [debida motivación de las resoluciones judiciales), la cual se cumplió en el presente caso respecto a la Disposición de formalización de la investigación Preparatoria en cuestión formulada contra Elmo Alejandro Carbajal Chong por el delito de lavado de activos en agravio del Estado (sustentada concretamente en que el veintisiete de diciembre de dos mil ocho adquirió la embarcación denominada "Esperanza

en Cristo II" por La cantidad de noventa mil dólares americanos, pese a que en un proceso penal por difamación en donde declaró en calidad de testigo, manifestó que se dedicaba a la labor de albañilería y por lo cual percibía mil nuevos soles mensuales, por tanto, sus Ingresos no justificarían la capacidad económica para adquirir dicho bien inmueble); empero la Sala de apelaciones consideró lo contrario, sustentando la revocatoria que se cuestiona, en que no se había merituado Los documentos aportados por el imputado mediante el derecha de defensa y principio de contradicción que le asiste considerando quinto de la resolución de vista de fecha dos de noviembre de dos mil diez, obrante a fojas cuarenta y ocho), efectuando así una labor de valoración de los elementos de convicción sobre su suficiencia y credibilidad, que no corresponde al acta procesal de Tutela de Derechos, sino a La etapa intermedia o sentencia.

QUINTO: Que, de otro lado, el artículo ciento dieciséis del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que los Integrantes de las Salas Especializadas, pueden reunirse en planos jurisdiccionales nacionales, regionales o distritales a fin de concordar jurisprudencia de su especialidad (...)' en ese sentido, es de mencionar que en el Acuerdo Plenario número cuatro-dos mil diez/CJ - ciento dieciséis, de fecha dieciséis de noviembre de das mil diez, emitido por las salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, se estableció que no es posible cuestionar la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria, esto es, activar una vía de control judicial de la referida disposición fiscal; en consecuencia, debe cumplirse con dicho Acuerda vigente mientras no sea modificada, conforme Lo dispone el artículo trescientos uno - A del Código de Procedimientos Penales; no obstante lo señalado, es de precisar que en los próximos días del presente año, se llenará a cabo el I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal de La Corte Suprema de Justicia de La República, en el que se volverá a debatir este extremo de controversia.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon FUNDADO el recurso de casación para desarrollo de la doctrina jurisprudencial por la causal de inobservancia de La garantía constitucional de carácter procesal interpuesto por el Fiscal Adjunto Superior de La Tercera Fiscalía Superior de Apelaciones de Piura.

En consecuencia, conforme al inciso dos del artículo cuatrocientos treinta y tres del Código Procesal Penal: declararon NULA La resolución de Dista de fecha dos de noviembre de dos mil diez, obrante a fojas cuarenta y ocho, que revocó la de primera instancia de fecha veinticinco de agosto de dos mil diez, obrante en copia certificada a fojas seis, que declaró improcedente la nulidad de la disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria interpuesta por el investigado Elmo Alejandro Carbajal Chong, en el proceso que se le sigue por el delito de Lavado de activos, en agravio del Estado; y reformándola declaró La nulidad de la disposición fiscal que forma Liga la investigación preparatoria y ordenaron que el representante del Ministerio Público proceda a evacuar una nueva Disposición fiscal.

Actuando en sede de instancia y pronunciándose sobre el fondo: CONFIRMARON la resolución de primera instancia de fecha veinticinco de agosto de dos mil diez, obrante en copia certificada a fojas seis, que declaró improcedente la nulidad de la disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria interpuesta por el investigado Elmo Alejandro Carbajal Chong, en el proceso que se le sigue por el delito de Lavado de activos, en agravio del Estado.

II. ESTABLECIERON de conformidad con el inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal, corno doctrina jurisprudencial, que no es posible cuestionar la Disposición de Formulación y Continuación dé la investigación Preparatoria, conforme a los fundamentos expuestos en la parte considerada de la presente Ejecutoria,

III. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por intermedio de la Secretaria de esta Suprema

Sala Penal, y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes.

IV. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelvan los autos al Órgano Jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema. Interviene La señora Juega Suprema Villa Bonilla, por el periodo vacacional del señor Juez Supremo Pariona Pastrana.

Ss.

Villa Stein / Rodríguez Tieno / Salas Arenas / Neyra Flores / Villa Bonilla

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

QUINTO JUZGADO ESPECIALIZADO EN LO CONSTITUCIONAL

EXPEDIENTE : 014923-2013-0-1801-JR-C1-05
DEMANDANTE : ALAN GABRIEL LUDWING GARCIA PEREZ.
DEMANDADO : CONGRESO DE LA REPUBLICA
MATERIA : PROCESO DE AMPARO
JUEZ : HUGO RODOLFO VELASQUEZ ZAVALETA
ESPECIALISTA : JULIO CESAR CARBAJAL CAYLLAHUA

SENTENCIA

RESOLUCIÓN: 15

Lima, 19 de setiembre de 2013.

VISTOS:

ASUNTO:

Proceso de amparo iniciado por el señor Alan Gabriel Ludwing García Pérez contra el Congreso de la República.

ANTECEDENTES.

De la demanda: Fluye del texto de la demanda, que el petitorio del actor, es que se deje sin efecto todo lo actuado en la Comisión Parlamen-

taria respecto de su persona. Alega que se ha vulnerado sus derechos constitucionales relacionados con el debido proceso parlamentario (artículo 139.3 de la Constitución Política y 8o de la Convención Americana de los Derechos Humanos), tales como: el derecho a no ser desviado del procedimiento pre establecido por la ley; a la comunicación previa y detallada de los hechos que se imputan; el derecho a la defensa y el derecho al juez parlamentario imparcial.

Fundamentos de hechos de la demanda:

La parte actora sustenta su demanda -en síntesis-, en los siguientes hechos:

1. El 14 de setiembre de 2011, el Congreso de la República, conformó la denominada Comisión Investigadora Multipartidaria encargada de investigar la gestión de su gobierno, respecto a temas que se señalan en el respectivo acuerdo del pleno del Congreso. La Comisión citada se instaló el 21 de noviembre de 2011, hace 18 meses bajo la Presidencia del Congresista Sergio Fernando Tejada Galindo. Fue citado en una primera oportunidad para declarar ante dicha comisión el 08 de junio de 2012. Posteriormente, mediante carta de 08 de marzo de 2013, fue citado nuevamente, pero esa audiencia se produjo tras haberse divulgado ante la prensa un informe preliminar en el que no obstante no haber asistido aún a la Comisión a declara sobre las denominadas Gracias Presidenciales, ya se le involucraba en la comisión del delito de encubrimiento personal previsto y penado en el artículo 404 del Código Penal.

2. Agrega, que el mismo 03 de abril de 2013 antes del inicio de la sesión, presentó un escrito en el que denunció la afectación de su derecho lo que sustentó de manera directa y a través de su abogado considerando que el respeto de las garantías constitucionales es aún más importante en una situación en la que quienes actúan como investigadores y jueces son adversarios políticos motivados por tal interés. Sin un amparo que proteja tales garantías la estructura jurídica se convertiría en un puñal político a utilizar por los adversarios políticos contra sus enemigos y eso contravendría el ordenamiento jurídico constitucional y la democracia.

3. Precisa que: i) se ha invocado y aplicado una norma de procedimiento denominado Reglamento de la Comisión Investigadora sin que haya sido publicada en las normas legales del diario oficial "El Peruano", ni en la página web del Congreso de la República, ii) Se le citó en calidad de investigado, sin señalarse o precisarse cuál es la causa concreta de la investigación en lo que le concierne, esto es, cuáles son los hechos concretos y circunstancias que respecto a su persona se investiga, así como la figura legal por la cual se le investiga o se le imputa para tener la condición de investigado, como lo determina la sentencia emitida en el expediente: 1546-2012-PHC/TC. iii) Indica también que la Comisión lo citó a declarar mencionando una serie de imprecisiones y generalidades, no ha indicado en ningún momento que participación exacta se le atribuye, lo que también afecta el derecho al debido proceso, conforme se puede corroborar de la carta de fecha 08 de marzo de 2013 que acompaña.

4. Añade que su escrito no tuvo respuesta alguna, sino hasta después que se conociera que procedió a denunciar dichas irregularidades incluso ante la Defensoría del Pueblo. Así, recién el 03 de mayo de 2013 es que la Presidencia de la denominada mega comisión mediante oficio 578-2013- CIMGAGPR/CR de fecha 03 de mayo de 2013 le da respuesta a su pedido, empero, en dicha misiva reitera su actuar inconstitucional y arbitrario.

5. También señala que con la finalidad de ejercer de mejor manera su defensa y ante la mención del Presidente de la mega comisión en la sesión del 03 de abril de 2013, de la existencia de un informe del Ministerio de Justicia que establece la existencia de más de 400 conmutaciones de pena otorgadas a sentenciados por delito de tráfico ilícito de drogas en su modalidad agravada, solicitó copia de dicho informe mediante carta del 08 de abril y el 03 de mayo recibieron respuesta donde lo anexan un documento de 03 páginas conteniendo nombres y otro datos, sin llevar firma ni sello alguno y sin indicarse o evidenciarse información que indique en qué consiste la supuesta irregularidad, lo cual redunda en el

actuar inconstitucional y arbitrario por parte de la citada mega comisión, y en particular de su presidente.

6. Finalmente, precisa que la comisión demandada viene afectando su derecho al debido proceso en sede parlamentaria, por lo que recurre a la vía judicial en busca de tutela.

Trámite del proceso

Mediante resolución 01, de fecha 17 de junio de 2013-folio 355 a 357-, se admitió a trámite la demanda y se corrió traslado a la parte demandada.

El Procurador Público de la Congreso de la República (Comisión Investigadora presidida por el Congresista Sergio Fernando Tejada) mediante escrito de fecha de presentación 08 de julio de 2013- folio 570 a folio 600-, se apersonó al proceso, dedujo la excepción de ambigüedad y/o oscuridad en el modo de proponer la demanda, y contestó la demanda, argumentando principalmente lo siguiente:

1. En el caso materia de autos el accionante alega que el proceso de investigación efectuado por la Comisión investigadora ha devenido en inconstitucional respecto a su persona, al haberse violado su derecho al debido proceso en sede parlamentaria, pero ello es absolutamente falso, por cuanto la Comisión Investigadora Multipartidaria en el procedimiento de investigación parlamentaria cumplió y se encuentra cumpliendo con lo dispuesto por la Constitución Política del Estado (artículo 139, inciso 3), así como también por lo señalado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 8, inciso 2) en el sentido que la comisión sí lo cito con la debida anticipación, sí le respeto su derecho a la defensa, sí le permitió ser asesorado y asistido en plena sesión por su abogado, sí le comunicó previa y detalladamente de los hechos que se le imputan, y finalmente, no está siendo sometido a un procedimiento distinto al establecido ni menos está siendo juzgado por autoridad parcializada.

2. Respecto a la supuesta violación al derecho a no ser sometido a un procedimiento distinto del previamente establecido. Sobre

este punto, el Procurador del Congreso, señala: i) que la Comisión Investigadora Multipartidaria encargada de investigar la gestión del Gobierno de Alan Gabriel García Pérez durante el periodo gubernamental 2006-2011, en el procedimiento de investigación parlamentaria se sujeta únicamente a lo dispuesto por el artículo 88 del Texto Único Ordenado del Reglamento del Congreso de la República donde se regula entre otros puntos sobre las citaciones a los investigados, y la reserva de las sesiones y de la información protegida constitucionalmente, conforme consta del oficio N° 578-2013- CIMGAGPR/CR de fecha 03 de mayo de 2013, remitido por el Presidente de la Comisión Investigadora Multipardaria al demandante; ii) el Reglamento de la Comisión Investigadora es sólo un instrumento de gestión interno que por su naturaleza y finalidad, no requiere ser sujeto a publicidad, toda vez que lo consignarlo está contenido en el artículo 88 del Texto Único Ordenado del Reglamento del Congreso de la República, razón por lo que no era necesario publicarlo en el diario oficial "El Peruano" ni en la página web del Congreso de la República, hecho que se corrobora con el informe de adjuntía N° 001-2013- DP/ AAC, emitido por la Defensoría del Pueblo a solicitud del demandante; iii) todo lo glosado supra, prueba de manera clara y contundente que la Comisión Investigadora Multipartidaria encargada de investigar la gestión del gobierno de Alan Gabriel García Pérez durante el período gubernamental 2006-2011, nunca sometió al demandante a un procedimiento distinto al previamente establecido en el artículo 88 del TÜO del Congreso de la República.

3. Respecto a la supuesta violación al derecho al debido proceso a la comunicación previa y detallada de los hechos que se imputan. Sobre este punto, el Procurador del Congreso, señala: i) que la Comisión Investigadora Multipartidaria observando estrictamente lo dispuesto por la Constitución Política y lo dispuesto por las normas internacionales que cautelan el debido proceso, citó al demandante de conformidad con lo estipulado por el TUO del Reglamento del Congreso de la República, el mismo que impone a todas las comisiones y grupos de trabajo la obligación de comunicar a los

ciudadanos las razones por las cuales se ha dispuesto su comparecencia, quedando de esta manera habilitados para que puedan ejercer su derecho de defensa sin restricción alguna, permitiendo asimismo, precisar en la citación la condición en la que debe comparecer una persona (investigado o testigo). Ello, según expone, fluye de lo dispuesto en los literales c y d del artículo 88 del Reglamento del Congreso; ii) ante lo dicho por el accionante, niega y contradice su afirmación en razón a lo consagrado por el Tribunal Constitucional en la sentencia del caso Cesar Humberto Tineo Cabrera, exp.: N° 00156-2012-PHC/TC, que en su fundamento 18 señala: " A decir de la Corte Interamericana este derecho "rige incluso antes de que se formule una "acusación" en sentido estricto. Para que se satisfaga los fines que le son inherentes, es "necesario que la notificación ocurra previamente a que el inculpado rinda su primera declaración ante cualquier autoridad pública. Evidentemente, el "contenido de la notificación variará de acuerdo al avance de las investigaciones, llegando a su punto máximo (...) cuando se produce la presentación formal y definitiva de cargos. Antes de ello y como mínimo el investigado deberá conocer con el mayor detalle posible los hechos que se le atribuyen"; iii) del tenor de la demanda fluye que el demandante solicita mayor precisión en la citación que se le cursó, ante ello señala que la precisión contenida en la citación que se le cursó a través de la carta de fecha 08 de marzo de 2013, es la que corresponde brindar a un investigado por cuanto la Comisión Investigadora aún se encuentra en pleno proceso de investigación y que a medida que se vaya acopiando más información los cargos serán más detallados, por lo que la citación remitida al demandante cumple con todos los parámetros establecidos por el Tribunal Constitucional y el TUO del Reglamento del Congreso de la República; iv) deja constancia que el demandante jamás se le convocó en condición de acusado, conforme consta de la carta fecha 08 de marzo de 2013, donde no corre que se le atribuya la comisión de delito, falta o infracción alguna corroborándose ello con el oficio N° \0603-20134CIMGA-GPR/CR\ de fecha 24 de mayo de 2013, remitido por el Presidente

de la Comisión Investigadora Multipartidaria al Defensor del Pueblo donde le señala textualmente: "el recurrente se encuentra en una confusión: el señor García Pérez no está siendo acusado por la comisión de un delito o una falta, por lo cual no se le imputó autoría y participación en hecho punible alguno". Se le indicó además que al no ser acusado la precisión de los hechos en su citación "es la que corresponde brindar a un investigado" ya que la comisión investigadora carece de facultades acusatorias; v) finalmente, precisa que al demandante nunca se le violó su derecho al debido proceso, a la comunicación previa y detallada de los hechos que se le imputan por cuanto la carta de fecha 08 de marzo de 2013 que se le remitió, cumple con todos los requisitos que exige el Tribunal Constitucional, así como el Reglamento del Congreso de la República, no obstante que los procedimientos ante comisiones investigadoras parlamentarias no son equiparables a un proceso judicial, es por ello que las conclusiones a que arribe la comisión no obligan a los órganos jurisdiccionales.

4. Respecto a la supuesta violación al derecho al debido proceso en su faz de derecho de defensa. Sobre este punto, el Procurador del Congreso : i) niega haber violado el derecho de defensa del demandante, por cuanto en principio señala que la Comisión Investigadora fue conformada por Acuerdo del Pleno del Congreso de la República en la 80 sesión del día miércoles 14 de septiembre de 2011, por la cual se le encomienda investigar la gestión del gobierno del ahora demandante para los casos, objetos y plazos señalados expresamente en dicho acuerdo; ii) la Comisión Investigadora, en cumplimiento de dicho cargo, se instaló con fecha 21 de noviembre de 2011. Y, con fecha 08 de marzo de 2013, remitió al ahora demandante una carta por la cual se le citaba para que concurra a la sesión programada para el 03 de abril de 2013, a efectos de recoger su manifestación sobre los puntos que se señalan en la respectiva carta; iii) la citación que remitió la comisión investigadora multipartidaria al demandante es con el objeto de que proporcione información acerca de los temas señalados precedentemente. Además, señala que el demandante no está siendo acusado por la

comisión de un presunto delito o una presunta falta, no imputándosele en ningún momento de la etapa de investigación, específicamente a través de la citación, ni cuando concurrió a la sesión de la comisión investigadora, de la autoría ni de la perpetración de ilícito penal alguno, falta o infracción; precisa que ser investigado no significa que tenga la calidad de acusado, ya que el objetivo de la comisión investigadora cuando lo cita, y de acuerdo a la metodología de la investigación, era con el fin de recabar su testimonio, así como el de indagar acerca de su conocimiento de todo lo relacionado sobre los temas que fueron objeto de las mociones aprobadas en su oportunidad por el Pleno del Congreso de la República; iv) el demandante señala que desconocía la investigación; pero si se tiene en cuenta el contenido textual del informe defensorial cuyo documento se acompaña a la demanda, se concluye que sí ha tenido pleno y perfecto conocimiento sobre los temas que la comisión le iba a solicitar máxime si en el Congreso se aprobó las mociones de orden del día Ns° 72 y 239, que precisamente estaban orientadas a la conformación, de la comisión investigadora; concluyendo en este extrema que hasta ahora demandante sí tenía perfecto conocimiento y con mucha antelación (14 de septiembre de 2011) sobre los temas a tratarse con su persona vía la comisión investigadora (adjunta en probanza a este extremo copia de la transcripción de las citadas mociones de Orden del Día, Aprobación y Acuerdo); v) precisa que en relación a lo afirmado por el demandante respecto a que la sesión de la Comisión Investigadora de fecha 03 de abril de 2013 se desarrolló en el marco de imprecisiones y generalidades por no haber accedido de manera oportuna a los cargos, hechos y figuras legales que se imputan, no es correcto conforme a la normatividad que señala. Añade, que toda persona, como el demandante, que fue citado para las indagaciones correspondientes, tiene derecho a conocer previamente sobre qué tema va a prestar su información, la misma que se le comunicó en tiempo y forma oportuna, como lo han acreditado, cumpliendo de esta manera la Comisión Investigadora con el debido proceso relacionado con el derecho a la defensa; vi) agrega, que

la información que se solicitó al demandante es de interés público, toda vez que de conformidad con lo señalado en el artículo 88 del Reglamento del Congreso, éste órgano constitucional "... puede iniciar investigaciones sobre cualquier asunto de interés público promoviendo un procedimiento de investigación..."; por lo tanto la Comisión Investigadora se encuentra facultada para investigar determinadas situaciones respecto de ¡as cuales se determinen posibles responsabilidades del orden político, como de las ilicitudes, que serían a la postre otros órganos congresales quienes se encarguen de resolver tales situaciones.

5. Respecto a la supuesta violación al derecho al debido proceso en su faz al derecho a ser juzgado por una autoridad independiente bajo criterios objetivos y razonables. Sobre este punto, el Procurador del Congreso, señala: i)en el artículo 97 de la Constitución Política del Perú se regula sobre las funciones de fiscalización y control parlamentario que se ejerce a través de las llamadas comisiones investigadoras, que tienen como tarea fundamental iniciar investigaciones sobre cualquier asunto de interés público, y que para el cumplimiento de sus fines puede citar a autoridades, funcionarios y particulares, así como acceder a cualquier información que obre en instituciones públicas o instituciones privadas, siendo que sus conclusiones no obligan a los órganos jurisdiccionales; la comisión investigadora no está conformada por los que solicitaron la comisión investigadora y fue formada de acuerdo al artículo 88 del TUO del Reglamento del Congreso de la República; iii) la comisión investigadora es independiente e imparcial, por cuanto sus 07 integrantes nunca solicitaron que se constituya la citada comisión conforme exige el primer párrafo del literal a) del artículo 88 del TUO del Reglamento del Congreso de la República, por tanto queda demostrado que nunca se violó el derecho al debido proceso del accionante, en la modalidad de ser juzgado por una autoridad independiente bajo criterios objetivos y razonables; iv) es falso que el congresista-Sergio Tejada Galindo y los demás miembros integrantes de la Comisión Investigadora Multipartidaria en el decurso de investigación, que a la fecha continúa,

hayan vulnerado los derechos fundamentales del accionante no tengan el interés de inhabilitarlo políticamente; v) no hay medio que acredite que el congresista Sergio Tejada Galindo ya los miembros de la comisión hayan actuado o estén actuando en forma parcializada en contra del demandante con el objeto de perjudicarlo; respecto al informe preliminar de los indultos y conmutaciones de pena, señala que es un documento apócrifo por cuanto nunca fue emitido por la Comisión Investigadora, prueba de ello es que su contenido fluye que no corren la conclusiones y recomendaciones y menos aún lleva la firma y sello de los miembros de la comisión Investigadora

Mediante resolución 05, de fecha 15 de julio de 2013, se tuvo por apersonado al proceso al Procurador del Congreso de la República, por contestada la demandada y se corrió traslado de la excepción planteada.

Por escrito de fecha 26 de julio de 2013, el actor absuelve la excepción planteada y la contestación de la demanda.

Por resolución 12, de fecha 14 de agosto de 2013, se declaró infundada la excepción propuesta y a solicitud del Procurador del Congreso de la República se concedió informe oral para el día 09 de setiembre del año 2013.

El día 09 de setiembre del año en curso se escuchó los informes orales de los abogados de las partes.

En consecuencia, no habiendo más trámites procesales que efectuar corresponde que se emita sentencia.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Del proceso constitucional de amparo: De acuerdo al artículo 200° inciso 2 de la Constitución, el amparo procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza derechos constitucionales distintos a los tutelados por el hábeas corpus y al hábeas data, siendo su finalidad la de proteger tales derechos, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o

amenaza de violación, como establece el artículo 1o del Código Procesal Constitucional, Ley 28237.

SEGUNDO: Del petitorio: El actor solicita, vía proceso de amparo, que se deje sin efecto todo lo actuado en la Comisión Parlamentaria respecto de su persona; en consecuencia, se le excluya del procedimiento parlamentario iniciado por la Comisión Investigadora Multipartidaria presidida por el Congresista Sergio Femando Tejada Galindo, encargada de investigar la gestión de Alan Gabriel García Pérez como Presidente de la República durante el periodo 2006-2011.

TERCERO: La factibilidad de tramitar la pretensión de la actora vía amparo:

De lo expuesto, se tiene que el actor alega que se ha vulnerado sus derechos constitucionales realizados con el debido proceso parlamentario (artículo 139.3 de la Constitución Política y 8 de la Convención Americana de los Derechos Humanos), tales como: el derecho a no ser desviado del procedimiento pre establecido por la ley; a la comunicación previa y detallada de los hechos que se imputan; el derecho a la defensa y el derecho al juez parlamentario imparcial.

Al respecto, se debe precisar que la violación a los derechos contenidos dentro del debido proceso, tienen reconocimiento constitucional (artículo 139), y pueden ser protegidos por el amparo de conformidad el artículo 37, numeral 16 del Código Procesal Constitucional, por lo que corresponde entrar al fondo del asunto.

CUARTO: Materia controvertida: Luego de analizar los fundamentos que sustentan la demanda y lo expuesto en la contestación de la misma, se puede establecer con meridiana claridad que la controversia gira en torno a los siguientes puntos:

1. Si en un procedimiento de investigación parlamentaria se deben respetar los derechos contenidos dentro del debido proceso; y si es posible, la protección constitucional pese a que dicho procedimiento se encuentra en trámite.

2. Si la respuesta es positiva, corresponderá analizar si efectivamente se ha afectado los derechos contenidos dentro del debido proceso, tales como: i) el derecho a no ser desviado del procedimiento pre establecido por la ley; ii) a la comunicación previa y detallada de los hechos que se imputan; iii) el derecho a la defensa y, iv) el derecho al juez parlamentario imparcial.

Primer punto: Si en un procedimiento de investigación parlamentaria se deben respetar los principios del debido proceso y si es posible la protección constitucional pese a que dicho procedimiento se encuentra en trámite.

QUINTO: Sobre el tema, debe señalarse que el Procurador Público de la parte demandada ha señalado que el actor sólo tiene la condición de investigado y no de acusado ya que no se le atribuyó la comisión de un delito, falta o infracción alguna lo cual puede corroborarse con el oficio N° 0603-2013-CIMGAGPR/CR de fecha 24 de mayo de 2013, remitido por el Presidente de la Comisión Investigadora Multipartidaria al Defensor del Pueblo donde le señala textualmente: "el recurrente y su defensa legal se encuentra en una confusión: el señor García Pérez no está siendo acusado por la comisión de un delito o falta, por lo cual no se imputó autoría o participación en hecho punible alguno". Agrega, que al no ser acusado la precisión de los hechos en su citación "es la que corresponde brindar a un investigado", ya que la Comisión Investigadora carece de facultades acusatorias y que los procedimientos ante comisiones investigadoras parlamentarias no son equiparables a un proceso judicial, por lo que las conclusiones a que arribe la comisión no obligan a los órganos jurisdiccionales.

SEXTO: Al respecto debe indicarse, como este Juzgado ya tuvo oportunidad de señalar (caso Javier Diez Canseco vs Congreso de la República, exp: 00461-2013-0-1801-JR-CI- 05), que el TC en la sentencia dictada con fecha 12 de agosto de 2012, expediente 156-2012-PHC/TC), reiteró algunos conceptos sobre, el debido proceso que viene sosteniendo de forma uniforme en los últimos años

Así, en los fundamentos 2 y 3 precisó:

"2. En reiteradas oportunidades el Tribunal ha precisado cuáles son las garantías del derecho al debido proceso reconocidas por la Constitución y conforme a los estándares en esta materia derivados del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, en particular, de las resoluciones de los organismos internacionales de protección de los derechos humanos, especialmente las emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte Interamericana).

Sobre este aspecto es necesario volver a destacar que las garantías mínimas del debido proceso deben observarse no solo en sede jurisdiccional, sino también en la administrativa sancionatoria, corporativa y parlamentaria. Así lo estableció la Corte Interamericana en la sentencia recaída en el caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, de fecha 31 de enero de 2001, cuando enfatizó que "[si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula 'Garantías Judiciales', su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, 'sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales' a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos" precisando que "el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del mismo precepto se aplica también a [l]os órdenes [civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter: corporativo y parlamentario] y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal".

3. En sentido similar, en la sentencia del Caso lucher Bronstein vs. Perú, de fecha 6 de febrero de 2001, la Corte Interamericana destacó que todos los órganos que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional, sean penales o no, tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8o de la Convención Americana; ello debido a que las sanciones administrativas, disciplinarias o de naturaleza análoga son, como las pena-

les, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas (Cfr. Corte IDH. Caso López Mendoza vs. Venezuela, sentencia del 1 de septiembre de 2011).

De modo que cualquiera sea la actuación u omisión de los órganos estatales o particulares dentro de un proceso o procedimiento, sea jurisdiccional, administrativo sancionatorio, corporativo o parlamentario, se debe respetar el derecho al debido proceso. En la sentencia del Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, de fecha 2 de febrero de 2001, la Corte Interamericana enfatizó el respeto del debido proceso en sede administrativa sancionatoria, al precisar que "no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso", por cuanto "[e]s un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber".

SEPTIMO: De modo específico, y sobre el respeto al debido proceso en la actividad parlamentaria, el TC se ha pronunciado en el cuarto fundamento de la citada sentencia, señalando:

4. En sede parlamentaria, este derecho debe ser respetado no solo en los procedimientos de antejuicio y de juicio político, sino también en las actuaciones de las Comisionen Investigadoras o de las Comisiones Ordinarias que reciben el encargo expreso del Pleno del Congreso de la República; y merece una tutela reforzada, en tanto que el Congreso de la República decide por la mayoría y actúa por criterios basados en la oportunidad y conveniencia, es decir, que su actuación y canon de control es de carácter subjetivo porque no ejerce función jurisdiccional propiamente dicha -subrayado y negrilla nuestro- Sobre este último punto, Manuel Aragón refiere que "[c]uando un órgano político acude a la Constitución, o a otra norma, para juzgar una determinada conducta o un acto, está interpretando la regla, por supuesto, pero interpretándola políticamente y no jurídicamente. A diferencia de la judicial, su interpretación es enteramente libre, sustentada no en motivos de

derecho, sino de oportunidad, esto es, se trata de una valoración efectuada con razones políticas y no con método jurídico. Que existan órganos técnicos auxiliares que emitan dictámenes jurídicos previos no elimina el carácter político de la decisión de control (ni tales dictámenes son vinculantes ni son las únicas razones que el agente controlante -léase Congreso de la República- ha de tener en cuenta para adoptar su postura)" (Constitución, democracia y control. México, UNAM, 2002, p. 178).

En este mismo sentido, el Tribunal en la STC 00004-2011-PI/TC ha precisado que "a diferencia del control jurídico, cuyo criterio de evaluación por antonomasia sea el de validez/invalidez del objeto controlado, los criterios de simple oportunidad y de conveniencia/inconveniencia sean los que se empleen en el control político. De simple oportunidad, pues encontrándose facultados para realizar el control respecto de cualquier medida gubernamental, depende de la decisión política del Parlamento y, en particular de las relaciones entre minoría y mayorías políticas, el que lo quiera ejercer. Y se realiza bajo el criterio de conveniencia/inconveniencia ya que, una vez que se ha decidido llevarlo a cabo, las críticas al Ejecutivo pueden tener al derecho como fundamento, pero también sustentarse en razones económicas, financieras, sociales, de orientación política o por puros argumentos de poder. Puesto que no existe un catálogo de criterios limitados o delimitados para el escrutinio político, la subjetividad y disponibilidad de su parámetro son algunos de los factores que singularizan al control político".

OCTAVO: En ese sentido, siguiendo la línea trazada por el TC, que el Juzgado ya aplicó en otro caso similar al presente (caso Javier Diez Canseco) y no encuentra razón válida para no aplicarla, es claro que la Comisión de Investigación Parlamentaria, cuando investiga y pretende acusar a un congresista o funcionario público, por considerar que ha incurrido en una falta, una infracción constitucional y/o delito, también debe tener en cuenta los principios de rigen el debido proceso.

Y como lo señala el TC "en un Estado Constitucional, a diferencia de uno que no lo es, no sólo la actuación de los órganos que ejercen control función jurisdiccional debe estar ajustada a derecho, sino también los de aquellos que llevan a cabo función política como administrativa. Y por consiguiente, es claro que cuando se pretende aplicar una sanción los principios de legalidad y el sub principio de taxatividad recorren y determinan el contenido y la dimensión del poder sancionatorio del parlamento (sede política), como del Poder Ejecutivo (sede administrativa)".

Por ello, pese a que el Procurador del Congreso de la República pretende sustentar su defensa en que se encuentra en fase de investigación, y el actor no tiene la calidad de acusado, sino investigado; no existe razón válida para no respetar sus derechos al debido proceso, ya que si bien señala que la comisión de investigación no tiene facultad de acusar o sancionar es que tienen la facultad de recopilar información y proponer al Pleno del Congreso, que se acuse al investigado ante la Fiscalía por algún delito y/o se imponga alguna sanción política por el citado Pleno siguiendo los procedimientos respectivos. Entonces, el investigado tiene el derecho de saber mínimamente por qué se le acusa, cuáles son o serían las conductas ilícitas en las que habría incurrido y por las cuales se le investiga, los hechos que sustentan la misma, aportar medios probatorios que permitan desbaratar de ser el caso las imputaciones en su contra y evitar que se inicie un proceso penal y/o administrativo sancionador innecesario si se le permitiese defenderse, etc.

NOVENO: Asimismo, como ya se dijo, este juzgado tuvo oportunidad de conocer el proceso del difunto congresista Javier Diez Canseco donde la comisión de ética le aperturó proceso por una conducta que no se encontraba tipificada como falta ética, pese a ello se le encuadró en un tipo que no correspondía y el Pleno lo sancionó de forma arbitraria; entonces, tal situación y teniendo en cuenta que el TC ha establecido que en un Estado Constitucional de Derecho no existen (ni pueden auspiciarse) zonas exentas de control constitucional" -ver sentencia 5854-2005-PA/TC-; es válido constitucionalmente hablando, que un Juez Constitucional, analizando el caso concreto, verifique si se ha afectado

o no el derecho de una persona al debido proceso parlamentario en fase de investigación sin tener que esperar una sanción, ya que la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

Lo expuesto también se encuentra respaldado por lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Barreto Leiva Vs Venezuela - que servirá también de referencia para resolver el presente caso-, que en su fundamento 46 señaló de manera textual lo siguiente: "La transición entre "investigado" y "acusado" -v en ocasiones incluso "condenado" -puede producirse de un momento a otro. No puede esperarse a que la persona sea formalmente acusada o que - como en el presente caso- se encuentre privada de la libertad para proporcionarle la información de la que depende el oportuno ejercicio del derecho de defensa -Subrayado y negrilla nuestro-.

Entonces, se puede concluir, que en un procedimiento de investigación parlamentaria, también debe respetarse los principios que regulan el debido proceso y no debe esperarse que exista sanción para actuar, si es que se acredita plenamente una grave afectación constitucional, en tanto que el respeto de la persona humana (derechos fundamentales de las personas) y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

Segundo punto: corresponde analizar ahora si efectivamente se ha afectado al actor su derecho al debido proceso, en su faz de: i) el derecho a no ser procedimiento pre establecido por la ley; ii) a la comunicación previa y detallada de los hechos que se imputan; iii) el derecho a la defensa y el iv) el derecho al juez parlamentario imparcial.

i) Respecto al procedimiento pre establecido por ley.

DECIMO: Sobre este punto, en el caso concreto, se denuncia que se estaría aplicando al actor un reglamento no publicado y el cual restringiría su derecho de defensa. Por su parte el Procurador del Congreso, señala que el procedimiento de investigación se rige por el artículo 88 del TUO del Reglamento del Congreso de la República. Y el Congresista Sergio Tejada, Presidente de la Comisión, en la misiva que dirige al ac-

tor- ver folio 89 a 94- establece que su reglamento se limita a desagregar y desarrollar los contenidos del artículo 88 antes citado, precisando que la reserva del procedimiento tiene como finalidad proteger los derechos de las personas relacionadas con las investigaciones, por lo que considera que el Reglamento de la Comisión es "constitucional y legal".

DECIMO PRIMERO: El artículo 4 del Código Procesal Constitucional, establece, en su último párrafo, que por tutela procesal efectiva debe entenderse "aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal" (énfasis añadido).

Sobre el punto en cuestión, el Tribunal Constitucional en la sentencia de fecha 12 de noviembre de 2007, dictada en el proceso signado con el número: 3866-2006- AA/TC ha señalado que el artículo 139 de la Constitución establece:

"Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 3. (El que) Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación".

Dicho derecho -ha sostenido el Tribunal- no garantiza que se respeten todas y cada una de las disposiciones de la ley procesal, de modo que una trasgresión de éstas, genere automáticamente la violación del derecho. En la STC 2928-2002- HC/TC, en efecto, se precisó que éste "no protege al sometido a un procedimiento por cualquier transgresión de ese procedimiento, sino sólo vela porque las normas de procedimiento

con las que se inició su investigación, no sean alteradas o modificadas con posterioridad" (fundamento 3).

Ciertamente el ámbito constitucionalmente garantizado de este derecho no se orienta a impedir que en abstracto, el legislador pueda modificar o alterar las reglas que regulan la realización del proceso judicial. La discrecionalidad legislativa con la que cuenta el Congreso de la República para, diseñar, en lo que aquí interesa, los procesos judiciales ordinarios, no tiene más límites que el modelo constitucional del proceso y el respeto de los derechos fundamentales procesales que se hayan reconocido en la Constitución. De modo que, no existiendo un derecho a la petrificación de las reglas a las que está sometido un procedimiento judicial, la garantía que éste ofrece es que de producirse una modificación del procedimiento judicial, su aplicación no devenga en arbitraria".

DECIMO SEGUNDO: Teniendo en cuenta lo expuesto por el TC, y evaluado los hechos expuestos por la parte actora y el Procurador de la demandada, no se advierte que se haya afectado el procedimiento pre establecido por ley como se denuncia, por la sencilla razón de que el TUO del Reglamento del Congreso de la República no establece un procedimiento especial para las investigaciones llevadas a cabo por las comisiones investigadoras. El artículo 88 del Reglamento del Congreso no detalla con precisión ningún procedimiento especial, sólo establece con carácter general algunas reglas. Es por ello, según el Congresista Tejada, en comunicación dirigida al actor, que el reglamento de la comisión se limita a desagregar y desarrollar los contenidos del artículo 88 antes indicado. Según precisa, es práctica parlamentaria que todas las comisiones elaboren su propio reglamento.

Por tanto, el denominado "reglamento" de la comisión puede ser considerada como una guía metodológica para un mejor desarrollo de su trabajo, pero no puede ser considera una norma legal que deba ser publicada en "El Peruano" o web del Congreso para que tenga eficacia, ni menos que, per se, afecte el debido proceso; empero, ello tampoco obsta que los que son parte de las investigaciones puedan tener conocimiento del mismo; por el contrario, por un tema de transparencia debe ser de su conocimiento, además, este tema pudo ser superado si el Congreso

de la República atendiendo a la exhortación efectuada por el Tribunal Constitucional en el año 2003 (STC N° 006-2003-AI/TC) cumplía con establecer en su reglamento "un procedimiento de acusación constitucional para los casos de juicio político" v también como lo señaló en el expediente 00156- 2012-PHC/TC. Fundamento 25, establezca un único procedimiento que debían seguir las comisiones investigadoras, v no dejar que cada uno de los presidentes de las comisiones y sus miembros fijen pautas de investigación a su buen saber y entender: ello con la finalidad de evitar cuestionamiento a su actuar.

Por último, en este punto, no se analiza si la reserva de la investigación es constitucionalmente válida para el actor, en aplicación, según se indica, del artículo 21 del reglamento de la comisión que supuestamente desarrolla el artículo 88 del TUO del Reglamento del Congreso, ya que ello será analizado en el rubro correspondiente al respeto al derecho de defensa.

En consecuencia, en este punto la demanda debe ser desestimada, sin perjuicio de exhortar al Congreso de la República, que atienda inmediatamente las sentencias dictadas por el máximo intérprete de la Constitución en los casos 006- 2003-AI/TC\v 00156-20te-PHC/TC, respecto a incorporar a su reglamento un único procedimiento para los casos de juicio político y los casos de comisiones investigadoras con la finalidad de los testigos, investigados y/o acusados, etc., dejen de recurrir a sede constitucional alegando violaciones a sus derechos contenidos dentro del debido proceso parlamentario, al tener reglas claras que impidan que los propios congresistas, en el caso particular de las comisiones investigadoras fijen sus propias reglas, en tanto si bien puede ser una práctica parlamentaria, también dicha práctica deber ser revisada a la luz de la Jurisprudencia Internacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional, la Doctrina Constitucional, etc.

ii) Respecto al derecho a la comunicación previa y detallada de los hechos que se imputan en sede parlamentaria.

DECIMO TERCERO: Sobre este punto el actor señala que se le ha iniciado una investigación, notificándosele para que concurra a una au-

diencia y llevar adelante una sesión de interrogatorio sin precisarse cuál es la causa de la misma, esto es, que hechos concretos y circunstancias que respecto a su persona se investigarán y que figura legal es que se le imputa, tal como lo exigen las garantías mínimas de respeto a su derecho. Agrega, que la comunicación del 03 de marzo de 2013 es imprecisa y no observó el contenido constitucionalmente garantizado del derecho a ser comunicado previa y detalladamente de los hechos que se le imputan.

Por su parte, el Procurador del Congreso de la República señala que la citación del actor se hizo en base a lo dispuesto en el artículo 88 del TUO del Reglamento del Congreso.

Agrega, que niega lo expuesto por el actor en base a lo dispuesto en el fundamento 18 del caso Cesar Tineo Cabrera (Exp. N° 00156-2012-PHC/TC. Añade, que la precisión contenida en la citación del 08 de marzo de 2013 es la que corresponde brindar a un investigado por cuanto la Comisión Investigadora Multipartidaria aún se encuentra en pleno proceso de investigación v a medida que se vaya acopiando mayor información los cargos serán más detallados, por lo que la carta remitida al actor cumple todos los requisitos que exige el Tribunal Constitucional y el TUO del Congreso de la República.

Finalmente, el Procurador deja constancia que al demandante jamás se le convocó en condición de acusado, conforme consta de la carta de fecha 08 de marzo de 2013, donde no corre que se le atribuya la comisión de delito, falta o infracción alguna, lo cual también le fue comunicado al Defensor del Pueblo; además, agrega, que las conclusiones a las que arribe la comisión no vincula a los órganos jurisdiccionales.

DECIMO CUARTO: Antes de entrar al fondo del asunto sobre este punto, es preciso hacer notar que mientras la Comisión Investigadora demandada, a través de su Presidente, el señor Sergio Fernando Tejada Galindo, en la misiva remitida al actor, fechada el día 08 de marzo de 2013-folio 03 a 05- le indica: (...) "También debo manifestar que la sentencia del caso Tineo Cabrera no establece en su resolución que posee la naturaleza de jurisprudencia de observancia obligatoria y/o precedente

vinculante, sino únicamente le "pone en conocimiento del Congreso de la República para que en las investigaciones, que realice se respete el debido proceso". Mientras el reglamento del Congreso no se modifique en los términos que sugiere el Tribunal la comisión se sujeta a sus disposiciones normativas que están plenamente vigente con rango legal"; posición que es ratificada- la Mega comisión ante la Defensoría del Pueblo tal como consta del informe de adjuntía N° 001- 2013-DP/AAC-obrante de folio 323 a 338-, emitido en base a la queja interpuesta por el actor contra la citada comisión; sin embargo, el Procurador del Congreso cambia de estrategia de defensa en sede judicial, ya que no rechaza los efectos vinculantes de las sentencias del Tribunal Constitucional, por el contrario, las reconoce y se esfuerza en argumentar que la Comisión si cumplió con la sentencia del TC y el Reglamento del Congreso, teniendo en cuenta que el actor tiene la calidad de investigado y no acusado, y que para el estado del procedimiento la misiva que se le remitió al actor es correcta, además, agrega, que como el procedimiento continua, con posterioridad se le precisarán con mayor detalle los cargo, teniendo en cuenta el avance de las investigaciones. Entonces, en este punto es importante dilucidar si por tener el actor la calidad de investigado y no de acusado no se le deben precisar los cargos, los hechos v los delitos v/o infracciones por las cuales se le investiga.

DECIMO QUINTO: En el presente proceso queda descartado el análisis si debe tomarse en cuenta para resolverse el caso la sentencia expedida por el TC en el caso: 156-2012-PHC/TC, en atención a que el Procurador no ha controvertido su aplicación.

Y sobre el derecho a la comunicación previa y detallada de la acusación el TC ha señalado:

2.2. §Derecho a la comunicación previa y detallada de la acusación

17. De conformidad con el artículo 8.2.b) de la Convención Americana, una vez que se formula una acusación, ésta debe ser comunicada de manera "previa y detallada" al inculpado. En sentido similar, el Título Preliminar del Código Procesal Penal en su artículo

IX reconoce que toda persona tiene derecho "a que se le comunique de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra".

Al respecto, conviene precisar que en la sentencia del Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, de fecha 17 de noviembre de 2009, la Corte Interamericana ha precisado que el ejercicio de este derecho se satisface cuando:

a. Se te informa al interesado no solamente de la causa de la acusación, esto es, las acciones u omisiones que se le imputan (tiempo, lugar y circunstancias), sino también las razones que llevan al Estado a formular la imputación, los fundamentos probatorios de ésta y la caracterización legal que se da a esos hechos.

b. La información es expresa, clara, integral y suficientemente detallada para permitir que el acusado ejerza plenamente su derecho a la defensa y muestre al juez su versión de los hechos. Esto quiere decir que la acusación no puede ser ambigua o genérica.

En sentido similar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo, el Tribunal Europeo) en la sentencia del Caso Aygoban y otros c. Turquía, de fecha 22 de diciembre de 2005, precisó que toda persona acusada tiene derecho a ser informada de los motivos de la acusación, entendiendo por ellos, tanto los actos en los cuales se sustenta, como su naturaleza, esto es, la calificación legal de tales actos. Además, la información sobre los motivos y la naturaleza de la acusación debe ser acusada para permitirle al acusado preparar su defensa.

A decir de la Corte Interamericana, este derecho "rige incluso antes de que se formule en sentida estricto". Para que se satisfaga los fines que le son inherentes, es la notificación ocurra previamente a que el inculpado rinda su primera declaración autoridad pública". Evidentemente, el "contenido de la notificación variará de, de las investigaciones, llenando a su punto máximo cuando se pro-

duce la presentación formal y definitiva de cargos. Antes de ello y como mínimo el investigado deberá conocer con el mayor detalle posible los hechos que se le atribuyen". (Subrayado y negrilla nuestros).

Y es que la transición entre "investigado" y "acusado" -y en ocasiones incluso "condenado"- puede producirse de un momento a otro. Por ello, la Corte Interamericana ha subrayado que no "puede esperarse a que la persona sea formalmente acusada o que (...) se encuentre privada de la libertad para proporcionarle la información [expresa, clara, integral y suficientemente detallada de la que depende el oportuno ejercicio del derecho a la defensa", (subrayado nuestro)

19. Ahora bien, el hecho de que el inculpado pudiese conocer por los medios de comunicación respecto del tema de la investigación, ello no le exime al Estado de su obligación de informarle previa y detalladamente el contenido de la acusación. Tomando en cuenta dicha circunstancia, la Corte Interamericana ha enfatizado que "[e]l investigado, antes de declarar, tiene que conocer de manera oficial cuáles son los hechos que se le imputan, no sólo deducirlos de la información pública o de las preguntas que se le formulan" (Caso Barreto Leiva vs. Venezuela). (Negrilla nuestro)

En buena cuenta, la finalidad de este derecho es brindarle al acusado en forma oportuna todos los elementos de hecho y de derecho, así como los medios probatorios que fundamentan la acusación con el fin de que éste pueda ejercer en forma adecuada y razonable su derecho a la defensa. (...)

b. §Derecho a la comunicación previa y detallada de la acusación en sede parlamentaria.

21. No cabe duda que las comisiones investigadoras del Congreso constituyen la primera fase del proceso acusador de los altos funcionarios del Estado. Primero se investiga y como consecuencia de las investigaciones se concluye en la mayoría de los casos sugiriendo al Pleno del Congreso el levantamiento de las inmunidades y las

prerrogativas; o la iniciación de procedimientos de acusación ante el Ministerio Público por la comisión de supuestos delitos, o en su defecto el traslado de cargos por inconductas funcionales o por actuaciones reñidas con la ética parlamentaria. En otras oportunidades las comisiones formulan denuncias ante el sub-grupo de acusaciones constitucionales para el inicio de las respectivas acusaciones. Más aún, un parlamentario que haya sido o sea miembro de una comisión investigadora puede denunciar ante la subcomisión de acusaciones constitucionales a cualquier funcionario que haya sido invitado a declarar. Con vertiginosa rapidez v a veces por la fuerza de la influencia mediática, el invitado puede pasar de la condición de citado a acusado, sin que en el Interin haya podido ni siquiera enterarse qué se investiga, para qué se investiga y por qué se lo cita. Es obvio que ante estas situaciones la persona se halla en una completa indefensión. Igual a la del ciudadano cuando es víctima de investigaciones policiales o del Ministerio Público que acontecen sin motivaciones razonables, con exceso de tiempo y sin control judicial.

22. En la siempre constante labor de optimización de los derechos fundamentales, la doctrina, la judicatura y el Código Procesal Constitucional han ampliado los efectos protectores del proceso constitucional de hábeas corpus. Este procede para amparar "el derecho a que se observe el trámite correspondiente cuando se trate del procedimiento o detención de las personas, a que se refiere el artículo 99° de la Constitución" [artículo 25° inciso 19 del Código Procesal Constitucional].

    Y no cabe duda que "la observancia del trámite correspondiente" hace referencia no a cualquier trámite, sino a aquel que tiene lugar con las garantías del debido proceso.

23. El derecho a la comunicación previa y detallada de la acusación, supone en primer lugar que las comisiones investigadoras deben dar a conocer con claridad bajo qué cargos y por qué circunstancias se cita a una persona a declarar. Impone asimismo al Congreso la obligación de legislar con claridad los distintos procedimientos sancionatorios,

especialmente para garantizar los derechos que le asisten a quienes son investigados y citados. Es la única forma de garantizar que los altos funcionarios o los ciudadanos, según sea el caso, conozcan en forma previa, ciara, integral y suficientemente detallada los hechos (acciones u omisiones) por los que son citados a una Comisión investigadora; o los delitos que se le imputan en el ejercicio de la función (antejuicio) o las infracciones constitucionales previamente tipificadas (juicio político), a fin de que puedan ejercer en forma efectiva su derecho a la defensa. (Negrilla nuestro).

24. El incumplimiento del derecho a la comunicación previa y detallada de la acusación o de los motivos de la investigación, pueden constituir una clara vulneración del derecho a la defensa, como ya lo dejó sentado en su oportunidad la Corte Interamericana en el caso Tribunal Constitucional vs. Perú, cuando indicó que la vulneración del derecho al debido proceso se produjo por cuanto "los inculpados no tuvieron conocimiento oportuno y completo de los cargos que se les hacían y se les limitó el acceso al acervo probatorio".

DECIMO SEXTO: Sobre la base de lo expuesto, es claro que el respeto al derecho al debido proceso en sede parlamentaria no sólo se debe ocurrir cuando el actor tenga la condición de acusado, sino también en su calidad de investigado, en tanto que una persona no puede ser sometida a un procedimiento investigatorio sin que previamente exista alguna razón que la justifique.

Es cierto que el Congreso de la República tiene facultades para investigar temas relaciones con el interés público, pero aceptar la tesis de que cualquier persona puede ser investigada por la sencilla razón de haber sido Presidente de la República, Congresista, Ministro, etc., no resiste mayor análisis en tanto en nuestro sistema jurídico se presume la actuación licita de los funcionarios públicos y la presunción de inocencia[1]; además, los procedimientos penales, administrativo

1 En TC en la STC 1768-2009-AA, sobre el principio de presunción de inocencia ha señalado:

sancionador o parlamentarios no pueden activarse sin alguna razón que la justifique, tiene que existir indicios razonables de alguna ilicitud. Lo contrario, podría implicar que se inicien procesos parlamentarios sin ninguna razón y sólo con la finalidad de perjudicar al adversario político, lo que indudablemente no es el fin de las comisiones investigadoras.

Bajo dicho parámetro, y teniendo en cuenta que el procedimiento parlamentario sigue en trámite, es preciso señalar que se analizará si al momento de citar al actor como investigado, la comisión investigadora cumplió con precisarle los cargos por las que debía ser investigado y por qué circunstancias sé le cita a declarar en tal condición. Es decir, que presumibles delitos se le imputan en el ejercicio de sus funciones o que infracción constitucional previamente tipificada habría incurrido, en el momento que se le cita como investigado.

"3. En el Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos, el derecho a la presunción de inocencia aparece considerado en el artículo 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el sentido de que "Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. (...)". De igual modo, el citado derecho es enfocado en el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En relación con esta última, "(...) la Corte ha afirmado que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que upa-persona es inocente hasta que su culpabilidad es demostrada".

4. En concordancia con estos instrumentas internacionales de protección de los derechos humanos, el artículo 2, inciso 24 de la Constitución establece que "Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad. De esta manera, el constituyente ha reconocido la presunción de inocencia como un derecho fundamental. En un lamento del derecho a la presunción de inocencia se halla tanto en el principio-derecho de dignidad de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado",

DECIMO SETIMO: En el documento obrante de folio 03 a 05, fechado 08 de marzo de 2013, el Presidente de la Comisión citó al actor para el día 03 de abril de 2013, a horas 10:00 de la mañana

La comisión le manifiesta al actor que en base al mandato del Congreso de la República, viene investigando los siguientes casos:

- Manejo de la Empresa SEDAPAL, y el Caso del Sistema integral de Ad-ministración Comercial - SIAC.
- Programa Agua para Todos.
- Indultos presidenciales y conmutación de penas.
- Supuestas presiones políticas e interferencia de ex altos funcionarios en el caso Business Track.
- Presunto Enriquecimiento de ex altos funcionarios del Estado.

"Por esa razón, los congresistas de ese grupo estiman necesario recoger su manifestación, en procura de conocer su versión acerca de algunos hechos concretos lo cual debe coadyuvar con las investigaciones que se están desarrollando"

En este contexto, se le cita para que responda entre oirás cuestiones a los siguiente

- Su presunta participación, intervención, aquiescencia u omisión intencional en el Caso Business Track, específicamente respecta de tas supuestas presiones políticas que se habrían producido en torno del caso.
- Su presunta participación, intervención, aquiescencia u omisión intencional en la emisión de decretos de urgencia y decretos supremos referidos a programas y/o proyectos de agua y saneamiento, SEDAPAL, Agua Para Todos, en al período en el que ocupó la Presidencia de la República (2006-2011).
- Sus antecedentes empresariales, así como sus bienes, rentas y patrimonio.

- Presuntas irregularidades en (a concesión de indultos y conmutaciones de penas, durante su gestión como Presidente de /a República,
- Presuma responsabilidad da funcionarios subordinados a usted en la Presidencia del Consejó de Ministros, Ministerio de Vivienda, SEDAPAL, FONAFE, Ministerio del Interior, Ministerio de Justicia, o vinculados con la Comisión de Gracias Presidenciales en el proceso de indulto a José Enrique Crousillat u otras personas.

DECIMO OCTAVO: Ahora bien, del análisis del citado documento se advierte que al actor se le considera investigado debido a que fue Presidente de la República en el periodo del 2006 a 2011, por lo que la Comisión considera pertinente interrogarlo sobre los procedimientos y acciones que llevó a cabo, ordenó permitió u omitió como Presidente de la República, en el marco de las funciones y competencias inherentes al cargo en cuestión y que estén vinculados con los casos referidos.

Planteada así las cosas, no permite conocer, al actor, de manera suficiente y concreta cuáles son los hechos materia de investigación y específicamente sus circunstancias y la manera en que estas estarían vinculadas con él. En pocas palabras, indiciariamente, cuáles son los acciones y/o omisiones que consideran en que habría incurrido el actor que tipifican como posible delitos, faltas y/o infracciones constitucionales que permitan considerarlo como investigado, ya que el simple hecho de haber ejercido el cargo de Presidente de la República no le puede generar tal condición.

DECIMO NOVENO: Debe precisarse también, como lo señala ¡a Defensoría del Pueblo, que "si bien no se puede exigir una atribución definitiva y acabada de los cargos ni garantizar un grado de imputación, como el ámbito penal, también es cierto que las comisiones investigadoras deben garantizar a toda persona investigada el derecho a conocer- con el mayor detalle- los hechos que se le atribuyen".

Sobfre este punto. es pertinente traer a colación que la CIDH en el caso Barreto ezueia, en el fundamento 30 de su sentencia, señaló: "el artícu-

lo 8.2 b convencional rige incluso antes que se formule "acusación" en sentido estricto. Para que el mencionado artículo satisfaga los inherentes, es necesario que la notificación ocurra previamente a que el inculpado rinda su primera declaración ante cualquier autoridad pública".

Agrega, en el fundamento 31: "Evidentemente, el contenido de la notificación vanará de acuerdo al avance de las investigaciones llegando a su punto máximo, expuesto en el párrafo 28 supra, cuando se produce la presentación formal y definitiva de cargos. Antes de ello y como mínimo el investigado deberá conocer con el mayor detalle posible los hechos que se le atribuye."

VIGESIMO: En el caso particular de la revisión de los autos, se puede advertir que la Comisión tuvo la posibilidad al momento de citar al actor como investigado de señalarle sobre los hechos que se atribuyen para ser considerado como tal en atención a las mociones de orden del día presentadas por el Congresista Heriberto Manuel Benitez Rivas (ver folio 458 a 467) y la presentada por la Bancada Parlamentaria Gana Perú (folio 471 a 477); además, lo actuado por la propia comisión hasta antes de la citación cuestionada.

En tal sentido, si como lo señala la CIDH en el fundamento 62 de la sentencia dictada en el caso Barreto Leiva Vs Venezuela, "el derecho de defensa surge desde el momento en que se ordena investigar a una persona", es claro que al actor se le debió señalar con el mayor detalle posible los hechos que se le atribuye como ilícitas a fin de que pueda preparar su defensa, y descargar sobre los cargos que se le atribuyen y no sólo señalarle de manera genérica los casos que se investigan e indicarle presuntas participaciones en los mismos. Entonces, es claro que el hecho que el actor tenga la calidad de investigado y no de acusado, no eximía a la Comisión demandada de indicarle con mayor precisión posibles los cargos que se le atribuyen, en tanto estuvo en la posibilidad de efectuarlo.

Y si bien el Procurador de la Comisión demandada señala que de acuerdo al avance de la investigación se precisarían los cargos al actor para que ejerza su defensa; sin embargo, pese a los avances de la investiga-

ción tal situación no ha sido regularizada; por el contrario, al momento que se redacta la presente sentencia, la prensa da cuenta (información pública) que la Comisión ya estaría por debatir un pre proyecto de acusación, pero el Procurador no ha aportado al proceso ningún elemento probatorio que desvirtúe tales informaciones.

Por lo expuesto, en este punto la demanda debe ser estimada.

iii) Derecho a la defensa.

VIGÉSIMO PRIMERO: Sobre este punto, el actor señala que al no haberse precisado los cargos por las que se le investiga, se le ha violado su derecho de defensa, en tanto no se le ha dado la oportunidad de defenderse. Agrega, que la Comisión solo está siendo utilizada con fines políticos de demolición, se filtra información pese a que ellos mismos alegan la necesidad de reserva de la investigación.

Por su parte el Procurador Público de la demandada niega afectación alguna al derecho de defensa del actor; además, agrega, que la Comisión tiene facultades de investigación sobre temas de interés público.

VIGESIMO SEGUNDO: Al respecto, debe señalarse que al haberse acreditado que no se ha establecido con el mayor detalle posible los cargos que se le atribuyen al actor para que tenga la condición de investigado, es claro que se ha afectado su derecho de defensa ya que si bien cuenta con defensa técnica no ha tenido la oportunidad de preparar una defensa adecuada en tanto no conocía con precisión los cargos que se le atribuyen.

Además, algo que es más grave, la Comisión le comunica al actor lo siguiente:

Es decir, tampoco se le permitió acceder a lo actuado en la Comisión para que pueda ejercer una adecuada defensa. El hecho que la investigación sea reservada no implica de modo alguno que el investigado no pueda conocer de lo actuado. Puede ser reservado para terceros, pero no para las partes involucradas en el procedimiento.

Por otro lado, si bien pueden existir reserva de diligencias para garantizar la eficacia de la investigación, y si bien le "asiste al Estado la potes-

tad de construir un expediente en búsqueda de la verdad de los hechos, adoptando las medidas necesarias para impedir que dicha labor se vea afectada por la destrucción u ocultamiento de pruebas. Sin embargo, esta potestad debe armonizarse con el derecho de defensa del investigado, que supone, inter alía, la posibilidad de conocer los hechos que se le imputan" (fundamento 45 de la sentencia Barreto Leiva vs. Venezuela).

Por tal motivo, en este punto la demanda también debe ser estimada siguiendo a la CIDH: "(...) El investigado, antes de declarar, tienen que conocer de manera oficial cuáles son los hechos que se le imputan, no sólo deducirlos de la información pública o de las preguntas que se le formulan. De esta forma su respuesta podrá ser efectiva y sin el margen de error que las conjeturas producen; se garantizará el principio de congruencia, según el cual debe mediar identidad entre los hechos de los que se informa al inculpado y aquellos por los que se le procesa acusa y sentencia; y se asegura el derecho a la defensa. Además, en el caso particular se debió tener mayor cuidado si tenemos en cuenta que la llamada Mega comisión no sólo ventila en su seno uno o dos casos, sino estaría investigando diversos temas supuestamente ocurridos durante la gestión presidencial del actor, que no resulta un labor sencilla, sino compleja.

iv) El derecho al juez parlamentario imparcial.

VIGESIMO TERCERO: La parte actora en este punto cuestiona al congresista Sergio Tejada Galindo y los demás miembros de ¡a comisión, señalando que no viene actuando con criterios objetivos y razonables, argumentando que pese a que ha declarado la reserva del procedimiento investigatorio, supuestamente por seguridad y para resguardar el honor de las personas, sin embargo, viene efectuando declaraciones a la prensa haciendo pública diversa información; además, ha filtrado un pre informe sobre los indultos y conmutaciones ocurridas durante su periodo donde adelanta opinión al encontrarle responsabilidad, pese a que ni siquiera ha sido escuchado; agrega, que el citado congresista, conjuntamente con otros congresistas de su bancada, le han formulado acusación constitucional en su contra.

Precisa el demandante que en el caso de los indultos y las conmutaciones de pena, tres días antes de que asistiera a declarar ante la Comisión Investigadora Multipartidaria emplazada, específicamente, el 31 de marzo del presente año, se filtró a la prensa un informe preliminar con fines de perjudicarlo, el que motivó diversos reportajes televisivos.

Por su parte, el Procurador señala que la Comisión es independiente e imparcial, por cuanto sus siete integrantes nunca solicitaron que se constituya la citada comisión conforme lo exige el primer párrafo del literal a) del artículo 88 del TUO del Reglamento del Congreso. Agrega, que tampoco se prueba que el congresista Tejada se encuentre actuando irregularmente, no actuando de modo imparcial como se denuncia.

VIGESIMO CUARTO: Sobre este punto debe indicarse que el artículo 8.1 de la Convención Americana y el artículo 139.2 de la Constitución, prescriben que toda persona tiene derecho a ser juzgada por un órgano imparcial e independiente. A decir del Tribunal Constitucional, este derecho también es exigible en la etapa de investigación, es decir, toda persona tiene derecho a ser investigada por una autoridad imparcial y objetiva (Cfr. STC 156-2012-PHC/TC) (2)

Hay que tener presente que la imparcialidad -según la jurisprudencia de la CIDH y del Tribunal Constitucional- puede ser analizada desde una doble perspectiva:

a. La subjetiva exige la neutralidad del investigador o del juzgador con las partes. Se relaciona con su actitud respecto al investigado

---

2 b.§ Derecho a ser juzgado por una autoridad independiente bajo criterios objetivos y razonables en sede parlamentaria 54. Pueda que parezca extraño exigir en sede del Parlamento, órgano político por excelencia, el derecho a ser juzgado por una autoridad independiente e imparcial. Pero no lo es. Muy por el contrario, el Congreso deberá tener el mayor de los cuidados a la hora de legislar los procedimientos de infracción constitucional y de inhabilitación, ya sea por la comisión de delitos o por infraccmnesa la Constitución. Importa en este aspecto una estricta regulación de las recusaciones, formulación de tachas y vía detallada lista de las causales de impedimento de los que integran las respectivas comisiones. (...)

o al procesado, es decir, que el investigador o el juzgador no tenga un interés directo.

b. La objetiva busca preservar la relación del investigador o del juzgador con el objeto de la investigación o del proceso. Busca eliminar las dudas o los temores legítimos o las fundadas sospechas de parcialidad en el investigador o el juzgador.

Por estas razones, en la STC 156-2012-PHC/TC el Tribunal Constitucional ha subrayado que la "imparcialidad puede verse afectada con las declaraciones del fiscal, del juez o de los integrantes del tribunal fuera de la investigación o del proceso que se encuentren tramitando, respectivamente. Si bien son titulares del derecho a la libertad de expresión, cuando efectúan declaraciones relacionadas con el ejercicio de las funciones que ejercen, deben actuar con neutralidad y prudencia, no pueden evidenciar o proyectar prejuicios o juicios de valor sobre el investigado en el caso del fiscal o sobre el imputado o alguna de las partes en el caso del juez o de los integrantes del tribunal, ni tampoco convicciones personales sobre lo investigado o sobre el objeto de juzgamiento, ya que ello afectaría su imparcialidad". Este criterio le resulta aplicable y exigible, mutatis mutandi, a la Comisión Investigadora Multipartidaria emplazada.

A mayor abundamiento, en una reciente Sentencia N° 00512-2013-PHC/TC., recogiendo la doctrina establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, respecto de la teoría de la apariencia acuñada en el Caso De Cubber contra Bélgica, del 26 de octubre de 1984, en sus considerandos 3.3.5 y 3.3.6 el TC señala lo siguiente:

EXP. N.° 00512-2013-PHC/TC

PASCO

JESÚS GILES ALIPAZAGA Y OTROS

3.3.5. De este modo, no puede invocarse el principio de independencia en tanto existan signos de parcialidad, pues según el entero del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual comparte este Colegiado: "[Un] Tribunal no podría, sin embargo, conten-

tarse con las conclusiones obtenidas desde una óptica puramente subjetiva; hay que tener igualmente en cuenta consideraciones de carácter funcional y orgánico (perspectiva objetiva). En esta materia, incluso las apariencias pueden revestir importancia (...); debe recusarse todo juicio del que se pueda legítimamente temer una falta de imparcialidad. Esto se deriva de la confianza que los tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los justiciables (...)" (subrayado nuestro, Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso De Cubber contra Bélgica, del 26 de octubre de 1984) [Cfr. STC N.º 0004-2006-PI/TC, FJ 20].

3.3.6. Esta teoría, llamada de la apariencia y formulada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con el brocardo "justice must not only be done; it must also be seen to be done" [no sólo debe hacerse justicia, sino también parecerlo que se hace] (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Delcourt vs. Bélgica, de 17 de enero de 1970, párrafo 31), no consiente que, en abstracto, este Tribunal pueda establecer cuáles son esas condiciones o características de orden orgánico o funcional que impiden que un juzgador pueda ser considerado como un ente que no ofrece una razonable imparcialidad. Su evaluación, por el contrario, debe realizarse en cada caso concreto [Cfr. STC N.º 06149-2006-PA/TC, FJ 59].

VIGESIMO QUINTO: Conforme se advierte de autos, la investigación que viene realizando la Comisión Investigadora Multipartidaria emplazada se inició debido a un mandato del pleno del Congreso, conforme se advierte de la carta que la cita Comisión le remitió al actor-ver folio 03 a 05-:

La carta remitida al actor fue firmada por el Presidente de la Comisión indicada, el señor Tejada.

VIGESIMO SEXTO: La investigación que viene realizando la Comisión Investigadora Multipartidaria emplazada, así como algunas de sus actuaciones son de conocimiento público. Sobre el particular, debe indicarse lo siguiente:

1. El día 03 de abril del 2013-instantes previos a la presentación del Ex Presidente Alan García Pérez ante la mega comisión- los congresistas Mulder y Tubino acusan al presidente de la "megacomisión" de la filtración del informe preliminar "Caso; conmutaciones de penas y gracias presidenciales" en el Programa "Cuarto Poder" del Canal 4 emitido el día domingo 31 de Marzo del 2013, en donde se da cuenta de una filtración de un pre informe que todavía no había sido debatido por la Comisión en pleno. El video de ésta sesión se puede cotejar en la siguiente dirección:

   Fuente:http:/ywww.youtube.com/watch?v~fJ3xqDqivvk&feature=piay er_embedded. (Página visitada el 18 de setiembre de 2013).

   Fuente:

   http://elcomercio.pe/actuaíidad/1558727/noticia-video-sergio-tejada-mauricio-muider-se-dijeron-todo-megacomision. (Página visitada el 18 de setiembre de 2013).

2. El 27 de junio de 2013, el congresista Sergio Tejada (Presidente de la citada Comisión) criticó la interposición de la demanda de autos, sosteniendo que "Lo que busca [el demandante] es que haya impunidad".

   Fuente:

   http://www.americatv.com.pe/portal/noticias/actuaiidad/sergio-tejada-critic-acci-n-de-amparo- de-alan-garc-lo-que-busca-es-que-haya-impunidad-2013^_(Página visitada el 18 de setiembre de 2013).

3. El 5 de agosto de 2013, el congresista Sergio Tejada (Presidente de la citada Comisión) refirió a Idl radio que había encontrado ochenta aportes al APRA de sentenciados por tráfico ilícito de drogas o robo agravado que fueron beneficiados con indultos durante el último gobierno de Alan García. Específicamente, precisó que "Hay también un par o algunos cuantos que fueron sentenciados

por robo agravado y después fueron conmutados por el gobierno aprieta. Yo creo que esto es bastante grave.

Fuente:

http://péru21.pe/politicb/hallan-80~aportes- al- apra-favorecidos-nar-coinduitos-2143318. (Página visitada el día 18 de setiembre de 2013).

4. El día 6 de septiembre del 2013, se filtra a la prensa el informe preliminar respecto del caso "Business Track", apareciendo incluso en diversos medios de comunicación el contenido de las conclusiones y recomendaciones de dicho pre informe. Filtración que ha sido reconocido por el propio Presidente de la referida comisión en los diferentes medios de comunicación, justificando que iniciará una investigación para dar con los responsables de dicha filtración.

   Fuente:

   http://peru21.pe/poiitica/megacomision-recomienda-acusar-alan-gar-cia-caso-btr-2148076. (Página visitada el 18 de setiembre de 2013).

5. Finalmente, el 7 de setiembre de 2013, el congresista Sergio Tejada (Presidente de la citada Comisión) con relación a que el informe preliminar del caso Business Track ha sido filtrado el día anterior, señaló que "Hay casos graves. Aquellos que aparecían en los audios negociando hasta ahora no están procesados".

   Fuente:

   http://laprensa.pe/actualidad/noticia-sergio-tejada-alan-garcia-aque-llos-que-aparecian-audios- hasta-ahora-no-tienen-proceso-12316. (Página visitada el 18 de setiembre de 2013).

VIGESIMO SETIMO: Luego de lo expuesto, y de la revisión de autos, no se advierte de forma manifiesta una falta de imparcial de la megacomisión en conjunto, sólo que el Presidente de la Comisión demandada, señor Tejada, viene efectuando declaraciones a la prensa sobre un procedimiento aún no concluido, que ha sido declarado reserva-do. No

hay elemento probatorio directo que acredite que el señor Tejada tenga una opinión formada sobre lo que se investiga debido a que no se prueba documentalmente que los pre-informes filtrados a la prensa tengan su firma como para considerarlo como adelanto de opinión que afecte gravemente el procedimiento por tal situación.

Lo que si se advierte es un manejo inadecuado del procedimiento investigatorio al permitirse que se filtren a la prensa algunas actuaciones que rompen la reserva del mismo, afectando su tramitación ya que genera cuestionamientos de los investigados contra los miembros de la comisión, alegándose la falta de idoneidad para llevar a cabo el citado procedimiento. Los señores Congresistas deben tener en cuenta que cuando forman parte de una comisión investigadora, la apariencia de imparcialidad con que deben actuar, es y debe ser muy alta, real y efectiva. Tanto más, si quien o quienes investigan son adversarios políticos del investigado.

Por tanto, en este punto, sólo corresponde exhortar a la Comisión que investigue las filtraciones de información que perjudica su labor que debería llevarse de manera más objetiva posible; asimismo, respete el derecho al debido proceso y el principio de inocencia de los investigados, teniendo en cuenta la complejidad de temas que ventilan y la trascendencia de las mismas; sin perjuicio de que el Congreso de la República tome los correctivos de acuerdos a sus atribuciones.

VIGESIMO OCTAVO: Por último, cabe precisar que !a decisión del Juzgado no tiene por finalidad excluir al actor del procedimiento investigatorio llevado a cabo por la denominada megacomisión, sino simplemente que en dicho procedimiento se respeten sus derechos fundamentales, en tanto si bien el Congreso de la República tienen facultades para investigar, el mismo debe llevarse a cabo respetando el derecho de defensa de todo investigado. En un Estado Constitucional de Derecho es vital el respeto a los derechos de las personas, lo cual debe ser tutelado por los jueces del Poder Judicial que constituye la última instancia para la salvaguarda de los derechos de los ciudadanos ante su amenaza

por los organismos públicos, las fuerzas del mercado o sus propios conciudadanos[3] .

VIGESIMO NOVENO: En consecuencia, la demanda debe ser declarada fundada en parte, ya que se ha probado que se ha afectado el derecho al debido proceso parlamentario del actor, al no habérsele detallado los hechos que se le imputan, ni precisado las conductas ilícitas por las cuales se le investiga y que constituyan delitos, faltas y/o infracciones constitucionales, su derecho a la defensa en tanto no ha tenido oportunidad de efectuar una defensa adecuada al declararse reservado el proceso para él conforme a la carta que se le remitió fechada el día 08 de marzo de 2013.

TRIGESIMO: La parte demandada debe pagar costos del proceso de conformidad con el artículo 56 del Código Procesal Constitucional.

DECISIÓN:

Por las razones expuestas, el Juez del Quinto Juzgado Constitucional, impartiendo Justicia en nombre de la Nación, DECIDE:

1. DECLARAR FUNDADA EN PARTE la demanda de amparo interpuesta por el señor Alan Gabriel Ludwing García Pérez, al haberse acreditado la violación a su derecho al debido proceso. Por tanto: SE DECLARA NULO lo actuado por la "Comisión Investigadora Multipartidaria encargada de investigar la gestión de Alan Gabriel García Pérez como Presidente de la República" respecto al actor con posterioridad a la citación que se le efectuó mediante documento de fecha 08 de marzo de 2013. Reponiendo las cosas al estado anterior a la violación de los derechos constitucionales del actor: SE ORDENA a la "Comisión Investigadora Multipartidaria encargada de investigar la gestión de Alan Gabriel García Pérez como Presidente de la República" proceda a citar al actor con el mayor detalle posible sobre los hechos que consideren per-

3 Marlen Seña Jorge F., El Error judicial y la formación de los jueces, Barcelona, Gedisa, p. 11.

tinente respecto a las posibles conductas ilícitas, ya sean penales y/o infracciones constitucionales que deben ser materia de investigación; asimismo, se le permita tener acceso a la documentación obrante en la investigación y se le ponga en conocimiento de los medios probatorios que respalden las ccepto los reservados), a fin de ejerza su derecho a la defensa descargos que considere pertinente en un plazo razonable, bajo apercibimiento de aplicarse los apercibimientos establecidos en los artículos 22 y 59 del Código Procesal Constitucional.

2. SE DECLARA INFUNDADA LA DEMANDA respecto a la exclusión del actor, Alan Gabriel Ludwing García Pérez, del procedimiento de investigación que se le ha iniciado en el Congreso, debiendo someterse al mismo brindando la colaboración del caso.

3. INFUNDADA LA DEMANDA respecto a la afectación a los derechos al debido proceso, respecto a la desviación del procedimiento pre establecido por ley.

4. EXHORTAR a los miembros de la Comisión Parlamentaria: que lleve adelante una investigación respetando la reserva del mismo, evitando dar declaraciones que puedan ser tomadas como adelanto de opinión y que se filtre documentación que se elabore en el mismo; asimismo, investiguen y sancionen a las personas responsables de las filtraciones que vienen perjudicando su labor; sin perjuicio, de que el Congreso de la República en uso de sus atribuciones constitucionales tomen los correctivos que considere necesario.

5. EXHORTAR AL CONGRESO DE LA REPÚBLICA: que proceda a incorporar a su reglamento las recomendaciones efectuadas por el Tribunal Constitucional en las sentencias dictadas en los procesos: STC 006-2003-AI/TC y STC 156- 2002-PHC/T

6. Modifíquese a las partes.

SALA PENAL PERMANENTE

EXTRADICIÓN ACT. N° 11-2015 LIMA

Lima, seis de febrero de dos mil quince.-

VISTOS; la solicitud de extradición activa formulada por el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria de la Sala Penal Nacional, a las autoridades del Estado Plurinacional de Bolivia, respecto del ciudadano peruano **MARTÍN ANTONIO BELAÚNDE LOSSIO**, en el proceso penal que se le sigue por delito de peculado y asociación Ilícita; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo PARIONA PASTRANA; con lo expuesto por el Fiscal Supremo en lo Penal; y,

CONSIDERANDO:

I. SOBRE EL PEDIDO DE AMPLIACIÓN DE IMPUTACIÓN FÁCTICA Y LEGAL DE LA SOLICITUD DE EXTRADICIÓN ACTIVA CONTRA MARTÍN ANTONIO BELAUNDE LOSSIO:

1.1. El Fiscal Supremo Adjunto, en su intervención oral solicitó la suspensión de la audiencia llevada a cabo en la fecha, en mérito a que tiene conocimiento que existe una ampliación de investigación preparatoria contra Martín Antonio BELAÚNDE LOSSIO como presunto autor del delito de lavado de activos, en agravio del Estado.

1.2. Por su parte, el Procurador Público en su intervención oral, de igual modo, solicitó la reprogramación de la presente audiencia,

considerando que con fecha treinta de enero de dos mil quince se emitió la Disposición N° 69, en la cual se amplía la investigación preparatoria contra el requerido BELAÚNDE LOSSIO, por los delitos antes mencionados.

1.3. En ese sentido, la Procuraduría Pública sustentó el escrito del tres de febrero del año en curso, en el cual solicitó tener en cuenta para los efectos de una futura acumulación de imputaciones fácticas y legales, al haberse requerido al Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional la ampliación de imputación fáctica y legal de la solicitud de extradición activa contra el investigado Martín Antonio Belaúnde Lossio, en mérito a la ampliación de investigación preparatoria seguida en su contra, como autor del delito de lavado de activos, en agravio del Estado.

1.4. Al respecto, se debe precisar que conforme lo establece la Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo ciento treinta y cuatro *"La vista de la causa sólo se suspende por no conformarse Sala [...]"*. Siendo así, en el presente caso se aprecia que el pedido de suspensión de audiencia por parte del Ministerio Público y la Procuraduría Pública no tiene sustento legal, máxime si el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria inició el procedimiento correspondiente, solicitando la extradición activa del ciudadano peruano Belaúnde Lossio, elevando el cuaderno de extradición a este Supremo Tribunal, de conformidad con el artículo quinientos veintiséis del Código Procesal Penal, únicamente por los delitos de peculado y asociación ilícita, y si bien posteriormente se amplió la investigación preparatoria contra el antes mencionado, por delito de lavado de activos, aun cuando se haya solicitado a la judicatura correspondiente, la ampliación de la solicitud de extradición para que se comprenda dicho ilícito penal; sin embargo, ello no obliga a este Supremo Tribunal a suspender la audiencia, sea a la espera del resultado ampliatorio por parte del Juzgado, referida al delito de lavado de activos, ya que cabe la ampliación de extradición por delitos que no fueron sometidos; toda vez que, sin perjuicio del procedimiento que se siga, la Sala Suprema está en la facultad de

proseguir con el pedido de extradición por los delitos invocados. En consecuencia, se dispone la prosecución de la audiencia de extradición, a efectos de pronunciarse sobre el fondo del asunto.

II. SOBRE LA FORMACIÓN DEL CUADERNO DE EXTRADICIÓN – PROCEDIMIENTO Y REQUISITOS:

2.1. En primer término debemos precisar que la Constitución Política del Estado Peruano establece como derecho fundamental de la persona, la libertad y la seguridad personal; así señala en su artículo segundo, numeral 24.d. *"Nadie será procesado ni condenado por un acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado pena no prevista en la ley"*. Asimismo, en su artículo ciento treinta y nueve numeral once prevé: *"La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales"*.

2.2. Por su parte, nuestro Código Penal, en su artículo sexto prevé que la ley penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible. No obstante, se aplicará la más favorable al reo, en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales.

2.3. En ese contexto, es de suma importancia y trascendencia que al momento de imputar un hecho punible a cualquier ciudadano se logre establecer claramente el inicio y culminación del evento delictivo imputado; lo que implica; además, que se establezca la vigencia de la norma penal que deberá ser imputada a la fecha de los hechos.

2.4. Dicho aquello, el artículo quinientos veinticinco del Código Procesal Penal en su segundo numeral establece que *"[..] La resolución de requerimiento de extradición activa deberá de precisar los hechos, objeto de imputación, su calificación legal, la conminación penal, los fundamentos que acreditan la realidad de los hechos delictivos y la vinculación del imputado en los mismos [...]"*. Asimismo, el artículo quinientos veintiséis del mismo cuerpo legal señala que *"El juez, luego de emitir la resolución respectiva, formará el cuaderno respectivo*

conteniendo, en lo pertinente, la documentación señalada en los numerales 1) y 2) del artículo quinientos dieciocho, así como la que acredita que el procesado ha sido ubicado en el país requerido, y si el Tratado o la legislación interna de dicho país exige prueba que fundamente la seriedad de los cargos, los medios de investigación o de prueba que lo justifiquen, sin perjuicio de ajuntar las normas de derecho interno y, de ser el caso, el Tratado aplicable al caso." Asimismo, conforme lo prevé el numeral 1.a) del artículo quinientos dieciocho del Código Procesal Penal la demanda de extradición debe contener la descripción del hecho punible, con mención expresa de la fecha, lugar y circunstancias de su comisión y sobre la identificación de la víctima así como la tipificación legal que corresponda al hecho punible.

2.5. Bajo ese contexto, de la documentación adjunta al presente cuaderno de extradición, así como lo expuesto por el representante del Ministerio Público y la Procuraduría Pública en el informe oral correspondiente, se verifica que el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional, responsable de la formación del cuaderno de extradición activa, ha omitido adjuntar la siguiente documentación: *i) La disposición N° 10, del ocho de agosto de dos mil catorce, el cual se emitió como consecuencia del pedido de la defensa técnica del requerido Belaúnde Lossio, en la cual se dispuso tener por precisado el marco de imputación general y específico en relación al mencionado investigado; ii) La Disposición N° 25, mencionada por el Fiscal Supremo Adjunto que informó en audiencia, en el cual, sostiene, se determinó que la concurrencia de los hechos investigados contra el requerido Belaúnde Lossio constituían un concurso real de delitos, y no ideal como se determinó en la Disposición N° 23 del veintisiete de marzo de dos mil trece (ésta última es la que se adjuntó al cuaderno de extradición); iii) La resolución de requerimiento de extradición emitida por el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria (conforme lo establece el segundo numeral del artículo quinientos veinticinco del Código Procesal Penal).*

2.6. Sin embargo, aun cuando existe la posibilidad de devolver el cuaderno de extradición a efecto de completar la documentación, en el caso concreto resulta innecesario, considerando que con la documentación remitida este Supremo Tribunal puede emitir pronunciamiento sobre el fondo, en tanto es factible efectuar un análisis adecuado de los elementos principales que debe contener un pedido de extradición, esto es, con lo adjuntado se puede establecer si existe una correcta imputación de los hechos por los que se le investiga al *extraditurus*, si se cumple con el principio de doble incriminación y si la acción penal no ha prescrito; motivo por el cual, atendiendo a lo previsto en el segundo numeral del artículo cuatrocientos veintiséis en concordancia con el cuarto numeral del artículo cuatrocientos veintiuno de Código Procesal Penal se procederá analizar la solicitud de extradición activa respecto del requerido BELAÚNDE LOSSIO.

III. SOBRE EL MARCO DE IMPUTACIÓN RELATIVO AL REQUERIDO MARTÍN ANTONIO BELAÚNDE LOSSIO:

3.1. Debemos iniciar mencionando que según la Solicitud de Extradición Activa en cuestión se advierte que el Juez a cargo consignó en el ítem *"4.- DE LOS CARGOS IMPUTADOS"* un marco de imputación general, en el cual textualmente se menciona lo siguiente: *"[...] la existencia de una organización de carácter delictivo conformada y liderada por Cesar Joaquín Álvarez Aguilar desde el inicio de su gestión como Presidente Regional de Ancash que empezó el año 2007, la que fue integrada por numerosas personas, funcionarios y servidores públicos [...]"*; sin embargo, ello no se condice con la descripción fáctica formulada en las Disposiciones Fiscales N° 28 y 46, adjuntas al cuaderno de Extradición, así como

Disposición Fiscal N° 10, presentada por la defensa del requerido Belaúnde Lossio, en tanto en las referidas disposiciones no se hace alusión alguna a la fecha en que se habrían perpetrado los hechos imputados al antes referido; conforme se reseñará a continuación.

3.2. Al respecto, cabe indicar que el extraditurus Belaúnde Lossio fue incluido como investigado por los delitos de asociación ilícita y peculado en mérito a la Disposición N° 28-2014, del veintiséis de mayo de dos mil catorce, en la que se amplió la investigación preparatoria –entre otros investigados– contra el citado requerido, donde en el ítem "De la premisa fáctica objeto de imputación", punto 6, se señala:

"(...) **a) Delito de Peculado.-** Se sustenta no solo en el hecho de haberse pagado a los periodistas denunciados y otros funcionarios con dinero provenientes de los "diezmos" y de fondos públicos, con ocasión de las obras adjudicadas a ciertos postores que fueron ejecutadas por el Gobierno Regional de Ancash; sino también, ese dinero al margen de haber servido para el pago de los imputados y para su fines ilícitos, también ha sido utilizado para subvencionar el sostenimiento y operatividad del local denominado "La Centralita"; **b) Delito de asociación ilícita para delinquir.-** Respecto a este delito la tesis imputativa radica esencialmente en el hecho de haberse conformado soterradamente una organización articulada y jerarquizada, con objetivos claros y definidos de ilicitud, permanentes en el tiempo y donde cada uno de sus integrantes desempeñaban roles específicos delictuales, los cuales lo realizaban a sabiendas de la ilicitud, a cambio de pagos dinerarios. Entre esas actividades estaban la de recaudar fondos dinerarios para sus actividades mediante el cobro de diezmos de las obras ejecutadas por el Gobierno Regional de Ancash; pagar a periodistas con la finalidad que éstos, desde sus respectivos programas televisivos y radiales, difundan el material (spots) elaborados en la "centralita", no sólo para exaltar las obras y levantar la imagen del líder de la organización, César Joaquín Álvarez Aguilar, Presidente Regional de Ancash, sino también difamar, injuriar y atacar a los opositores políticos y a cuanta persona le salga al frente; así como, también procesar chuponeos telefónicos, planificar atentados, direccionar adjudicaciones de obras, entre otros actos ilícitos; **c) Delito de Lavado de Activos.-** En cuanto a este ilícito, de los actos de investigación que se viene efectuando, se ha evidenciado que los

imputados comprendidos en el presente proceso, como producto de las actividades ilícitas que han venido realizando al ser parte de la organización delictiva, han obtenido sendos beneficios económicos, incrementando así indebidamente sus patrimonios, los cuales no solo habrían sido ingresados al tráfico financiero económico sino que también habrían sido ocultados para aparentar así su legitimidad y evitar la identificación de su origen ilícito, básicamente al colocarse estos activos a nombre de terceras personas, esto es, de testaferros"

Advirtiéndose de lo descrito que no se precisó la conducta punible específica ni el rol que cumplió el extraditurus Belaúnde Lossio en los eventos criminosos antes descritos.

3.3. Asimismo, en el punto 7 de la precitada Disposición Fiscal se hace la remisión a la Disposición de Formación y Continuación de la Investigación Preparatoria contra el encausado César Joaquín Álvarez Aguilar y otros, sin mencionar conducta ilícita atribuida al requerido Belaúnde Lossio, señalando *"en este estadio, atendiendo a que mediante Disposición N° 23-2014, de fecha 27 de marzo de 2014, respecto a los supuestos detallados en el punto anterior en los literales a) y b), ya se ha realizado la correspondiente calificación jurídica de subsunción al tipo penal concreto, esto es, al delito de peculado doloso en conexión con el delito de asociación ilícita para delinquir, en este caso concreto corresponde únicamente efectuar la calificación jurídica en cuanto al supuesto descrito en el literal c), del numeral anterior (...)"; consignando en la parte decisoria: "(...) Dispone: a) Ampliar la formalización y continuación de la investigación Preparatoria (...)"*, adjuntando un cuadro descriptivo donde se consigna a todos los investigados y los delitos de Peculado, asociación ilícita y lavado de activos, en el que se aprecia que al requerido Belaúnde Lossio se le imputa sólo los delitos de peculado, contenido en el artículo trescientos ochenta y siete del código Penal, en calidad de cómplice secundario, y asociación ilícita contenido en el artículo trescientos diecisiete del mismo cuerpo legal, en calidad de coautor, excluyéndosele del delito de lavado de activos.

3.4. Dicho aquello, es necesario precisar que las demás disposiciones adjuntas al presente cuaderno de extradición están referidas a ampliaciones en otros extremos, no referidos al extraditurus Belaúnde Lossio; sin embargo, aun cuando no obre en el cuaderno de extradición, la Disposición N° 10 del ocho de agosto de dos mil catorce, fue presentada por la defensa del requerido en su escrito del tres de febrero de año en curso –que fue materia de consulta en el informe oral por los miembros de Supremo Tribunal, al formularles preguntas al representante del Ministerio Público y la Procuraduría Pública sobre los hechos imputados–; Disposición Fiscal que se emitió en mérito al pedido de la defensa sobre la precisión del marco de imputación contra su patrocinado, en la que –según lo dispuesto– se habría precisado el marco de imputación general y específico en relación al investigado Belaúnde Lossio, señalando:

*"**los hechos genéricos** que se imputan en el presente caso, se remiten al inicio de su gestión de la persona de César Álvarez Aguilar, quien su calidad de Presidente de la Región Ancash habría conformado una organización criminal –con roles definidos cada uno de sus integrantes– que se beneficiaba con grandes cantidades de dinero de procedencia ilícita (procedente de cobros irregulares vinculados a la adjudicaciones de obras de diversas entidades de la región, denominados "diezmos") dinero que también habría sido utilizado para sostener las actividades que se realizaban en el lugar denominado "La Centralita", inmueble ubicado en el Jirón Los Pinos N° 600 - Urbanización La Caleta -Chimbote- Ancash; en el supuestamente funcionaba la oficina de la Empresa ILIOS PRODUCCIONES SAC de propiedad de MARTIN ANTONIO BELAÚNDE LOSSIO, la misma que en la ciudad de Chimbote estaba a cargo de Jorge Luis Burgos Guanilo (quien se habría encargado de realizar los pagos a periodistas y a las personas que participaban en las ediciones del material publicitario, conforme a los intereses de la organización delictiva), y era utilizado como centro de operaciones de información, en la que un grupo de personas generaban notas de prensas, reportajes y abundante material propagandístico, que eran distribuidos coordinadamente a diferentes medios de comunicación de la Región*

a periodistas afines a los intereses del grupo político que lideraba César Álvarez Aguilar, quienes incluso atacaban a los opositores de este; empleándose caudales, vehículos, personal y otros medios asignados al conjunto del Gobierno regional de Ancash, todo ello para levantar la imagen y gestión de César Joaquín Álvarez Aguilar en la intención de mantenerse en la Presidencia Regional de Ancash. Asimismo, se tiene que los investigados como integrantes de la Organización Delictiva, se habrían beneficiado económicamente de forma ilícita. Incrementando indebidamente su patrimonio. El cual no solo habría sido ingresado al tráfico financiero económico, sino también habrían sido objeto de actos de ocultamiento y tenencia, para aparentar así su legitimidad y evitar la identificación de su origen ilícito, básicamente al colocarse estos activos a nombre de terceras personas, esto es de testaferros".

De manera específica: *"Se le atribuye que aprovechándose de su condición de dueño del Diario La Primera y de la Empresa ILIOS PRODUCCIONES S.A.C -Sede CHIMBOTE- habría contactado con diversos periodistas y personas vinculadas a la publicidad, a quienes los habría instalado en el inmueble ubicado en el Jirón Los Pinos N° 600, Urbanización La Caleta- Chimbote- Santa- Ancash con el fin, de que en sus instalaciones se elaboren reportajes periodísticos y de otra índole (documentales, etc.) que manipularan la información a transmitir a través de noticieros de la Región Ancash para favorecer la imagen del Presidente Regional César Álvarez Aguilar y desprestigiar a sus opositores, esta acción la habría realizado como parte de su labor en la Organización Criminal a la que pertenecería.*

Se le atribuye que como integrante de la Organización Criminal se habría reunido en el local conocido como "La Centralita", se habría reunido con César Joaquín Álvarez Aguilar, Heriberto Martín Benítez Rivas, Milagros Asian Barahona, Jorge Burgos Guanilo, el asesor de Benítez, Abel lsai Sánchez Cruz para elaborar los reportajes periodísticos y de otra índole (documentales, etc.) que manipularan la información a transmitir a través de noticieros de la Región Ancash para favorecer la imagen del Presidente Regional César Álvarez Aguilar y desprestigiar a sus opositores, designando a 02 camarógrafos conocidos como "NAN-

DITO" Y "SANGUCHITO", con filmadoras profesionales, marca Panasonic, los mismos que iban donde se presentara el Presidente regional de Ancash.

Se le atribuye el haberse reunido en el local conocido como "La Centralita" (donde supuestamente funcionaba su empresa ILIOS PRODUCCIONES S.A.C) con el Presidente Regional César Joàquín Álvarez Aguilar, Heriberto Martín Benítez Rivas y Jorge Burgos Guanilo, los periodistas investigados, Luis Humberto Arroyo Rojas (personal de confianza del Presidente Regional de Ancash), con el fin de manipular y determinar la línea periodística así como la propaganda a publicar y propalar a través de los medios periodísticos, avisos, carteles y otros afines para favorecer la imagen del Presidente Regional de Ancash, César Álvarez Aguilar y desprestigiar a sus opositores

Se le atribuye el haber pedido al Presidente Regional de Ancash César Joaquín Álvarez Aguilar, le envíe dinero por efectuar publicaciones en el Diario "La Primera", para favorecer su imagen de Presidente Regional de Ancash y desprestigiar a sus opositores, dinero que le era enviado por intermedio del Mayor PNP José Luis Carmen Ramos y recepcionado en la oficina de Jorge Burgos Guanilo, la misma que se encontraba ubicada en el local donde funcionaba su empresa "ILIOS PRODUCCIONES S.AC. (conocido como "La Centralita").

Se le atribuye que como integrante de la organización criminal liderada por César Joaquín Álvarez César Joaquín Álvarez Aguilar habría tenido conocimiento que el dinero utilizado para el pago a los periodistas y del personal que laboraba en el local donde supuestamente funcionaba la empresa ILIOS PRODUCCIONES S.A.C, conocido como "La Centralita", tendría procedencia ilícita (provendría de los diezmos pagados por empresarios que se habrían beneficiado con la buena pro de las obras que ejecutaba el Gobierno Regional de Ancash.

Que, en su condición de integrante de la organización criminal liderada por César Joaquín Álvarez Aguilar, habría tenido conocimiento que en el local donde supuestamente funcionaba la empresa ILIOS PRODUCCIONES S.A.C., conocido como La Centralita, se contaba con los ser-

vicios de personal que laboraba para el Estado, entre ellos del Proyecto Especial de Chinecas: Juan Carlos Barrios Avalos y César Minchola Chumbioque.

Que, después de la primera intervención al local de la empresa ILIOS PRODUCCIONES S.A.C., conocido como "La Centralita" ubicado en la calle Los Pinos N° 600-Urbanización La Caleta-Chimbote-Santa Ancash, cuando ya se encontraban instalados en el segundo local ubicado en la calle Guillermo Moore N° 146- Chimbote-Santa-Ancash, con el fin de aparentar su existencia y funcionamiento como tal, habría elaborado la planilla de sus trabajadores, pese a tener conocimiento en que dicho local no se llevaban a cabo actos relacionados con la línea editorial para lo cual fue constituida.

3.5. Al respecto, si bien se puede apreciar un orden y precisión al momento de formular la descripción de hechos imputados al requerido Belaúnde Lossio; sin embargo, la enunciación de supuestos de hecho no son suficientes para considerarlas una imputación propiamente dicha, máxime si no existe una mención expresa de la fecha y circunstancias de su comisión ni cuál es el aporte causal del investigado Belaunde Lossio en tales hechos, conforme así lo prevé el numeral 1.a) del artículo quinientos dieciocho del Código Procesal Penal al establecer que la demanda de extradición debe contener la descripción del hecho punible, con mención expresa de la fecha, lugar y circunstancias de su comisión y sobre la identificación de la víctima así como la tipificación legal que corresponda al hecho punible; por consiguiente, los elementos de convicción aportados no han discurrido sobre la base de una imputación necesaria atribuida al encausado Belaúnde Lossio, lo que le imposibilitaría ejercer su defensa.

IV. SOBRE EL PRINCIPIO DE DOBLE INCRIMINACIÓN EN EL DELITO DE PECULADO:

4.1. El requisito de la "doble incriminación" no implica que el Estado requirente señale con precisión la figura típica en que el hecho se encuadra; basta con que éste, sea constitutivo de delito, siendo

importante comprobar si los elementos materiales del hecho, tal como aparecen en la solicitud de extradición, pueden concretar una especie delictiva prevista por ambas leyes: la del Estado requirente y la del Estado requerido, no importando el *nomen juris*.

4.2. Debe precisarse que el artículo II del Tratado de Extradición entre la República del Perú y la República de Bolivia (actualmente denominado Estado Plurinacional de Bolivia) en su numeral 3.- señala: *"Para efectos del presente artículo, un delito dará lugar a la extradición independientemente de: a. que las leyes de los Estados Contratantes clasifiquen el delito en diferente categoría, o lo tipifiquen con distinta terminología, siempre que la conducta subyacente se considere delictiva en ambos Estados"*.

4.3. Asimismo, conforme lo referido por el representante del Ministerio Público y el Procurador Público en el informe oral, así como de la revisión del cuaderno de extradición, se aprecia que Perú y Bolivia son Estados Partes de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción -véase fojas mil doscientos treinta y siete- por la cual ambos países se ven obligados a brindar cooperación internacional. Al respecto, dicha Convención en su artículo cuarenta y tres, numeral dos, establece: *"En cuestiones de cooperación internacional, cuando la doble incriminación sea un requisito, éste se considerará cumplido si la conducta constitutiva del delito respecto del cual se solicita asistencia es delito con arreglo a la legislación de ambos Estados Parte, independientemente de si las leyes del Estado Parte requerido incluyen el delito en la misma categoría o lo denominan con la misma terminología que el Estado Parte requirente"*; ergo, no puede ser aplicada a terceros pues se debe interpretar conforme su espíritu y normatividad aprobada por las partes; en consecuencia, cualquier adición sobre el mismo debe ser materia de consulta por los Estados partes.

4.4. En ese contexto, respecto del delito de peculado imputado al requerido BELAÚNDE LOSSIO éste se subsume en el artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal Peruano, el cual prevé: *"El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier*

forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido [...]"; asimismo, el artículo veinticinco del mismo cuerpo legal señala: *"[...] El que dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido [...] A los que, de cualquier otro modo hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena".*

4.5. De otro lado, en el Código Penal Boliviano el delito de peculado está previsto en el artículo ciento cuarenta y dos, que a la letra dice: *"La servidora o el servidor público que aprovechando del cargo que desempeña se apropiare de dinero [...] será sancionado [...]; asimismo, respecto de la complicidad la norma penal Bolviana en su artículo veintitrés prevé: "es cómplice el que dolosamente facilite o coopere a la ejecución a la ejecución del hecho antijurídico doloso, en tal forma que aún sin esa ayuda se habría cometido; y el que en virtud de promesas anteriores, preste asistencia o ayuda con posterioridad al hecho [...]".*

4.6. Realizada la descripción normativa de ambos países contratantes respecto del delito de peculado, y la exigencia del Tratado de Extradición antes citado, respecto a que la conducta delictiva debe ser considerada delictiva en ambos Estados; podemos señalar que, en nuestro país la figura delictiva del peculado está comprendido en el Título XVIII Delitos contra la Administración Pública, Capítulo II Delitos cometidos por funcionarios públicos.

4.7. Que, si bien la doctrina y jurisprudencia de los tribunales peruanos, incluida la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República, en forma mayoritaria, no unánime, han asumido la unidad del título de imputación, vale decir, que tanto autores (funcionarios públicos o intraneus) como partícipes (particulares o extraneus) responden penalmente por el mismo delito; en el presente caso, estos antecedentes y criterios doctrinarios y jurisprudenciales no pueden ser impuestos a la Legislación Boliviana, que no lo prevé de manera expresa, ni menos, se ha acompañado jurisprudencia boliviana en la que se haya promovido también la unidad de título de imputación; por tanto, no se supera a pleni-

tud el principio de doble incriminación, exigencia procesal para amparar la solicitud de extradición, conforme lo exige la norma procesal y el Tratado de Extradición citado en los considerandos precedentes.

4.8. En ese sentido, conforme a la legislación boliviana el delito de Peculado está comprendido en el Título II Delitos contra la función pública, Capítulo I Delitos cometidos por funcionarios públicos, ilícito que solamente está dirigido para funcionarios públicos, y si bien dentro de la norma penal se desarrolla la figura de la complicidad; sin embargo, en modo alguno evidencia que para los delitos de infracción del deber se pueda comprender en calidad de cómplice -sea primario o secundario- a un tercero fuera de la esfera pública -*denominado extraneus*- siendo justamente más específicos al respecto, conforme lo descrito en el artículo ciento cuarenta y ocho de su Código Penal que señala: *"Las disposiciones anteriores se aplicarán, en los casos respectivos, a los personeros, funcionarios y empleados de las entidades autónomas, autárquicas, mixtas y descentralizadas, así como a los representantes de los establecimientos de beneficencia, de instrucción pública, deportes y otros que administren o custodiaren los bienes que estuvieren a su cargo"*.

4.9. Al respecto, si bien el Procurador Público, en el informe oral hizo alusión al Auto Supremo N° 276/2012, del cuatro de octubre de dos mil doce, emitido por la Primera Sala Suprema del Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia(1), y al realizar la búsqueda respectiva en internet se verificó que el Tribunal Supremo de Justicia Boliviana está compuesto por tres Salas Penales: Sala Penal Primera, Segundo y Liquidadora; lográndose ubicar el Auto en mención; y, de la revisión del mismo, se evidencia que no se trata de un hecho similar al que se discute en la presente extradición, estando a que trata de un delito de tráfico de sustancias controladas, en el que se bien se desarrolla la figura de la complicidad mencionando

1 http://tsj.bo/detalle-de-autos/?auto=797

que debe cumplir con el requisito de "participación dolosa", acto con el cual debe contribuir a la realización de un hecho punible de otra persona; sin embargo, dicho Auto Supremo además de no constituir siquiera un precedente vinculante o de obligatorio cumplimiento, está referido a un delito común y no especial, no guardando la misma connotación que en el caso objeto de extradición, pues es clara la doctrina y jurisprudencia respecto de la figura de la complicidad; empero, ello no está referido a un delito de infracción del deber, como es el peculado; por tanto, no resulta de trascendencia para el presente caso lo enunciado por el Procurador Público, máxime si en la solicitud de extradición tampoco se adjuntó alguna documentación que determine la existencia de postura distinta en Bolivia respecto a la figura del peculado, que sea de cumplimiento obligatorio, pues incluso en nuestro país, como se ha referido precedentemente, tampoco existe unificación de criterios al respecto, principio de legalidad.

4.10. Estando a lo expuesto, es claro que ambos Estados están comprometidos a extraditar recíprocamente a personas procesadas por un hecho punible, conforme lo establecido en el Tratado de Extradición así como en la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción; sin embargo, estamos ante un delito de infracción de deber, por el cual, el país requerido no ampara la figura del "extraneus", por lo que, en el caso concreto, la imputación sostenida contra el extraditurus Belúnde Lossio por el delito de peculado en calidad de cómplice secundario no se encuentra descrita normativamente, tanto más si el artículo veinticuatro del Código Penal Boliviano describe que cada participante será penado conforme a su culpabilidad sin tomar en cuenta la culpabilidad de los otros; pues el antes referido no ostentaba el cargo de funcionario público, ni está inmerso dentro de los supuestos contenidos en la citada norma boliviana; en consecuencia, respecto de dicho delito no se cumple con el principio de doble incriminación; por lo que, al respecto deberá desestimarse dicho pedido de extradición.

V. SOBRE EL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA COMO DELITO QUE DA LUGAR A LA EXTRADICIÓN:

5.1. El Tratado de extradición entre la República del Perú y la República de Bolivia (actualmente denominado Estado Plurinacional de Bolivia) en su artículo II, numeral 1.- establece: *"Darán lugar a la extradición los delitos punibles con pena máxima privativa de libertad superior de dos años o una pena más grave, conforme a la legislación de ambos Estados Contratantes"*.

5.2. Como referencia se debe indicar que en los Tratados de Extradición entre la República del Perú y la República de Chile, entre la República de Perú y el Reino de España y entre la República de Perú y la República de Ecuador, se da lugar a la extradición los delitos punibles que se sancionen con una pena superior a un año, siendo un caso singular el presenten en el que **se exige que el delito punible objeto de extradición debe ser sancionado con una pena superior a dos años.**

5.3. Debe acotarse que, en el presente caso, no es de aplicación en numeral 4.- del artículo II del citado Tratado(2), dado que en el considerando precedente se está desestimando la extradición por el delito de peculado.

5.4. Dicho aquello, al extraditurus Belaúnde Lossio se le imputa el delito de asociación ilícita con el agravante contenido en su segundo párrafo, modificado por Decreto Legislativo N° 982, del veintidós de julio de dos mil siete, que se encuentra previsto en el artículo trescientos diecisiete del Código Penal que señala: *"El que constituya, promueva o integre una organización de dos o más personas destinada a cometer delitos será reprimido con pena privativa de*

---

2 Articulo II, numeral 4: "Concedida la extradición, por un delito o delitos que dan lugar a la misma, también sea le concederá pro cualquier otro especificado en la solicitud, aun cuando éste fuere punible con pena privativa de libertad de dos años o menos, a condición que reúna los demás requisitos para la extradición".

libertad no menor de tres ni mayor de seis". Asimismo, en su segundo párrafo se establecía: *"Cuando la organización esté destinada a cometer los delitos previstos en los artículos 152 al 153-A, 200, 273 al 279-D, 296191298, 315, 317, 318-A, 319, 325 al 333; 346 al 350 o la Ley N1 27765 (Ley Penal contra el Lavado de Activos), la pena será no menor de ocho ni mayor de quince años [...]"*. Sobre el particular, es de mencionar que el propio tipo base era considerado agravante, esto es, el estar inmerso dentro del artículo trescientos diecisiete implicaba que se subsumiera en la agravante del segundo párrafo.

5.5. Sin embargo, el segundo párrafo precitado fue modificado por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 30077, del veinte de agosto de dos mil trece, que entró en vigencia el primero de julio de dos mil catorce, que señala lo siguiente: *"La pena será no menor de ocho ni mayo de quince años [...] en los siguientes casos: a) Cuando la organización esté destinada a cometer loso delitos previstos en los artículos 106, 108, 116, 152, 153, 162, 183-A, 186, 188, 189, 195, 200, 202, 204, 207-8 [...j 310-C, 317-A, (...] 387, 393 b) Cuando el integrante fuera el líder, jefe o dirigente [...]"*

5.6. Ahora bien, el Código Penal Boliviano describe dicho ilícito como Asociación delictuosa, que en su artículo ciento treinta y dos dice: *"El que formare parte de una asociación de cuatro o más persona, destinada a cometer delitos, será sancionado con reclusión de seis meses a dos años o prestación de trabajo de un mes a un año"*; asimismo, en su artículo ciento treinta y dos Bis señala:

"El que formare parte de una asociación de tres o más personas organizada de manera permanente, bajo reglas de disciplina o control, destinada a cometer los siguientes delitos: genocidio, destrucción o deterioro de bienes del Estado y la riqueza nacional, sustracción de un menor o incapaz, tráfico de migrantes, privación de libertad, trata de seres humanos, vejaciones y torturas, secuestro, legitimación de ganancias ilícitas, fabricación o tráfico ilícito de sustancias controladas, delitos ambientales previstos en leyes especiales, delitos contra la propiedad intelectual, o se aproveche de estructuras comerciales o de negocios, para cometer tales delitos, será sancionado con reclusión de uno a tres años.

Los que dirijan la organización serán sancionados con reclusión de dos a seis años.

La pena se aumentará en un tercero cuando la organización utilice a menores de edad o incapaces para cometer los delitos a que se refiere este artículo, y cuando el miembro de la organización sea un funcionario público encargado de prevenir, investigar o juzgar la comisión de delitos".

5.7. Bajo dicha descripción punitiva, se aprecia que respecto del Perú, a la fecha en que se habría cometido el ilícito penal la conducta estaba sub-sumida en el artículo trescientos diecisiete, primer y segundo párrafo modificado por el artículo segundo del Decreto Legislativo N° 982; sin embargo, estando a que a la fecha el segundo párrafo ha sido modificado, por Ley N° 30077, en el que no se considera como agravante en artículo trescientos diecisiete; en aplicación de la norma más favorable, el extraditurus Belaúnde Lossio está incurso únicamente en el artículo trescientos diecisiete del Código Penal-tipo base, pues incluso el delito de peculado recién fue prevista en la última modificatoria aludida; por lo que, tampoco por dicho delito puede considerarse el agravante.

5.8. De otro lado, la conducta imputada al requerido Belaúnde Lossio solamente estaría subsumida dentro del artículo ciento treinta y dos del Código Penal Boliviano, cuya pena no supera los dos años; en tanto, los delitos a los que se refiere la agravante contenida en el artículo ciento treinta y dos Bis no son supuestos incriminados en la investigación preparatoria contra el requerido, debiéndose acotar -atendiendo a lo referido en audiencia por el Procurador Público- que el segundo párrafo del citado artículo, no está referido de manera general a los que dirijan organizaciones delictivas (por cualquier delitos) sino que, como claramente prevé: "Los que dirijan la organización"; esto es, aquella organización relativa a los supuestos descritos en su primer párrafo.

5.9. Si esto es así, aun cuando en nuestro país la pena prevista en el delito de asociación ilícita supera los dos años; sin embargo, estando

a que la conducta imputada al requerido Belaúnde Lossio se subsume en el Código Penal Boliviano sólo en el tipo base -artículo ciento treinta y dos del Código Penal-; por lo que, en el caso concreto, no constituye un delito que dé lugar a la extradición conforme el artículo II del Tratado de Extradición entre la República del Perú y a República de Bolivia, motivo por el cual debe desestimarse la solicitud de extradición por el delito de asociación ilícita.

VI. CONSIDERACIONES ESPECÍFICAS:

6.1. Si bien el audiencia se debatió respecto a la prescripción de la acción penal en cuanto al delito de asociación ilícita, haciendo mención incluso a la existencia de concurso real, como lo sostuvo el representante del Ministerio Público y el Procurador Público, honrando por lo demás un acuerdo plenario al respecto; empero, dado que se ha desestimado la extradición por el delito de peculado, carece de objeto pronunciarse respecto a dicho extremo, máxime si el Tratado de Extradición citado en el considerando precedente es claro e indiscutible, y no parte de la base de la prescripción sino de la pena concreta que establece la legislación, sea del país requerido o del requirente.

VII. DECISIÓN:

Por estos fundamentos, este Supremo Tribunal debe expedir una resolución consultiva desfavorable, de conformidad con el tercer numeral del artículo quinientos veintiséis del Código Procesal Penal; declarando IMPROCEDENTE la solicitud de extradición activa formulada por el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria de la Sala Penal Nacional, a las autoridades del Estado Plurinacional de Bolivia, respecto del ciudadano peruano MARTÍN ANTONIO BELAÚNDE LOSSIO, en el proceso penal que se le sigue por delito de peculado y asociación Ilícita; y los, devolvieron. Interviene el señor Juez Supremo Morales Parraguez por vacaciones del señor Juez Supremo Neyra Flores.-

VILLA STEIN / RODRÍGUEZ TINEO / PARIONA PASTRANA / MORALES PARRAGUEZ / LOLI BONILLA

PODER JUDICIAL DE LA NACIÓN

JUZGADO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL 7
SECRETARIA N° 14 CFP 5295/2013

Buenos Aires, 30 de agosto de 2014.

Que a los fines de tratar la solicitud formal de extradición de Oswaldo Ceferino Quispe Caso formulada por la Sala Penal Nacional de la ' Corte Suprema de Justicia del Perú en el expediente 25-2005-0-5001-JR-PE-04 y que tramita bajo el número 5295/2013 del registro de la Secretaría N° 14 de este Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 7, se abrió debate y tuvieron lugar las audiencias de los días 20 y 21 del corriente.

Conforme se desprende del acta de debate, de las consideraciones realizadas por la asistencia letrada del requerido, constituida por los Doctores Eduardo Soares (T° 25, F° 756, del C.P.A.C.F.) y Roberto Perdía (T° 45, F° 993, del C.P.A.C.F.), y frente a la documentación que conforma el Cuadernillo de Extradición remitido por las autoridades requirentes, es necesario solicitar información complementaria en los términos del artículo VI, inciso 5, del Tratado de Extradición vigente y actualizar informes a nivel local. Una vez recogida esta información, la que deberá ser enviada dentro del plazo previsto en el tratado, la discusión se reabrirá exclusivamente a los fines de tratar el examen de aquellas (cfr. art. 397 del Código Procesal Penal de la Nación)

Tal requerimiento ampliatorio obedece a la necesidad de resguardar no sólo las relaciones de cooperación internacional vigentes con el país requirente sino que tienen por fin evitar se vea comprometida la propia responsabilidad internacional del Estado Argentino (conf. C.S.J.N., Fallos 328: 3244, "Borelina, Rosana Claudia s/extradición").

Se tiene en cuenta también la expresa manifestación del Apoderado de la Embajada del Perú en punto a la predisposición del Estado requirente para ofrecer las garantías que fueren necesarias a los fines de una correcta decisión del pedido y que la necesidad de contar con mayores garantías también fue exteriorizada por el señor Fiscal en su carácter de representante del interés del Estado requirente (cfr. acta de debate).

En tal sentido, se pedirá al Estado Peruano:

1. Respecto del delito por el cual se requiere la extradición (art. VI del Tratado):

Es necesario reclamar al Estado Peruano que cumpla con una adecuada delimitación fáctica que permita circunstanciar en tiempo, lugar y modo la conducta para cuyo juzgamiento se pretende la extradición de Oswaldo Ceferino Quispe Caso, incluyendo su preciso encuadre jurídico, sin pasar por alto la posible sucesión de leyes penales y el imperativo de verificar la vigencia de la acción penal. Y es que más allá de los valiosos intentos de aclaración realizados por el Apoderado de la Embajada del Perú Dr. Sebastián Garat, lo cierto es que la solicitud formal de extradición da cuenta de sucesos que excederían el reclamo.

Ello, pues, sumado a la dificultad para discernir entre hechos y calificaciones jurídicas –de acuerdo a lo que se desprende de las actuaciones acompañadas–, tampoco queda clara cuál es la participación concreta que se le imputa al requerido en la sumatoria de eventos ocurridos el 9 de julio de 1989.

Más allá de cuanto se dirá en relación a la actuación del DECO1E, lo cierto es que los atestados policiales y las constancias recogidas con posterioridad y relevadas en los dictámenes y actos interlocutorios no permiten identificar exactamente la conducta endilgada al requerido.

La determinación de un hecho concreto –correctamente delimitado fácticamente y encuadrado jurídicamente– no sólo es requisito para la colaboración sino un presupuesto para el ejercicio de la defensa, ya que sólo se puede contestar aquella imputación que se conoce y una acusación defectuosa no puede ser presupuesto válido de un juicio y de la sentencia (Maier, Julio "Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos, Editores del Puerto, Buenos Aires, 199, pág. 558 y cctes.). Además, ello servirá para evitar la presunción de culpabilidad a partir de un precepto de responsabilidad objetiva *–versari in re illicita–*, lo que se encuentra vedado por el principio de culpabilidad.

Vinculado a lo anterior y a la necesidad de circunscribir adecuadamente la pretensión y ante lo manifestado por Quispe Caso en la audiencia (ver acta de debate), es necesario exigir al Estado requirente garantías de que el requerido no podrá ser juzgado sino en relación al hecho por el que se efectúa requerimiento y sobre el cual se necesita mayor precisión.

2. Necesidad de asegurar el derecho de defensa y el debido proceso (art. IV del Tratado

Ante la invocación de riesgo de persecución, y para asegurar el cumplimiento de las garantías judiciales previstas en el Pacto de San José de Costa Rica y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se impone la necesidad de requerir información y garantías en resguardo del derecho de defensa y del debido proceso.

Sobre tal premisa, no puede pasar desapercibido a este Tribunal que la prueba que constituye el basamento del proceso seguido contra Quispe Caso en el Perú, consiste casi exclusivamente en las declaraciones prestadas en la sede del DECOTE por personas detenidas y en las manifestaciones posteriores referidas a lo dicho allí. También se advierte que en gran número de esas manifestaciones posteriores aquellos detenidos dijeron haber prestado declaración bajo violencia física y psicológica, lo que sería compatible con una situación de tormento u otros malos tratos.

La verosimilitud de estas denuncias fue reafirmada por los testimonios ofrecidos por la defensa y recibidos durante el debate y guardan correspondencia con los llamados de atención y amonestaciones emanados del Sistema Regional e Internacional de Protección de los Derechos Humanos (ver el Informe del Relator Especial de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Misión al Perú, ante el Consejo de Derechos Humanos del 15 de diciembre de 2010 y las Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Perú. 11/15/2000 de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas. Asimismo, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso "Osorio Rivera y Familiares vs. Perú", Sentencia del 26 de noviembre de 2013).

Paralelamente, es claro que esos atestados policiales no pudieron ser controlados por la defensa del aquí requerido. Llama la atención que pese a ello Quispe Caso fue objeto de varias acusaciones en ausencia, las que implicaron expresos pedidos de pena.

Ante este cuadro de situación, corresponde requerir a Perú que informe si es que se adoptó algún proceder con relación a las denuncias por maltratos y todo tipo de violencia física y psicológica que habrían sufrido los coimputados durante la tramitación del proceso y, en su caso, el resultado de tales investigaciones (si han recaído condenas, si se ha anulado la prueba, si se han otorgado resarcimientos a las víctimas, etc.).

Asimismo, sobre la base de las irregularidades denunciadas y en atención a que como cuadro de mínima se trataría de información cuya producción no pudo ser controlada por la defensa de Quispe Caso, es necesario que el Estado Peruano de garantías de que no serán utilizadas, directa ni indirectamente, como prueba de cargo respecto del nombrado (ver de la C.S.J.N., Fallos "Benítez, Aníbal Leonel s/lesiones graves").

Para evaluar el respeto del debido proceso se requerirá al Estado Peruano que envíe copia de aquellas actuaciones de modo de completar la totalidad del expediente seguido contra Quispe Caso, así como un

informe que de cuenta de la decisión que se haya adoptado en relación a los demás coimputados.

Del mismo modo, el Estado requirente deberá informar si las nulidades dispuestas en el proceso se limitan a las resoluciones adoptadas por los magistrados sin rostro o si también alcanza a los actos instructorios de tales magistrados.

Al respecto, será necesario también contar con un informe que explique en detalle el sistema procesal o forma de enjuiciamiento –por ejemplo si es que se rige por una ley especial- al que será sometido el requerido de ser extraditado junto con las constancias legales correspondientes que den cuenta de ello. Al mismo tiempo deberá precisarse en el marco de qué régimen procesal fue reunida la prueba que pretende ser utilizada en el juicio a llevarse a cabo en el país requirente.

La remisión de constancias ha de ser integral y permitir una lectura racional y sistemática pues "la documentación que debe acompañar el pedido de extradición tiene por finalidad acreditar la corrección y seriedad de los procedimientos seguidos contra la persona reclamada a quien el país requirente pretende someter a su jurisdicción (C. 1933.)00(11 "Carissi Landabur...)" (Fallos 331:2202, voto conjunto del Dr. Lorenzetti y la Dra. Argibay).

3. Respecto de las condiciones de detención de procesados

Los testimonios recibidos en el debate, las referidas denuncias por maltratos y lo que se desprende de los informes de los Organismos de protección de los Derechos Humanos tornan también obligatorio pedir al Estado requirente que informe detalladamente cómo ha sido el cautiverio de los imputados que fueron habidos y juzgados (unidades penitenciarias en las que fueron alojados, si fueron sometidos a aislamiento, etc.). Particularmente, si existieron denuncias acerca de las condiciones de detención y en su caso, cuál fue la reacción del Estado Peruano frente a ellas.

Asimismo, corresponde requerir al Estado Peruano que identifique en detalle el régimen al que eventualmente sería sometido el extraditado tanto en calidad de procesado como si recayese condena.

Para dar garantías de que Quispe Caso no recibirá un trato más severo al que prevé la legislación Argentina (Ley de Ejecución Penal N° 24.660) el Estado Peruano debe comprometerse a no imponer condiciones de encierro incompatibles con las previstas legalmente en nuestro territorio, abarcando también el régimen de progresividad aquí previsto. Deberán seguirse las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

Del mismo modo, Perú debe remitir un informe pormenorizado que indique que la unidad penitenciaria en la que eventualmente será alojado el requerido no es una de aquellas que han merecido observaciones negativas de los organismos internacionales (ver punto XI del Dictamen del Procurador Fiscal en Fallos 329:1245 y disidencia del Dr. Raúl Zaffaroni en Fallos 328:3233, y el Informe A6844 del 2013 del Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas correspondiente al 49° Período de Sesiones –del 29 de octubre al 23 de noviembre de 2012- y al 50° Período de Sesiones –del 6 al 31 de mayo de 2013).

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que si bien las alegaciones acerca de la correcta actuación del país requirente deben ser ponderadas con mucha prudencia y teniendo en cuenta las pautas del Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas, a la vez que el riesgo de padecer torturas en el lugar donde será expulsado, devuelto o extraditado debe acreditarse sobre supuestos que van más allá de una mera especulación o sospecha, ese riesgo tampoco debe cumplir con el requisito de ser altamente probable, bastando que el peticionaste establezca que estará en peligro de ser torturado y que su fundamento para suponerlo es sustancial, personal y actual, pudiendo introducirse toda la información pertinente por cualquier parte para acreditar tales extremos (ver Fallos 331:1028).

También se requerirá al Estado Peruano de garantías de que de recaer condena se computará el tiempo de detención preventiva sufrida por el

requerido tanto en la Argentina como el que eventualmente deba guardar en Perú y que habrá de garantizarse un dispositivo de monitoreo judicial de cumplimiento de las condiciones de detención compatible al vigente en nuestro territorio.

4. Interés superior del Niño (Convención sobre los Derechos del Niño Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas)

Relacionado con el punto anterior aparece la necesidad de atender a las consecuencias que traería aparejada la eventual extradición del requerido y su encierro en Perú en relación a su hija menor de edad.

Ha remarcado el Procurador General la necesidad de compatibilizar el interés común a todos los Estados de que los delincuentes sean juzgados en el país a cuya jurisdicción internacional corresponde el conocimiento de los respectivos hechos delictivos, con el interés superior del hiño y que, en su caso, el primero debe ceder ante la primacía de este último (Fallos 331:1352).

Por esta razón, y atendiendo a que Quispe Caso tiene una hija de cinco años de edad y que su madre, esposa del nombrado, vive en la Argentina y, conforme lo alegado por la defensa, poseería condición de refugiada en el país, el Estado Peruano habrá de dar expresas garantías de que adoptará los recaudos necesarios para preservar el interés superior de la niña y explicar concretamente los mecanismos que pondría en práctica a tal fin (visitas, frecuencia, costes, etc.).

En consecuencia de lo expuesto, líbrese oficio al Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación para que por intermedio se solicite al Estado requirente la información señalada en el presente.

5. Otros informes

Paralelamente, habrá de solicitarse informe sobre la alegada condición de refugiada de la esposa del requerido así como del estado de las solicitudes de refugio efectuadas por éste, a la vez que habrá de llevarse a cabo en forma urgente un amplio estudio socio-ambiental que de cuenta, de acuerdo a las particularidades del caso, cómo los derechos y los

intereses de la hija del requerido pueden verse afectados por el extrañamiento. A tal fin, líbrese oficio a la Comisión Nacional de Refugiados del Ministerio del Interior y Transporte de la Nación y exhorto al Tribunal competente con jurisdicción en el domicilio constatado.

Ante mí:

La necesidad de una imputación concreta en la construcción de un proceso penal cognitivo, de Francisco Celis Mendoza Ayma se imprimió en la República de Perú en 2019.