

**UNIVERSIDAD NACIONAL
“SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO”**

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**EL RETIRO DE LA ACUSACIÓN EN LA ETAPA
INTERMEDIA DEL PROCESO PENAL Y LA AFECTACIÓN
AL DEBIDO PROCESO EN EL PERU – AÑO 2017**

Tesis para optar el Título Profesional de Abogado

Responsable de la Investigación:

Bach. ABEL HUAMAN MONTENEGRO

ASESOR:

Abog. ARMANDO CORAL ALEGRE

Huaraz – Perú

2018

AGRADECIMIENTO

A Agustina y a Victoria por el más grande apoyo.

INDICE

RESUMEN.....	vi
ABSTRACT	viii
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I.....	3
PROBLEMA Y LA METODOLOGIA DE LA INVESTIGACIÓN	3
1.1. Descripción del Problema:.....	3
1.2. Formulación del Problema de investigación.....	3
1.3. Importancia del Problema:.....	4
1.4. Justificación y Viabilidad:	5
1.5. Formulación de Objetivos.....	7
1.6. Formulación de Hipótesis	7
1.7. Variables:.....	9
1.8. Metodología de la Investigación.....	11
1.8.1 Tipo y diseño de Investigación	11
1.8.2 Métodos de Investigación:	13
1.8.3 Plan de recolección de la información y/o delimitación de la investigación:	15
1.8.4 Instrumentos de recolección de la información. -	15
1.8.5 Plan de procesamiento y análisis de información	15
1.8.6 Unidad de análisis y muestra:	17
1.8.7 Técnica de Validación de la Hipótesis	17
1.8.8 Contexto:.....	18
CAPÍTULO II	20
MARCO TEORICO.....	20
2.1 Antecedentes:.....	20
2.2 Bases Teóricas:	23
2.2.1 Teoría del Garantismo Penal:.....	23
2.2.2 La acusación fiscal: expresión del principio acusatorio.....	25
2.2.3 El retiro de la acusación fiscal	28
2.2.4 El debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva.....	35
2.2.4.1 La tutela jurisdiccional efectiva.....	35
2.2.4.2 El debido proceso	46
2.2.4.3 Paralelo entre la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso	
54	

2.3	Definiciones y términos:.....	56
CAPÍTULO III	57
RESULTADOS Y DISCUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	57
3.1	Resultados doctrinarios:.....	57
3.1.1	El Garantismo penal en el proceso penal:.....	57
3.1.2	La etapa intermedia y la acusación Fiscal:.....	58
3.1.3	La acusación fiscal y su retiro en la etapa intermedia:.....	64
3.1.4	El control de la acusación fiscal.....	73
3.1.5	El sobreseimiento.....	75
3.2	Resultados Normativos.....	78
3.2.1	Derecho Interno:.....	78
3.2.2	Derecho comparado:.....	79
3.3	Resultados jurisprudenciales.....	85
3.3.1	Poder Judicial:.....	85
CAPÍTULO IV	88
DISCUSIÓN Y VALIDACIÓN DE HIPÓTESIS	88
4.1	Discusión doctrinaria.....	88
4.1.1	Posturas o argumentos a favor.....	88
4.1.2	Posturas o argumentos en contra.....	90
4.1.3	Posición o argumentos personales:.....	91
4.2	Discusión normativa:.....	92
4.3	Discusión jurisprudencial.....	93
4.4	Validación de hipótesis.....	95
4.4.1	Argumento 1: Argumento Doctrinal:.....	95
4.4.2	Argumento 2: Argumento Normativo:.....	96
4.4.3	Argumento 3: Argumento Jurisprudencial:.....	97
CONCLUSIONES	100
RECOMENDACIONES	101
VII. Referencias Bibliográficas:	102

RESUMEN

El Informe Final de la presente Tesis “El retiro de la acusación en la etapa intermedia del proceso penal y la afectación al debido proceso en el Perú – año 2017”, materia que se encuentra enmarcado como análisis del nuevo proceso penal peruano, estableciéndose dogmáticamente en las ramas del Derecho Penal y Procesal Penal y su propósito se enmarca en el análisis de la teoría general del proceso en materia penal apreciando el derecho fundamental del debido proceso como garantía jurisdiccional.

Es así que se investigó la explicación del problema planteado ¿Cuál es la afectación al derecho fundamental del debido proceso mediante el retiro de la acusación fiscal, en la etapa intermedia del proceso penal peruano? así mismo se plantea un estudio mediante metodología de una Investigación dogmática-Jurídica, ya que se evaluó las diversas teorías jurídicas penales, principios y reglas sobre el proceso penal en el supuesto del retiro de la acusación en la etapa intermedia.

Ello conllevó a establecer la influencia que tiene el debido proceso en la actuación del retiro de acusación en el nuevo proceso penal, en especial si este instituto procesal se da dentro de la etapa intermedia y no en el control de acusación o en la etapa del juicio una vez enervada los medios de la acusación. Las conclusiones y recomendaciones inciden sobre la desnaturalización del retiro de acusación en la etapa intermedia, pues dicho instituto se formula por el representante del Ministerio Público en la etapa del juzgamiento y después de haberse actuados los medios probatorios; sin embargo, el retiro de la acusación se da –por una mala práctica– en la etapa intermedia, desconfigurando el proceso legal preestablecido.

PALABRAS CLAVES: Retiro de la acusación, etapa intermedia, proceso penal.

ABSTRACT

The Final Report of the present Thesis dealt with the subject: "The withdrawal of the accusation in the intermediate stage of the criminal process and the affectation to due process in Peru – year 2017", a subject that is framed as an analysis of the new Peruvian labor process, establishing itself dogmatically in the branches of Criminal Law and Criminal Procedure and its purpose is framed in the analysis of the general theory of the process in criminal matters appreciating the fundamental right of due process as a jurisdictional guarantee.

This is how the explanation of the problem was investigated, What is the effect on the fundamental right of due process through the withdrawal on the prosecution in the intermediate stage on the Peruvian criminal process? likewise a Study is proposed by methodology of a Dogmatic-Legal Investigation, since the different criminal legal theories, principles and rules on the criminal process in the case of the withdrawal of the law were evaluated. accusation in the intermediate stage.

This led us to establish the influence that due process has on the action of the withdrawal of the accusation in the new criminal process, especially if this procedural institute occurs within the intermediate stage. The conclusions and recommendations affect the denaturalization of the withdrawal of accusation in the intermediate stage, since said institute is formulated by the representative of the Public Prosecutor's Office at the trial stage and after the evidence has been acted upon; however, the withdrawal of the accusation occurs in the intermediate stage (to a bad practice), unconfiguring the pre-established legal process.

KEY WORDS: Withdrawal of the accusation, intermediate stage, criminal process.

INTRODUCCIÓN

La tesis: “El retiro de la acusación en la etapa intermedia del proceso penal y la afectación al debido proceso en el Perú – año 2017”, trata sobre los efectos jurídicos que se generan en el proceso penal o su desnaturalización.

El capítulo I, trata sobre el problema y la metodología de la investigación, en donde describimos el problema, su análisis, pronóstico y estado actual del retiro de la acusación en la etapa intermedia del proceso penal y la afectación al debido proceso en el Perú, formulamos el problema, se establecen objetivos descriptivos, hipótesis, las variables. Así también establecemos la metodológica de la investigación que tiene una profundidad científica a nivel descriptiva pues se enmarcó la problemática en una tesis jurídica-dogmática-normativa.

Capitulo II, trata sobre el marco teórico, en donde se puede establecer los antecedentes de la investigación, las bases teóricas y los términos de la investigación, siendo estos últimos tópicos en donde se ha desarrollado el retiro de la acusación en el proceso penal en un marco de la teoría del garantismo penal. Es así, que el objetivo general describe los efectos judiciales el retiro de la acusación en la etapa de intermedia y los objetivos específicos analizan y exponen sobre las consecuencias y soluciones del retiro de la acusación en la etapa intermedia del proceso penal y la afectación al debido proceso en el Perú.

El Capítulo III, trata sobre los resultados y discusión de la investigación, en donde se puede advertir el estado normativo, doctrinal y jurisprudencial sobre el retiro de la acusación en la etapa intermedia del proceso penal y la afectación al debido proceso en el Perú

El Capítulo IV, trata sobre la validación o contrastación de las hipótesis, en donde se constató las hipótesis generales y específicas.

En los Capítulos V y VI, se desarrollan las conclusiones y recomendaciones que se encaminan a establecer los efectos positivos y negativos dentro de los principios y reglas aplicables al retiro de la acusación fiscal conforme a la teoría general del proceso penal.

CAPÍTULO I

PROBLEMA Y LA METODOLOGIA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. Descripción del Problema:

El nuevo proceso penal cuenta con diversas etapas: investigación preparatoria, etapa intermedia y juzgamiento.

La etapa de investigación preparatoria, etapa en la que se investiga el delito, autores y partícipes, e inclusive elementos de descargo para la defensa del imputado.

En la etapa intermedia tiene como objetivo el saneamiento procesal de la relación jurídico-procesal válida, así como el saneamiento probatorio.

La etapa de juzgamiento es la etapa estelar del proceso, en donde se presentan los alegatos de apertura, la actuación o desahogo de los medios probatorios y los alegatos de clausura o cierre.

Es en esta última etapa en donde se formula el retiro de la acusación, siendo su oportunidad, después de la actuación de los medios probatorios, el fiscal está facultado para proceder con el retiro de la acusación o de desistirse de su pretensión punitiva; sin embargo, la investigación se centró en el retiro de la acusación durante la etapa intermedia, situación que preliminarmente configuraría un atentado al debido proceso o proceso legal previamente establecido.

1.2. Formulación del Problema de investigación

1.2.1 Problema General:

¿Cuál es la afectación al derecho fundamental del debido proceso mediante el retiro de la acusación fiscal, en la etapa intermedia del proceso penal peruano?

1.2.2 Problema Específico:

- ¿Cómo el retiro de la acusación fiscal, en la etapa intermedia del proceso penal peruano, vulneran principios del Ministerio Público y genera responsabilidad funcional en el representante del Ministerio Público?
- ¿Cuál es el vacío existente que debe cubrirse y otorgarse al retiro de la acusación fiscal en la etapa intermedia en el proceso penal peruano?

1.3. Importancia del Problema:

Ex lege la acusación fiscal puede ser objeto de retiro en la fase de juzgamiento, siendo el ambiente natural del retiro de la acusación la sub-fase de alegatos finales, una vez que se ha practicado la actividad probatoria. De estimar el Juez de Juzgamiento, previo traslado al imputado y a su abogado defensor, que el retiro es fundado, dictará el auto de sobreseimiento.

Este retiro de la acusación se produce porque el representante del Ministerio Público considera que los cargos contra el imputado se han enervado. Sin embargo, se presentan situaciones (jurídicas) en las que el fiscal ab initio de la fase de juzgamiento, en vez de formular su alegato de apertura y a partir del estudio adecuado de la carpeta fiscal, considera que, aun desarrollándose la actividad probatoria, no tendrá éxito en la acreditación de su tesis inculpativa (que conlleve a lograr la expedición de una sentencia condenatoria); o considera que se presenta un supuesto de atipicidad, una causal de justificación o un supuesto de ausencia de culpabilidad, por lo que no es razonable insistir en la formulación de la pretensión penal. Es a partir de supuestos como estos que conviene reflexionar en torno a la posibilidad del retiro de la acusación fiscal durante la etapa intermedia y también en la posibilidad que sea ab initio del juicio oral, como una expresión del principio de objetividad.

El Ministerio Público puede retirar la acusación en la etapa intermedia y al ab initio del juicio oral, efectuando una integración jurídica, acudiendo al método de la analogía y

concretamente al argumento a fortiori, así como al principio general del Derecho y, a la vez, valor de justicia. Este retiro debe efectuarse como una expresión del principio de objetividad.

1.4. Justificación y Viabilidad:

1.4.1 Justificación:

La Justificación se identifica con los móviles de la investigación, a decir de Arazamendi: “son los propósitos definidos que son suficientemente importantes que fundamenten su realización”¹, por lo que pasamos a justificar de la siguiente manera:

a) Justificación Teórica:

La presente investigación se justifica teóricamente los sistemas, principios y reglas el retiro de la acusación en la etapa intermedia del proceso penal. Es así, que se podrá establecer el alcance del principio del debido proceso en el proceso penal peruano.

d) Justificación Metodológica:

El paradigma metodológico que justifica la presente investigación es desde una perspectiva cualitativa toda vez que se realizara una investigación dogmática, sustentada en principios y reglas el retiro de la acusación en la etapa intermedia del proceso penal. Se investigará en consideración a conceptos y comprensiones partiendo de pautas de los datos y no recogiendo datos para evaluar modelos, hipótesis o teorías, principios y reglas jurídicas preconcebidas.

La presente Investigación, para ser confiable como conocimiento científico propone técnicas y medidas procedimentales para resolver los problemas normativos, doctrinarios y jurisprudenciales del derecho procesal penal.

¹ ARAZAMENDI, Lino. La investigación Jurídica. Diseño del Proyecto de Investigación y Estructura y Redacción de la Tesis. 2da. Ed.: Lima - Perú. Editorial y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L.; 2011. p. 139.

e) Justificación Social:

La investigación es relevantemente social, pues el problema el retiro de la acusación en la etapa intermedia del proceso penal y la afectación al debido proceso en el Perú, en forma específica sobre la normatividad sobre la etapa intermedia y sobre el procedimiento de la acusación fiscal

f) Justificación Jurídica y Legal:

La justificación Jurídica y legal de la investigación se encuentra en:

- a) Constitución Política del Perú,
- b) Ley Universitaria N° 30220,
- c) Estatuto de la UNASAM,
- d) Reglamento de Grados y título de la FDCCPP- UNASAM y
- e) Decreto Legislativo N° 957 - Código Procesal Penal.

g) Justificación Práctica:

La investigación tiende a resolver el problema jurídico de factibilidad sobre el retiro de la acusación en la etapa intermedia del proceso penal y la afectación al debido proceso en el Perú.

1.4.2 Viabilidad:

a) Viabilidad Teórica:

La presente investigación se podrá concretar del análisis el retiro de la acusación en la etapa intermedia del proceso penal y la afectación al debido proceso en el Perú, definiendo los sistemas, teorías, principios y reglas del Derecho Penal y Procesal Penal, así como en su doctrina y jurisprudencia.

b) Viabilidad Temporal.

El presente estudio que evaluará los avances que se tiene durante el 2017.

c) Viabilidad Social.

El Estudio se realizará respecto a la aplicación normativa del retiro de la acusación en la etapa intermedia del proceso penal y la afectación al debido proceso en el Perú, limitándose el ámbito de Derecho Penal y Procesal Penal desde una perspectiva jurídico-doctrinal-normativo-jurisprudencial.

1.5. Formulación de Objetivos

1.5.1 Objetivo General:

Describir cuál es la afectación al derecho fundamental del debido proceso mediante el retiro de la acusación fiscal, en la etapa intermedia del proceso penal peruano.

1.5.2 Objetivos Específicos:

- Analizar cómo el retiro de la acusación fiscal, en la etapa intermedia del proceso penal peruano, vulneran principios del Ministerio Público y genera responsabilidad funcional en el representante del Ministerio Público.
- Exponer cuál es el vacío en el procedimiento que debe cubrirse y otorgarse al retiro de la acusación fiscal, en la etapa intermedia en el proceso penal peruano.

1.6. Formulación de Hipótesis

a) Hipótesis General:

La afectación al derecho fundamental del debido proceso mediante el retiro de la acusación fiscal es por el desvío del procedimiento previamente preestablecido.

b) Hipótesis Específicas:

- El retiro de la acusación fiscal, en la etapa intermedia del proceso penal peruano, generan responsabilidad funcional en el representante del Ministerio y es que vulneran principios de unidad y legalidad.
- El vacío que existe para afrontar el procedimiento frente al retiro de la acusación fiscal, en la etapa intermedia se podrá suplir mediante el control que realiza el Juez de investigación prepararía en esta etapa y si corresponde se emitirá el sobreseimiento de oficio.

1.7. Variables:

a) Identificación de Variables:

Hipótesis General	Hipótesis Específica	
	Primera	Segunda
<p><u>Variable independiente (i)</u></p> <ul style="list-style-type: none"> Retiro de Acusación Fiscal <p>Indicadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> En la etapa intermedia En la etapa de Juzgamiento <p><u>Variable Dependiente (i)</u></p> <ul style="list-style-type: none"> Debido Proceso <p>Indicadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> Derecho al Juez natural Derecho a la defensa Derecho a la pluralidad de instancias Derecho al acceso a los recursos Derecho a Probar Derecho al plazo razonable 	<p><u>Variable independiente (i)</u></p> <ul style="list-style-type: none"> Retiro de Acusación Fiscal <p>Indicadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> En la etapa intermedia En la etapa de Juzgamiento <p><u>Variable Dependiente (i)</u></p> <ul style="list-style-type: none"> Principio de Unidad <p>Indicadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> La Constitución Ley Orgánica del Ministerio Público. Código Procesal Penal <p><u>Variable Dependiente (ii)</u></p> <ul style="list-style-type: none"> Principio de legalidad <p>Indicadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> Material Procesal 	<p><u>Variable independiente (i)</u></p> <ul style="list-style-type: none"> Retiro de Acusación Fiscal <p>Indicadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> En la etapa intermedia En la etapa de Juzgamiento <p><u>Variable Dependiente (i)</u></p> <ul style="list-style-type: none"> Sobreseimiento <p>Indicadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> Por Pedido de Parte De Oficio.

b) Operacionalización de Variables:

VARIABLES	Definición Conceptual	Definición Operacional	Indicadores
(X1) Retiro de acusación	Condiciones para establecer el retiro de la acusación	Permitirá conocer los actos y procedimientos para establecer el retiro de la acusación en el proceso penal.	<ul style="list-style-type: none"> • Etapa intermedia • Etapa de juzgamiento.
(Y) Debido Proceso	Fundamentos y conceptualizaciones sobre el debido proceso	Permitirá conocer el debido proceso aplicable al proceso penal peruano	<ul style="list-style-type: none"> • Material • Procesal.

1.8. Metodología de la Investigación

1.8.1 Tipo y diseño de Investigación

1.8.1.1. Tipo de Investigación:

Se debe de recordar que para investigar el comportamiento humano existen diversos tipos de investigación tales como; exploratorias, descriptivos, correlacionales y explicativos². La presente investigación es Descriptiva desde el punto de vista del tema de investigación, ya que se empezará con examinar e indagar como es jurídicamente el retiro de la acusación en la etapa intermedia del proceso penal y la afectación al debido proceso en el Perú. Como ciencia particular el tipo de investigación jurídica - dogmática³, pues se evalúa el principio de proporcionalidad desde una perspectiva filosófica y constitucional, en su condición de principio, mediante la apreciación de diversas teorías jurídicas.

Un paradigma integrativo que el derecho debe superar es la norma legislada formalmente vigente y empaparse de la norma vivida en la sociedad: la norma hecha conducta, la norma eficaz. La incorporación del contexto, la articulación vigencia-validez-eficacia; los valores e intereses protegidos: la aplicación y los órganos jurisdiccionales, conforman el paradigma holístico que no rechaza ni excluye el estudio exegético de las normas, sino que lo integra y subsume como una vertiente más.⁴ En el siguiente cuadro nos grafica los objetivos y tipos de investigación que aplicados al campo de la investigación jurídica es posible plantear⁵:

² HERNANDEZ SAMPIERI, Roberto; FERNÁNDEZ COLLADO, Carlos; BAPTISTA LUCIO, Pilar Metodología de la Investigación. Mc Graw Hill, México 1997

³ QUIROZ SALAZAR, William (2007). Investigación Jurídica. Editorial IMSERGRAF EIRL, Lima, p 54.

⁴ HURTADO DE BARRERA, Jacqueline, Las tendencias holísticas propician un mundo más humano y libre de dependencias ideológicas, 12a. ed., Caracas, Medio Internacional, 2001.

⁵ HURTADO DE BARRERA, Jacqueline, Metodología de la investigación holística, Caracas, Sypal, 2000.

Nivel	Objetivo	Holotipo
Perceptual	Explorar	Investigación Exploratoria.
	Describir	Investigación Descriptiva.
Aprehensivo	Comparar	Investigación Comparativa.
	Analizar	Investigación Analítica.
<u>Comprensivo</u>	<u>Explicar</u>	<u>Investigación Explicativa.</u>
	Predecir	Investigación Predictiva.
	Proponer	Investigación Proyectiva.
Integrativo	Modificar	Investigación Interactiva.
	Proponer	Investigación Confirmatoria.
	<u>Evaluar</u>	<u>Investigación Evaluativa.</u>

Desde el punto de vista holístico aplicado a la investigación del derecho: **(a)** La presente investigación tiene el **Nivel Comprensivo** ya que el objetivo es explicar retiro de la acusación en la etapa intermedia del proceso penal y la afectación al debido proceso en el Perú, por lo cual, el holotipo es una investigación jurídica-explicativa. **(b)** La Investigación también tiene el **Nivel Integrativo** porque tiene como objeto **confirmar o negar** la aplicación correcta y bajo este nivel también buscará **evaluar** el retiro de la acusación en la etapa intermedia del proceso penal y la afectación al debido proceso en el Perú.

1.8.1.2 Diseño de Investigación:

Corresponde a una **Investigación No experimental**:

Porque en esta investigación no se tiene dominio de las variables y no se las puede manipular deliberadamente.

La investigación no experimental será subdividida en diseños transeccionales o transversales y diseños longitudinales. La presente es una **investigación no experimental Transversal**,

porque esta investigación recolectará y describirá datos en un periodo que comprende desde el año 2017-2018.

1.8.2 Métodos de Investigación:

Con la finalidad tener en cuenta los métodos utilizados para la presente investigación jurídica, se debe entender cuál es el enfoque metodológico que se pretende, ya que se busca desentrañar el funcionamiento sistemático. Los métodos específicos a emplearse en la investigación jurídica⁶ a nivel de pre grado

Método Dogmático⁷: Encaminada al estudio e investigación de la doctrina con la finalidad de realizar abstracciones (instrumentos lógicos, inducción, deducción, análisis, síntesis, analogía, comparación), con la finalidad de pulir los aportes de los juristas o lo que aparece en el campo normativo, estudiar las instituciones del Derecho con la finalidad de realizar construcciones correctamente estructuradas y proponerlas para su utilización. El derecho al estar conformado por instituciones, estos pueden ser explicados para el método dogmático en términos jurídicos sin apelar a consideraciones políticas, ideológicas o éticas. Este método se empleará en nuestra investigación para tratar de entender el problema de investigación a la luz de la doctrina y los planteamientos teóricos de los juristas.

Método Hermenéutico⁸: En sentido amplio, este método trata de observar algo y buscarle significado. En sentido estricto, siempre que los datos o las partes de un todo se presten a diferentes interpretaciones. En este sentido, siendo nuestro objeto de estudio susceptible de diversas interpretaciones será necesario para poder hacer la teorización de nuestro trabajo emplear este método.

⁶ RAMOS NUÑEZ, Carlos. (2001) *Cómo hacer una tesis y no envejecer en el intento*. Editorial Grijley, Lima, pp. 92 y ZELAYARAN DURAN, Mauro (2007). *Metodología de la Investigación Jurídica*. Ediciones Jurídicas, Lima, pp. 65 y ss.

⁷ Ibidem.

⁸ Ibidem

Método Exegético⁹: Tiene por objeto de estudio a la norma jurídica y cuya finalidad es captarlas y comprenderlas dirigiéndolas a la idealidad; tiene además las características de ser puramente formal o conceptual, en donde se libere a la Ciencia Jurídica de elementos extraños pertenecientes a otras disciplinas. Este método será aplicado en nuestro trabajo, toda vez que se hará al estudio la de normatividad vigente sobre nuestro problema de investigación.

Argumentación Jurídica¹⁰: La argumentación jurídica es un proceso cognitivo especializado (teórico o práctico) que se realiza mediante concatenación de inferencias jurídicas consistentes, coherentes, exhaustivas, teleológicas, fundadas en la razón suficiente, y con conocimiento idóneo sobre el caso objeto de la argumentación. La argumentación jurídica se concretiza relacionando premisas, a la luz vinculante de los principios y demás cánones lógicos pertinentes, para obtener secuencial y correctamente, conclusiones que, según el caso, afirmen o nieguen la subsunción del hecho en la hipótesis jurídica o afirmen o nieguen la validez o invalidez o la vigencia formal o real de la norma jurídica dada o afirmen o nieguen la pertinencia o impertinencia, o la aplicabilidad o inaplicabilidad o la compatibilidad incompatibilidad de la norma jurídica al caso concreto.

⁹ Ibidem.

¹⁰ ATIENZA, MANUEL (2004). Las razones del Derecho. Teoría de la Argumentación jurídica. Editorial Palestra, Lima, pp. 28 y ss.

1.8.3 Plan de recolección de la información y/o delimitación de la investigación¹¹:

1.8.3.1 Población:

- a) **Universo físico:** Constituido por el ámbito nacional.
- b) **Universo Social:** Se circunscribe a la dogmática, normatividad y jurisprudencia.
- c) **Universo temporal:** La investigación se circunscribe a los años 2017-2018.

1.8.4 Instrumentos de recolección de la información. -

TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN	INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN	INFORMANTE O FUENTE QUE CORRESPONDE AL INSTRUMENTO DE CADA TÉCNICA
Análisis documental.	Fichas de resumen.	Fuente: Libros, tratados e internet.
	Fichas Textuales.	
	Fichas bibliográficas.	
	Fichas de análisis	Fuentes bibliográficas y carpetas fiscales.

1.8.5 Plan de procesamiento y análisis de información

1.8.5.1 Estrategias o procedimientos de recogida de información:

1. Para recoger la información necesaria y suficiente para alcanzar los objetivos de la investigación se empleará la Técnica Documental, cuyos instrumentos serán las fichas Textuales y de resumen.

¹¹ Por la naturaleza de la investigación que es dogmática, no es necesario la determinación de la población y la muestra puesto que no se harán mediciones, contrales ni se probarán hipótesis, sin embargo, por la formalidad del esquema solicitado por la Escuela de Post Grado de la UNASAM se cumple formalmente con este requisito, tomando como referencia para estos ítem a ZELAYARAN DURAN, Mauro (2007). Metodología de la Investigación Jurídica. Ediciones Jurídicas, Lima, pp. 251-258.

2. Para sistematizar la información en un todo coherente y lógico, es decir ideando una estructura lógica, un modelo o una teoría que integre esa información, se empleará el Método de argumentación Jurídica.

Para la obtención de información de la presente investigación se hará a través del método cuantitativo y cualitativo lo que permitirá recoger, datos numéricos y opiniones o valoraciones sobre el problema planteado.

Es por esta razón que la presente investigación no perseguirá la generalización estadística sino la aprehensión de particularidades y significados aprobados en las encuestas y sobretodo, en la jurisprudencia y doctrina.

1.8.5.2 Análisis e interpretación de la información:

Análisis de contenido

Cuyos pasos a seguir son:

- a) Selección de la comunicación que será estudiada;
- b) Selección de las categorías que se utilizarán.
- c) Selección de las unidades de análisis, y
- d) Selección del Sistema de recuento o de medida.

1.8.5.3 Criterios:

Los criterios a seguir en el presente proceso de investigación será el siguiente:

- Identificación del lugar donde se buscará la información.
- Identificación y registro de las fuentes de información.
- Recojo de la información en función a los objetivos de investigación empleando técnicas e instrumentos de investigación pertinentes.
- Sistematización de la información.
- Análisis y evaluación de la información.

1.8.6 Unidad de análisis y muestra:

1.8.6.1 Unidad de análisis:

Para justificar la presente unidad de análisis se tiene que tener en consideración que Universo Social, se circunscribe a la dogmática, normatividad, jurisprudencia, es así, que el universo y la muestra se corresponden en forma total. La unidad de análisis como propósito teórico o práctico de estudios en la presente investigación estará conformada por documentales, siendo estos la doctrina, Jurisprudencia, normatividad del tema señalado.

1.8.6.2 Muestra

- **Tipo de muestra: Muestra no probabilística**, ya que la presente muestra no depende de la probabilidad, sino de las causas relacionadas con las características de abogado-investigador, no se basa en fórmulas de probabilidad, si no depende del proceso de toma de decisiones.
- **Marco Muestral:** Normatividad, doctrina y jurisprudencia.
- **Procedimiento de Selección:** Es dirigida.
- **Tipo de muestra Dirigida:** La muestra dirigida es de sujetos-tipos, ya que se busca la profundidad y riqueza de la información.
- **Técnica muestral:** Técnica intencional: la muestra es escogida.
- **Tamaño de la muestra:** No se puede medir al ser cualitativa.
- **Unidad de análisis:** Documentos.

1.8.7 Técnica de Validación de la Hipótesis

En la presente investigación jurídica en la dimensión teórica, tiene su evaluación mediante la contrastación de las hipótesis planteadas mediante la argumentación jurídica (o

conocida como argumentación jurídica estándar – AJE)¹². Argumentar o razonar es una actividad que consiste en dar razones a favor o en contra de una determinada tesis que se trata de sostener o refutar. Esa actividad puede ser muy compleja y consistir en un número muy elevado de argumentos (de razones parciales) conectadas entre sí de muy variadas formas.

Para conseguir este tipo de validez se deben fomentar procesos de cristalización más que de triangulación. Laurel Richardson sugiere que: «la imagen central para «la validez» de los textos postmodernos: «... no es el triángulo, una figura rígida, fijada y en dos dimensiones. Más que ésta figura, la imagen central o la figura central es el cristal, el cual combina la simetría y la sustancia con una infinita variedad de formas, sustancias, transmutaciones, multidimensionalidades, y ángulos de aproximación. Los cristales son prismas que reflejan la parte externa y se refractan sobre ellos mismos, creando diferentes colores, modelos, llevándonos por diferentes direcciones y caminos. Lo que nosotros vemos depende de nuestro ángulo de reposo. No es la triangulación sino la cristalización lo que se debe fomentar en los procesos de investigación cualitativa. En la postmodernidad, con textos en donde se mezclan géneros, nosotros nos movemos desde la teoría de la geometría plana a la teoría de la luz, donde la luz puede ser tanto onda como partícula. La cristalización, sin perder la estructura, que construye la idea tradicional de «validez» pues permite mostrar que no existe una verdad singular, la cristalización nos proporciona una comprensión de los temas, parcial, dependiente y compleja»¹³

1.8.8 Contexto:

¹² ATIENZA, M. Derecho y Argumentación. Bogotá: Ediciones Universidad Externado de Colombia, 1997. Las Razones del Derecho. México: Ediciones Universidad Autónoma de México, 2003. Argumentación Constitucional Teoría y Práctica. México: Editorial Porrúa, 2011.

¹³ Richardson, L. (1997). Fields of play: Constructing an academic life. New Brunswick NJ: Rutgers University Press, pp. 125

El contexto es el lugar donde se realizó la investigación, que en este caso es la ciudad de Huaraz, pero resulta ser una investigación cualitativa que tiene que ver con apreciación del tema señalado.

CAPÍTULO II

MARCO TEORICO

2.1 Antecedentes:

a) Antecedentes Internacionales:

A nivel internacional no se ha podido encontrar antecedentes referentes al retiro de la acusación a nivel de la etapa intermedia.

b) Antecedentes Nacionales:

TESIS DE DOCTORADO EN DERECHO

Título: “Limitaciones del fiscal como director de la investigación del delito en la provincia de Trujillo 2007 – 2012”

Autor: Luis Alberto Aguirre Bazán

Fecha de publicación: 2013

Lugar de Publicación: Universidad Nacional de Trujillo.

Resumen: El fiscal acusa sin suficiente evidencia, sin una adecuada estrategia de investigación e impulsado por el injustificado deseo de ganar el caso abusando del derecho que le compete, es por ello que se ha investigado el desempeño del fiscal en su función de director de investigación del delito bajo el Nuevo Código Procesal Penal (NCP) en la provincia de Trujillo, entre los años 2007 al 2012 con el propósito de identificar sus posibles circunstancias o condiciones que limitan su investigación; por lo que se formuló el siguiente problema ¿Cuáles son las limitaciones del fiscal como director de la investigación del delito en la provincia de Trujillo entre los años 2007 al 2012?, donde se planteó la siguiente hipótesis: “Las limitaciones del fiscal como director de la investigación del delito en la provincia de Trujillo entre los años 2007 al 2012 son la falta de objetividad, los rezagos de

un sistema inquisitivo, deficiencia en la formación profesional y el incumplimiento del principio de legalidad.” Existiendo antecedentes del tema, más no respecto al problema formulado, se realizó un marco teórico donde se definen las figuras jurídicas de la Investigación Preliminar e Investigación Preparatoria y el rol del Fiscal en la Investigación, todo ello bajo los parámetros del Nuevo Código Procesal Penal del 2004. A fin de poder resolver el problema planteado en la presente investigación se utilizó el método hermenéutico para el análisis de la doctrina y proceso penal con respecto a la función del fiscal como director de la investigación a fin de contrastar su labor realizada en la práctica y lo que establece la doctrina. Para el análisis de la legislación del NCPP se empleó el método exegético que consistió en contrastar la labor fiscal realizada y lo que prescribe la legislación penal peruana. Para la recolección de datos se utilizó la técnica de la entrevista a fin de que se obtenga respuestas válidas y fiables de los jueces, fiscales y abogados y la recopilación documental, técnica que consistió en extraer los datos de los procesos judiciales en donde se aplica el Nuevo Código Procesal Penal. Finalmente se plantea las conclusiones correspondientes, siendo una de ellas de manera general que la no objetividad por parte de los fiscales, los rezagos de un sistema inquisitivo, la deficiencia en la formación profesional y el incumplimiento del principio de legalidad, son limitaciones que presenta el fiscal en su función como director de la investigación del delito en la provincia de Trujillo entre los años 2007 al 2012.

TESIS DE MAESTRIA EN DERECHO PROCESAL

Título: Deficiencias en la labor fiscal y judicial en las distintas etapas del actual proceso penal

Autor: Gisel Vanesa Andía Torres

Fecha de publicación: 2013

Lugar de Publicación: Universidad Pontificia Católica del Perú.

Resumen: El presente trabajo de investigación ha permitido, a partir de las sentencias absolutorias emitidas en los Juzgados Penales Unipersonales de la ciudad de Cusco durante el año 2011, identificar las deficiencias en la labor fiscal y judicial en las distintas etapas de proceso penal actual. De manera específica se ha advertido que durante la investigación preparatoria el Fiscal no determina adecuadamente el hecho, pues no precisa la imputación que corresponde a cada uno de los acusados, tampoco señala cuales son las circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores; situación que impide la conducción adecuada de la investigación, generando como resultado que los elementos de convicción recabados resulten insuficientes para sostener una acusación. Frente a tal circunstancia, el fiscal no opta por un sobreseimiento. Ahora bien, en la etapa intermedia el Juez de Investigación Preparatoria, a pesar de encontrarse en la posibilidad de advertir las circunstancias antes descritas, no realiza un adecuado control formal, ni sustancial del requerimiento de acusación, tampoco un adecuado control de admisión de medios de prueba, permitiendo que estos casos lleguen a juicio sin sustento ni consistencia, convirtiendo esta etapa en una de mero trámite. Por otro lado, en la etapa de juicio oral, se advierte que los Jueces Penales Unipersonales no realizan una valoración individual de los medios de prueba, pero si una valoración conjunta; sin embargo, no existe evidencia de que se haya valorado la totalidad de los medios de prueba pese haber formado parte del debate probatorio. Adicionalmente, se ha verificado que dichos jueces no hacen uso de la facultad que les concede la ley para incorporar de oficio pruebas al juicio oral. En consecuencia, ante la imposibilidad de acreditar la comisión del hecho delictuoso y/o la vinculación del acusado con el mismo, deben pronunciarse por la absolución.

c) Antecedentes Locales:

Que, de la revisión de las investigaciones locales tanto en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNASAM y de otras universidades no se ha podido ubicar tesis relacionadas con la presente investigación.

2.2 Bases Teóricas:

2.2.1 Teoría del Garantismo Penal:

El garantismo penal desarrolla un conjunto de conocimientos capaces de fundamentar la limitación al poder punitivo del Estado desde una óptica de primacía del individuo. La teoría del garantismo penal representa la más consecuente realización de la Ilustración, el propio autor de esta teoría, Luigi Ferrajoli, señalaba que este enfoque es la más fecunda proyección a nuestros días, de la filosofía ilustrada.¹⁴ Al respecto dice, Sanchis: “La aportación verdaderamente original de la Ilustración se centra en lo que Ferrajoli ha denominado estricta legalidad, que no significa sólo que la tipificación legal representa una condición indispensable para que el juez pueda castigar, sino que implica una exigencia que pesa sobre el propio legislador a fin de que las prescripciones penales sean claras, precisas y dotadas de una denotación empírica taxativa. Esto es, en sentido amplio la legalidad. Constituye un límite que se alza frente a cualquier otro poder o fuente de creación jurídica, mientras que, en sentido estricto, es un límite al propio legislador, que ya no puede castigar de cualquier manera, sino sólo a través de un género de normas dotadas de unas cualidades formales que son garantía de la libertad y de la seguridad. Ese límite al legislador se traduce también en una barrera frente al arbitrio judicial, ya que dichas cualidades formales están en condiciones de asegurar una aplicación neutral mecánica y uniforme del Derecho a los casos

¹⁴¹⁴ FERRAJOLI, Luigi (2001). Derecho y Razón Teoría del garantismo penal Editorial Trotta, Madrid.

particulares”¹⁵ Mientras los autores del iluminismo ponían el acento en la limitación al poder de los jueces a través de la ley, ahora se estructura una concepción mucho más compleja, donde no sólo la ley limita al juez sino que también el propio legislador está limitado sustancialmente por los principios y valores plasmados en las Constituciones modernas así como los jueces que aplican las leyes penales.

Si desde al Derecho penal se le identificaba normalmente con la simple máxima “*nullum crimen, nulla poena sine lege*” con el garantismo penal tiene una concepción mucho más amplia extendiendo su formulación a las normas jurídicas penales y sus prácticas operativas introduciendo Luigi Ferrajoli las siguientes fórmulas latinas: *Nulla poena sine crimine*, *Nullum crimen sine lege*, *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*, *Nulla necessitas sine injuria*, *Nulla injuria sine accione*, *Nulla actio sine culpa*, *Nulla culpa sine indicio*, *Nullum indicium sine accusatione*

Nulla accusatio sine probatione, *Nulla probation sine defensione*. Que significa que: No hay pena sin delito, No hay delito sin ley previa, No hay ley sin necesidad, No hay necesidad sin ofensa, No hay ofensa sin acción, No hay acción sin culpabilidad, No hay culpabilidad sin juicio, No hay juicio sin acusación, No hay acusación sin prueba, No haya prueba sin defensa.

Afirmándose, de esta manera, mayores límites a la persecución punitiva del Estado, a la ya antigua máxima de que no se podrá castigar desde el Estado si no se está frente a la comisión de un delito se tiene otros límites como el no recurrir a la instancia penal ante cualquier falta o inmoralidad, sino como último recurso *ultima ratio*; además de no afirmar la comisión de un delito si no hay un daño a un bien jurídico protegido. Tampoco se podrán imponer tipos penales que correspondan a un Derecho penal de autor ni se castigarán meros pensamientos o actos sin consciencia. Asimismo, no habrá posibilidad de castigo penal por

¹⁵ PRIETO SANCHÍS, Luis (2007). “La Filosofía Penal de la Ilustración” Palestra Editores. Lima, p 58-59

mera responsabilidad objetiva, *versari in re illicita*, ni podrá ser utilizado el justiciable como un medio para satisfacer fines deseados por el Estado, no podrá arribarse a una condena mediante un sistema inquisitivo, no habrá acusaciones basadas en conjeturas o en meras sospechas, ni en la sola confesión, ni se podrá castigar sin que el imputado tenga acceso a todas las pruebas y pueda ejercer su derecho a defensa.

El garantismo penal nos señala que sólo pueden ser delito los comportamientos empíricos, susceptibles de ser probados y determinado judicialmente su campo de aplicación de manera exhaustiva y exclusiva. Un esquema que enmarca las principales garantías penales y procesales contenidas en nuestra Constitución, y que hacen a una teoría de la ley penal (las cuatro primeras fórmulas), a una teoría del delito (las dos siguientes) y a una teoría del proceso penal (las últimas cuatro). Es que las garantías penales y procesales penales no se pueden estudiar en forma aislada. Unas y otras son recíprocamente indispensables para su efectiva aplicación. No se puede hablar de estricta legalidad sin estricta jurisdiccionalidad, ni viceversa, porque si no, lo que se logra en un estadio, se lo puede desbaratar en el otro.

2.2.2 La acusación fiscal: expresión del principio acusatorio

Gómez Colomer¹⁶ enseña que la acusación fiscal es el acto procesal mediante el cual se interpone la pretensión procesal penal, consistente en una petición fundada dirigida al órgano jurisdiccional penal, para que imponga una pena y una indemnización a una persona por un hecho punible que, se afirma, ha cometido.

¹⁶ ARBULÚ MARTÍNEZ, Víctor Jimmy. Derecho Procesal Penal. Tomo II, Gaceta Jurídica, Lima, 2015, p. 227.

En este contexto, el principio acusatorio implica la vinculación del juzgador a la acusación¹⁷. Según Armenta Deu¹⁸, el principio acusatorio se traduce en una idea muy importante y simple: “No hay proceso sin acusación”. Constituye un criterio configurador del proceso penal, según el cual, sin una previa acusación, –imputación a una o más personas concretas de determinados hechos–, no hay posibilidad de llevar a cabo juzgamiento alguno.¹⁹

En el modelo acusatorio con rasgos adversariales delineado en el Código Procesal Penal de 2004, la acusación debe ser formulada por una persona distinta al juez²⁰, y este, en razón del principio acusatorio, se halla vinculado a dicha pretensión. La acusación define el objeto esencial del proceso y, a su vez, delimita el ámbito del debate contradictorio y de la sentencia, sin que el Tribunal pueda rebasarlo, ni tenga relevancia alguna en ese proceso una actitud semejante de la defensa.²¹

La acusación como acto procesal se formula en la fase intermedia, en estricto, en la audiencia preliminar de control de la acusación, y ex post en la fase de juzgamiento al momento de formularse el alegato de inicio y, estrictamente, cuando se formula el alegato de clausura; sin embargo, la acusación que fuera formulada en la fase intermedia y que debiera oralizarse en el alegato de apertura a nivel de juicio oral, en ocasiones puede ser retirada ab initio del juicio oral, sin formularse alegato de inicio; ello como expresión del principio de objetividad que rige la actividad fiscal.

2.2.2.1 El principio de objetividad

¹⁷ ROSAS YATACO, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo I, Pacífico, Lima, 2013, p. 640.

¹⁸ Corte Suprema de Justicia del Perú, Acuerdo Plenario N° 6-2006/CJ-116, de fecha 13 de noviembre del 2009, fundamento jurídico 6.

¹⁹ El Código Procesal Penal, en su artículo 344.1 señala: “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”.

²⁰ BURGOS MARIÑOS, Víctor. Principios rectores del nuevo Código Procesal Penal. Palestra Editores, Lima, 2005, p. 44.

²¹ SAN MARTÍN CASTRO, César. Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Palestra Editores, Lima, 2006, p. 129.

La transformación del procedimiento que instaló el sistema inquisitivo reformado consolidó un Ministerio Público definido más que como parte en el procedimiento, como órgano de persecución objetivo e imparcial, a semejanza de los jueces, con una tarea presidida por la misma meta, colaborar en la averiguación de la verdad y actuar el Derecho Penal material, con la obligación de proceder tanto en contra como a favor del imputado, característica que le valió la denominación descriptiva de “custodio de la ley” y, más modernamente, de “órgano de la administración de justicia”.²²

La acción del Ministerio Público debe estar dirigida no solo a condenar al culpable, sino también a sobreseer o absolver al inocente; no solo a ofrecer prueba incriminatoria, sino también prueba de descargo; en definitiva, orientada al descubrimiento de la verdad histórica.

Roxin²³ señala que el Ministerio Público no fue concebido para cumplir una función unilateral de persecución, como es el caso del acusador del proceso penal angloamericano, sino para ser custodio de la ley. Ello significa que su tarea comprende velar por el imputado, para que se obtenga a su favor todo el material de descargo y para que ninguno de sus derechos procesales sea menoscabado. Esta doctrina ha sido regulada de lege lata en el artículo IV.2 del Título Preliminar del Código Procesal Penal de 2004, así como en el artículo 61.1 del mismo corpus iuris.

El principio de objetividad, que faculta al fiscal actuar favor rei, ha sido reconocido también por el Tribunal Constitucional²⁴, con motivo de la STC Exp. N° 6167-2005-PHC/TC (caso Cantuarias Salaverry).

²² Tribunal Constitucional, sentencia del 13 de marzo de 2006, recaída en el Expediente N° 2005-2006-PHC/TC, fundamento jurídico 5.

²³ SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Tomo I, Grijley, Lima, 2003, p. 607.

²⁴ MIXÁN MASS, Florencio. Derecho Procesal Penal. Juicio oral. BLG, Trujillo, 1996, p. 119.

En dicha sentencia, el intérprete supremo de la Constitución²⁵ estableció la relación entre el Ministerio Público, como entidad encargada de dirigir la indagatoria preliminar, y los principios de interdicción de la arbitrariedad y de objetividad en la actuación fiscal. Así, el fiscal, al realizar la investigación sobre la base de la cual determinará si existen elementos suficientes que justifiquen la formalización de la denuncia penal, se encuentra sometido a los 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.

El principio de objetividad, que para algunos constituye un principio institucional del Ministerio Público, resulta fundamental en la actuación de este órgano.²⁶ Así, Angulo Arana²⁷ señala que lo objetivo se refiere a la cualidad que permite apreciar un objeto (una cosa) con independencia de la propia manera de pensar o sentir; el fiscal debe actuar, pues, bajo datos objetivos ciertos o verificables²⁸.

2.2.3 El retiro de la acusación fiscal

2.2.3.1 Definición

El artículo 387 del Código Procesal Penal de 2004 establece en su inciso 4 que: “Si el fiscal considera que los cargos formulados contra el acusado han sido enervados en el juicio, retirará la acusación (...)”.

²⁵ ORÉ GUARDIA, Arsenio. Jurisprudencia sobre la aplicación del nuevo Código Procesal Penal. Academia de la Magistratura, Lima, 2012, p. 242.

²⁶ Corte Suprema de Justicia del Perú, Acuerdo Plenario N° 6-2006/CJ-116, de fecha 13 de noviembre del 2009, fundamento jurídico 12.

²⁷ Disponible en: www.pj.gob.pe.

²⁸ Disponible en: www.pj.gob.pe.

2.2.3.2 Regulación legal

Es el acto procesal en mérito al cual el fiscal, una vez concluida la actividad probatoria, decide no formular la pretensión penal, al advertir que su hipótesis incriminatoria planteada ab origine en el alegato de apertura, no se ha verificado. Es la facultad del fiscal de retirar la acusación en caso se hayan desvirtuado las pruebas de cargo.²⁹

La máxima acusatoria (nemo iudex sine accusatore) indica que no hay juicio sin acusador, por ello, si el fiscal considera que los cargos formulados contra el acusado han sido enervados en el juicio, deberá retirar su acusación.³⁰

2.2.3.3 Contenido y alcances del dispositivo legal que regula el retiro de la acusación fiscal

En nuestro Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho no es admisible insistir en el ejercicio de la acción penal si esta no se sostiene en un razonable discurso de responsabilidad penal con base en la actividad probatoria. Proceder en sentido contrario, esto es, formular una acusación sin un mínimo de sustento probatorio, significa desconocer que corresponde también al Ministerio Público “defender los derechos ciudadanos”, lo que contradice el propio principio de legalidad y niega la vigencia de los derechos fundamentales, aun cuando la función del fiscal sea solo requirente, es decir, postulante³¹ y no decisoria ni sancionatoria.

²⁹ Fiscalía Suprema de Control Interno del Ministerio Público, Resolución N° 158, de fecha 22 de enero de 2016, recaída en el Caso N°141-2014, fundamento jurídico 6.4.

³⁰ Tercer Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de Trujillo, Resolución N° 5 de fecha 26 de abril de 2011, recaída en el Expediente N° 5449-2010-77, fundamento jurídico 3.3.

³¹ El Código Procesal Penal, en su artículo 387.4 establece: “Si el fiscal considera que los cargos formulados contra el acusado han sido enervados en el juicio, retirará la acusación. En este supuesto el trámite será el siguiente: a) El juzgador, después de oír a los abogados de las demás partes, resolverá en la misma audiencia lo que corresponda o la suspenderá con tal fin por el término de dos días hábiles. b) Reabierto la audiencia, si el juzgador está de acuerdo con el requerimiento del fiscal, dictará auto dando por retirada la acusación, ordenará la libertad del imputado si estuviese preso y dispondrá el sobreseimiento definitivo de la causa. c) Si

No mantener la acusación implica vedar la condena, pues la acusación constituye un presupuesto ineludible para emitir un fallo condenatorio³². El retiro de la acusación ocasiona que, por la vigencia del principio acusatorio, el órgano jurisdiccional no pueda proceder a la valoración de la prueba y menos emitir pronunciamiento de fondo.

Prima facie, podemos afirmar que el retiro de acusación opera ex post a la actuación probatoria y no ex ante a ella. Y es que el ámbito natural para formular un retiro de la acusación es la fase culminante del juicio oral et in concreto a posteriori a la actividad probatoria, cuando corresponde formular el alegato de cierre.

Sin embargo, hit et nunc nos preguntamos si el retiro de la acusación puede formularse ab initio del juicio oral, cuestión que a continuación procederemos a analizar.

2.2.3.4 El retiro de acusación ab initio del juicio oral

2.2.3.4.1 La questio facti et questio iuris

En algunas ocasiones, los fiscales, al prepararse para participar en el juicio oral, luego del estudio adecuado de la carpeta fiscal, pueden advertir que no contarán con un medio probatorio fundamental a actuarse y que ello dará lugar a que la tesis inculpativa no resulte demostrada.

Asimismo, luego del estudio correspondiente, el fiscal puede advertir que se presenta un supuesto de atipicidad, una causal de justificación o un supuesto de ausencia de culpabilidad, por lo que no resulta razonable insistir en la formulación de la pretensión penal, porque no se tendrá éxito en su sostenimiento.

el juzgador discrepa del requerimiento del fiscal, elevará los autos al fiscal jerárquicamente superior para que decida, dentro del tercer día, si el fiscal inferior mantiene la acusación o si debe proceder con arreglo al literal anterior. d) La decisión del fiscal jerárquicamente superior vincula al fiscal inferior y al juzgador”.

³² El Código Procesal Penal, en su artículo 344.2 señala: “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”.

¿Qué hacer en estos casos? Esta es la *questio facti*. La respuesta será: retirar la acusación, empero, el retiro se formula siempre después de culminada la actividad probatoria.

Sin embargo, nos preguntamos si es razonable atentar contra el principio de economía procesal y permitir que se mantenga la acusación ab initio del juicio oral y se desarrolle una actividad probatoria, a sabiendas, por parte del fiscal, de que ex post retirará la acusación. Ello constituiría un proceder irresponsable del representante del Ministerio Público, pues una actuación como esa, en el contexto indicado, no hace más que atentar contra el correcto funcionamiento del sistema de administración de justicia.

Para evitar este detrimento al sistema de justicia y la afectación al principio de economía procesal, nos preguntamos si los fiscales pueden retirar la acusación al inicio del juicio oral. Esta la *questio iuris*, cuya respuesta ensayamos seguidamente.

2.2.3.4.2 Laguna del Derecho existente

El retiro de la acusación fiscal al inicio del juicio oral no está previsto ex lege, existiendo una laguna del Derecho en este extremo.

La laguna del Derecho puede ser definida como aquel suceso para el que no existe norma jurídica aplicable, pero que se considera debiera estar regulado en el sistema jurídico.

2.2.3.4.3 La integración jurídica

A) Definición

Es el procedimiento utilizado por los operadores jurídicos, a fin de colmar las lagunas jurídicas.

La integración se produce para realizar el principio de plenitud del ordenamiento jurídico o lo que algunos autores denominan completez del ordenamiento jurídico. Se dice

que un ordenamiento jurídico es completo cuando comprende normas jurídicas para regular todos los casos que la vida real presente y que sean susceptibles de previsión jurídica; sin embargo, existen diversos hechos que reclaman regulación jurídica, pero no la tienen porque es imposible que todo pueda ser determinado por la ley, que el ordenamiento jurídico sea completo. Es en estas circunstancias en que se debe acudir a los métodos de integración jurídica, que para la doctrina mayoritaria son la aplicación de la analogía y de los principios generales del Derecho.

B) Métodos de integración jurídica

a) Los principios generales del Derecho

Enseña Rubio Correa que son conceptos o proposiciones de naturaleza axiológica o técnica, que informan la estructura, la forma de operación y el contenido mismo de las normas, grupos normativos, subconjuntos, conjuntos y del propio Derecho como totalidad. Pueden ser recogidos o no en la legislación, pero el que no lo estén no es óbice para su existencia y funcionamiento. Añade el referido autor que los principios pueden ser en un ámbito conceptos susceptibles de definición antes que proposiciones. Tal es el caso de la justicia, la equidad, la libertad, la igualdad, la democracia, etc.

Estos principios son fuente del Derecho, pero debido a su naturaleza también son mecanismos interpretativos e integradores del Derecho.

b) La analogía y sus cuatro argumentos

La analogía es un método de integración jurídica mediante el cual la consecuencia de una norma jurídica se aplica a un hecho distinto de aquel que considera el supuesto de dicha norma, pero que le es semejante en sustancia.

Este método se fundamenta en la determinación de la ratio legis de la norma, pues esta actúa como criterio definatorio de la semejanza existente entre los rasgos esenciales de

la descripción hecha en el supuesto y los que tiene el hecho acaecido en la realidad, al que se pretende atribuir los efectos jurídicos de la norma.

La analogía tiene cuatro argumentos a utilizar. Estos son: a) el argumento a pari, que significa “donde hay la misma razón hay el mismo derecho”; b) el argumento a fortiori, que significa “con mayor razón”; c) el argumento ab maioris ad minus, que significa “quien puede lo más puede lo menos”; y, d) el argumento ad minoris ad maius, que significa “si no puede lo menos, con mayor razón no puede lo más”.

c) Toma de posición

Dijimos supra que en el Código Procesal Penal de 2004 no está regulada la posibilidad del retiro de acusación fiscal ab initio del juicio oral, y que ello constituye una laguna jurídica. Para “colmar” esta laguna debemos, en este caso, acudir a los métodos de integración jurídica. Así pues, si el fiscal puede retirar la acusación luego de culminada la actividad probatoria en la fase de juzgamiento, porque advierte que la prueba obtenida a partir de la actuación de los medios probatorios postulados y admitidos no le permiten sostener su tesis inculpativa, de advertir, antes de la formulación de su alegato de inicio, que los medios probatorios a actuarse en juicio oral no le permitirán sostener ex post su tesis inculpativa, con mayor razón podrá retirar su acusación al inicio del juicio oral.

Y es que si el fiscal puede retirar su acusación luego de realizada la actividad probatoria, con mayor razón puede hacerlo ab initio del juicio oral cuando “sepa” con antelación que su tesis inculpativa no se verificará, y siempre que el fundamento facti et iuris (interrelacionados) del retiro de la acusación sea racional y razonable.

Inclusive, cuando el fiscal advierte antes de la formulación del alegato de apertura que se presenta ad exemplum un supuesto de atipicidad, resulta adecuado a Derecho formular el retiro de la acusación. Sería absurdo insistir en la formulación de la pretensión penal si el propio representante del Ministerio Público considera desde antes de la instalación

del juicio inclusive que no tendrá éxito en el sostenimiento de la tesis incriminatoria, pues el hecho es atípico y, por ende, no constituye delito. Resultará confortante para la buena marcha del sistema de administración de justicia y un realce del principio de economía procesal, el retiro de la acusación ab initio del juicio oral, ya que ello permitirá que el tiempo y el esfuerzo humano sean utilizados para ventilar procesos donde sí es necesario desarrollar actividad probatoria que permita el descubrimiento de la verdad histórica, y en su caso imponer una condena al acusado.

De otro lado, debe tenerse presente que el sometimiento de un imputado, respaldado por el principio de presunción de inocencia, al juicio oral, conlleva no solo su sufrimiento personal, sino también el de su familia, además de su estigmatización social, sobre todo cuando los medios de comunicación dan cuenta del delito objeto de juzgamiento, por más que al final del proceso el acusado sea absuelto o se expida un auto de sobreseimiento a causa del retiro posterior de la acusación por parte del fiscal.

Es esencial, por lo tanto, que el fiscal estudie adecuadamente la carpeta fiscal, a fin de decidir si mantiene la acusación o si la retira al inicio del juicio oral, pues de ese modo evitaría al encausado todos los efectos negativos que genera una acusación. No olvidemos que una acusación (sobre todo inadecuada) implica un sometimiento del imputado al *strepitus fori*.

Obviamente, el retiro de la acusación debe tener un sustento racional y razonable. De existir este sustento, el fiscal deberá proceder a retirar la acusación invocando el principio general del Derecho y, a la vez, valor de la justicia. Nada más “justo” que un retiro de la acusación fiscal al inicio del juicio oral, sustentado en que el encargado de formularla sabe de antemano que su tesis incriminatoria no será exitosa aun si se desarrolla la actividad probatoria; decisión que no solo beneficiará al imputado, sino también al sistema de

administración de justicia, con implicancias en el ahorro de recursos humanos y administrativos.

2.2.4 El debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva

2.2.4.1 La tutela jurisdiccional efectiva

1.- Conceptualización de la tutela jurisdiccional efectiva

Se considera a la tutela jurisdiccional como el poder que tiene toda persona, sea esta natural o jurídica, para exigir al Estado que haga efectiva su función jurisdiccional; es decir, permite a todo sujeto de derechos ser parte en un proceso y así causar la actividad jurisdiccional sobre las pretensiones planteadas.

Por su parte el Tribunal Constitucional sostiene que, “la tutela judicial efectiva es un derecho constitucional de naturaleza procesal en virtud del cual toda persona o sujeto justiciable puede acceder a los órganos jurisdiccionales, independientemente del tipo de pretensión formulada y de la eventual legitimidad que pueda o no, acompañarle a su petitorio. En un sentido extensivo la tutela judicial efectiva permite también que lo que ha sido decidido judicialmente mediante una sentencia, resulte eficazmente cumplido. En otras palabras, con la tutela judicial efectiva no sólo se persigue asegurar la participación o acceso del justiciable a los diversos mecanismos (procesos) que habilita el ordenamiento dentro de los supuestos establecidos para cada tipo de pretensión, sino que se busca garantizar que, tras el resultado obtenido, pueda verse este último materializado con una mínima y sensata dosis de eficacia”.³³

³³ Exp. N° 763-205-PA/TC

Este derecho constitucional tiene dos planos de acción, siendo factible ubicar a la tutela jurisdiccional efectiva antes y durante el proceso. La tutela jurisdiccional antes del proceso opera como aquél derecho que tiene toda persona de exigir al Estado provea a la sociedad de determinados requisitos materiales y jurídicos, los cuales son indispensables para resolver un proceso judicial en condiciones satisfactorias, tales como: un órgano estatal encargado de la resolución de conflictos y eliminación de incertidumbres con relevancia jurídica, esto de conformidad con la finalidad concreta del proceso; otro elemento es proveer la existencia de normas procesales que garanticen un tratamiento expeditivo del conflicto llevado a juicio. Por su parte, la tutela jurisdiccional durante el proceso engloba un catálogo de derechos esenciales que deben ser provistos por el Estado a toda persona que se constituya como parte en un proceso judicial.

Siguiendo la línea establecida por el Tribunal Constitucional, la tutela jurisdiccional efectiva no se limita a garantizar el acceso a la justicia, su ámbito de aplicación es mucho más amplio, pues garantiza obtener un pronunciamiento sobre el fondo de las pretensiones que se deducen en un proceso.

Para la reconocida procesalista Marianella Ledesma, “la tutela jurisdiccional efectiva garantiza que bajo ningún supuesto se produzca denegación de justicia; agregando que esta, no resulta vulnerada por rechazar una demanda ante la no subsanación de ciertas omisiones; asimismo, no implica un derecho absoluto, ya que requiere del cumplimiento de determinados requisitos a través de las vías procesales establecidas por ley; sin embargo, éste derecho solo podría ser limitado en virtud de la concurrencia de otro derecho o libertad constitucionalmente protegido, que suponga incompatibilidad con el mismo”.³⁴

Similar posición adopta el Tribunal Constitucional, al considerar que el derecho de todo justiciable de poder acceder a la jurisdicción, como manifestación de la tutela judicial

³⁴ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. Comentarios Al Código Procesal Civil, Lima, 2008. p. 27.

efectiva no implica la obligación de estimar favorablemente toda pretensión formulada, sino que simplemente sienta la obligación de acogerla y brindarle una sensata como razonada ponderación en torno a su procedencia o legitimidad. No es que el resultado favorable esté asegurado con solo tentarse un petitorio a través de la demanda, sino que tan sólo otorga la expectativa de que el órgano encargado de la administración de justicia pueda hacer del mismo un elemento de análisis con miras a la expedición de un pronunciamiento cualquiera que sea su resultado.

En conclusión, la tutela jurisdiccional efectiva no significa la obligación del órgano jurisdiccional de admitir a trámite toda demanda, ni que deba declararse fundada.

2.- Antecedentes

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva importa también la garantía de la administración de justicia que integrada por diversos conceptos de origen procesal han devenido en constitucionales, brindando a los justiciables la tutela que un instrumento de ese rango normativo proporciona.

Ahondando lo establecido en este último párrafo, es menester indicar que el derecho en mención surge luego de culminada la Segunda Guerra Mundial en la Europa Continental, como consecuencia de un fenómeno de constitucionalización de los derechos fundamentales de la persona, y dentro de éstos, una tutela de las garantías mínimas que debe reunir todo proceso judicial.

Como ejemplo de éste fenómeno de constitucionalización acaecido durante la época de la posguerra, podemos citar a la Ley Fundamental de Bonn³⁵, que recoge el derecho al

³⁵ Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, promulgada el 23 de mayo de 1949. El legislador utilizó la expresión "Ley Fundamental" en vez de "Constitución", en parte por el deseo de marcar el texto

acceso a la jurisdicción, al juez ordinario predeterminado por la ley y a la defensa, en sus artículos 19.4, 101.1 y 103.1, respectivamente:

Artículo 19.- Restricción de los derechos fundamentales

(4) Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público, podrá recurrir a la vía judicial. Si no hubiese otra jurisdicción competente para conocer el recurso, la vía será la de los tribunales ordinarios. No queda afectado el artículo 10, apartado 2, segunda frase.

Artículo 101.- Prohibición de tribunales de excepción

(1) No están permitidos los tribunales de excepción. Nadie podrá ser sustraído a su juez legal.

Artículo 103.- Derecho a ser oído, prohibición de leyes penales con efectos retroactivos y el principio de ne bis in idem

(1) Todos tienen el derecho de ser oídos ante los tribunales.

La normatividad española no fue ajena a esta tendencia, así la Constitución de 1978, en su artículo 24 establece: “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

con cierto carácter de provisionalidad, contando con que parte de Alemania había quedado separada por el telón de acero, y que por ello, una porción de la nación no quedaba sometida a la norma suprema.

La Ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.”

3.- Contenido de la tutela jurisdiccional efectiva

Para la doctrina española la tutela judicial efectiva, plasmada en su Norma Fundamental, “tiene un contenido complejo, que incluye los siguientes aspectos: el derecho de acceso a los Tribunales, el derecho a obtener una sentencia fundada en derecho congruente, el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales y el derecho al recurso legalmente previsto”.³⁶

Por su parte, este derecho constitucional ha sido también recogido en nuestro Código Procesal Constitucional, al respecto su artículo 4º establece que: “Se entiende por tutela procesal efectiva 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”.

Del tenor de este artículo se colige que el contenido de la tutela jurisdiccional efectiva comprende: el derecho al acceso a los órganos jurisdiccionales, el derecho a una resolución fundada en derecho, y el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales.

36 PICÓ I JUNOY, Joan. Las Garantías Constitucionales Del Proceso, J.M. Bosch, Barcelona, 1997, p. 40.

Corresponde avocarnos al tratamiento de los elementos que constituyen el contenido de la tutela jurisdiccional efectiva. El derecho de acceso a la justicia se configura como aquel poder que consiste en promover la actividad jurisdiccional del Estado, sin que se le obstruya, impida o disuada irrazonablemente; este componente se concreta en el derecho a ser parte en un proceso y a promover la actividad jurisdiccional que converja en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas al interior de un proceso.

Otro elemento de la tutela jurisdiccional efectiva es el derecho a obtener una resolución fundada en derecho, que a su vez contempla el principio de motivación de las resoluciones judiciales; tal principio está contemplado en el inciso 5) del artículo 139 de nuestra Constitución. Al respecto Juan Monroy Gálvez señala que, “no hace más de dos siglos, los jueces no estaban obligados a fundamentar sus decisiones, es decir, ejercían su función y resolvían a partir de su intuición de lo justo. Sin embargo, una de las conquistas más relevantes, no solo procesales sino del constitucionalismo moderno, ha consistido en la exigencia al juez en el sentido de que debe fundamentar todas y cada una de sus decisiones, a excepción de aquellas, que por su propia naturaleza, son simplemente impulsivas del tránsito procesal”.³⁷

Cuando un juez emite un pronunciamiento es necesario que las partes conozcan el proceso mental que lo ha llevado a establecer las conclusiones que contiene dicha resolución; es por eso que, toda resolución debe tener una estructura racional y detallada. El Tribunal Constitucional, destaca que: “el derecho a una sentencia debidamente justificada no se agota en la mera enunciación de la norma aplicable a un caso, sino que importa de manera gravitante la acreditación de los hechos y la forma de crear convicción en determinado sentido del Juzgador”.³⁸

³⁷ MONROY GÁLVEZ, Juan. Introducción Al Proceso Civil. Tomo I, Communitas, Lima, 1996, p. 85.

³⁸ Exp. N° 4226-2004-A/A.

La falta de motivación deja abierta la posibilidad de potenciales arbitrariedades por parte de los jueces. El derecho de motivación permite un ejercicio adecuado del derecho de defensa e impugnación, ya que una motivación adecuada al mostrar de manera detallada las razones que han llevado al juzgador a fallar en un determinado sentido, permite que la parte desfavorecida pueda conocer en qué momento del razonamiento del juez se encuentra la discrepancia con lo señalado por ella y así facilitar la impugnación de dicha resolución haciendo énfasis en el elemento discordante.

Es importante la opinión de Joan Pico i Junoy, quien refiere que “a pesar de que la sentencia debe motivarse en derecho, ello no excluye que pueda ser jurídicamente errónea; sin embargo el derecho a la tutela judicial efectiva no ampara el acierto de las resoluciones judiciales, de modo que la selección o interpretación de la norma aplicable corresponde en exclusiva a los órganos judiciales, salvo que la resolución sea manifiestamente infundada o arbitraria, en cuyo caso no podría considerarse como expresión del ejercicio de la justicia, sino simple apariencia de la misma”.³⁹

El derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales que han pasado en autoridad de cosa juzgada es una manifestación de la tutela jurisdiccional, reconocido en el inciso 3) del artículo 139º de la Constitución. Si bien la citada norma no hace referencia expresa a la efectividad de las resoluciones judiciales, dicha cualidad se desprende de su interpretación, pues busca garantizar que lo decidido por la autoridad jurisdiccional tenga un alcance práctico y se cumpla de manera que no se convierta en una simple declaración de intenciones.

También, la tutela jurisdiccional efectiva en tanto derecho constitucional de naturaleza procesal, se manifiesta y materializa en un proceso a través del derecho de acción y de contradicción.

Mucho antes de que la humanidad contara con una noción de derecho, ésta debió

³⁹ PICÓ I JUNOY, Joan. Ob. Cit. Página 65.

contar imprescindiblemente con un mecanismo de solución de conflictos que permitiese no recurrir a la acción directa que, tenía como instrumento exclusivo el uso de la fuerza y que a su vez prescindía de todo método razonable para solucionar un conflicto de intereses; es así que se germinó la necesidad de recurrir a un tercero. Pues bien, “el acto de recurrir a este tercero en busca de una solución a un conflicto, es la génesis de lo que siglos después va a denominarse derecho de acción”.⁴⁰

“La acción tiene raíces en el derecho romano, de donde nos viene aquello que la define como la res in indicio deducta, es decir, la cosa que en el juicio se pide. Ésta coincidencia entre el objeto pretendido y el acto de solicitar ante la justicia, llevó a que se identificaran los conceptos”⁴¹, de modo tal que quien tenía acción tenía derecho.

Para Oscar von Bülow el derecho de acción no relaciona a las partes sino sólo a una de ellas (demandante) con el Estado, afirmando así el carácter público y abstracto del mismo; en su opinión, antes de iniciarse un proceso no hay acción, éste sólo existe cuando se interpone la demanda.⁴²

Siguiendo la línea trazada por Muther, Adolfo Wach considera que la acción tiene una orientación bidireccional, en tanto es dirigida por su titular hacia el Estado y al sujeto pasivo de la relación procesal (demandado), a efectos de que se le conceda tutela jurídica y con el fin de que le dé cumplimiento o satisfaga su derecho, respectivamente. Para éste jurista alemán, el derecho de acción es de carácter concreto, es decir, concedido a quien tiene un derecho que debe ser protegido.

Con Chiovenda, surge un concepto diferente. Para el maestro italiano la acción es el poder jurídico de dar vida a la condición para la actuación de la ley que permite actuar la

⁴⁰ MONROY GÁLVEZ, Juan. Ob. Cit. Tomo I. p. 08.

⁴¹ GONZAINI, Osvaldo Alfredo. La Legitimación En El Proceso Civil, Eudeba, Buenos Aires, 1996, p. 57.

⁴² VON BÜLOW, Oscar. La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales, Lzn, Heidelberg, 2005, p 177

voluntad legal establecida contra el adversario, atribuyéndole un carácter público o privado, según la norma que deba actuarse, siendo además potestativo, dado que tiende a la producción de un efecto jurídico a favor de un sujeto (demandante) y con cargo a otro (demandado) sin que este pueda hacer algo para evitarlo, y además con la intervención de un tercero (juez). Entiéndase a los derechos potestativos como poderes a través de los cuales su titular puede influir sobre situaciones jurídicas mediante una actividad unilateral propia. Una crítica a la definición esbozada por Chiovenda se centra en que si el derecho de acción al estar dirigido al adversario y al ser potestativo, el demandado no puede ni debe hacer nada contra él, por lo que no podría ejercer su derecho de defensa; “así, cuando Chiovenda se refiere a la condición para la actuación de la ley, le está dando al derecho de acción un carácter concreto, es decir, solo podrá ejercerla aquella persona que tiene razón; por lo que es relativamente fácil discrepar del profesor boloñés ahora cuando la calidad de abstracto del derecho de acción se encuentra más o menos asentada en la doctrina”.⁴³

Por su parte Calamandrei, prosélito de la doctrina de Chiovenda define a la acción como el derecho común a todos de pedir justicia, concibiéndolo como un derecho constitucional de carácter abstracto.

Con Carnelutti surge la concepción contemporánea del derecho de acción, conceptualizándolo como uno de carácter abstracto, autónomo y subjetivo; no obstante, se mantuvo la polémica en torno a su carácter público o privado, es decir, si su sujeto pasivo era el Estado o el adversario del accionante.

Para el maestro uruguayo Eduardo Couture el derecho de acción es una expresión o subespecie del derecho de petición, al que considera como un derecho genérico, universal, presente en todas las constituciones, es el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión,

⁴³ MONROY GÁLVEZ, Juan. Ob. Cit. Tomo I. Página 261.

inherente a todo sujeto de derecho, además de ser público, por cuanto en la efectividad del ejercicio de éste derecho está interesada la comunidad.

A manera de síntesis podemos afirmar que el derecho de acción es de naturaleza constitucional, inherente a todo sujeto de derechos por el sólo hecho de serlo, y que lo faculta a exigir al Estado tutela jurisdiccional efectiva para un caso concreto. “Se habla entonces de un poder jurídico que tiene todo individuo como tal, y en nombre del cual le es posible acudir ante los jueces en demanda de amparo a su pretensión; el hecho de que ésta pretensión sea fundada o infundada no afecta la naturaleza del poder jurídico de accionar, pueden promover sus acciones en justicia aquellos que erróneamente se consideran asistidos de razón”.⁴⁴

Son caracteres propios de éste derecho el ser público, subjetivo, abstracto y autónomo. Se dice que es de carácter público, ya que el receptor o el obligado es el Estado, quien soporta el deber de satisfacerlo dado que su ejercicio se traduce en la exigencia de tutela jurisdiccional efectiva para un caso concreto. Es subjetivo, porque al ser un derecho fundamental se encuentra en todo sujeto de derechos por la sola razón de serlo. Su carácter abstracto radica en que no requiere de un derecho material para que lo impulse, es decir se prescinde de la existencia del derecho sustancial, pues basta con que el Estado garantice el acceso a los órganos de justicia. Por otro lado, la autonomía del derecho de acción radica en las teorías explicativas (autonomía dogmática) y normas reguladoras sobre su ejercicio (autonomía normativa).

La tutela jurisdiccional efectiva se materializa también en un proceso a través del derecho de contradicción, este al igual que el derecho de acción, participa de las mismas características, es decir, es un derecho público, autónomo, subjetivo y abstracto, y por ende

⁴⁴ Véase: “La pretensión procesal” en Revista Jurídica del Módulo Básico de Justicia de Ventanilla Callao, Enero, 2008. Página 30.

de naturaleza constitucional que permite a todo sujeto de derechos emplazado exigir al Estado le preste tutela jurisdiccional.

Aún cuando ambos derechos presentan las mismas características, existe una diferencia que los distingue, la cual radica en la libertad de su ejercicio, mientras que la acción es posible ejercerla casi cuando uno quiera, ésta libertad está ausente cuando se ejerce el derecho de contradicción, pues sólo podrá hacerse efectivo el ejercicio de éste derecho una vez instaurado un proceso.

Otra diferencia entre los derechos de acción y contradicción reside en el interés para obrar, que “es una condición de la acción que consiste en el estado de necesidad de tutela jurídica en la que se encuentra un sujeto de derechos, cuando no tiene otra alternativa para satisfacer su pretensión material que no sea el ejercicio de su derecho de acción. En tal virtud el interés para obrar (...) debe ser invocado por el demandante, de lo contrario no será posible que posteriormente se expida un pronunciamiento válido sobre el fondo, sin embargo, bien puede carecer éste de aquél. No obstante, es imposible concebir la idea de un demandado sin interés para contradecir, porque éste es consustancial a su calidad de emplazado”.⁴⁵

La importancia del derecho de contradicción se halla en dos aspectos: primero, en la necesidad de que el demandado sea notificado válidamente de todo lo que ocurre en el proceso; segundo, en la necesidad de que el emplazado tenga el derecho de presentar alegatos y medios probatorios que sustenten su posición. Por ende, una vez iniciado el proceso y ejercitado el derecho de contradicción por el demandado genera otro derecho aún más amplio, se trata del derecho de defensa.

Éste derecho que surge como consecuencia del ejercicio del derecho de contradicción no sólo garantiza al demandado poder ser oído, poder probar, poder impugnar, sino a todos los partícipes del proceso, incluyéndose al demandante. “La vigencia del derecho a la

⁴⁵ MONROY GÁLVEZ, Juan. Ob. Cit. Tomo I. Página 286.

defensa asegura a las partes la posibilidad de sostener argumentalmente sus respectivas pretensiones y rebatir los fundamentos que la parte contraria haya podido formular en apoyo de las suyas”.⁴⁶ Es así que se justifica la naturaleza constitucional de éste derecho.

2.2.4.2 El debido proceso

1.- Antecedentes

La génesis del debido proceso se remonta a la Carta Magna de 1215, en dónde los barones, obispos y ciudadanos cansados de la tiranía del rey Juan se levantaron en armas y lograron que se les otorgara una Carta de libertades. La sección 39 de dicha Carta estableció: ningún hombre libre será aprehendido ni encarcelado ni despojado de sus bienes ni desterrado sobre él ni mandaremos ir sobre él, si no media juicio en legal forma efectuado por sus pares o conforme a la ley del país (law of the land o ley del reino). La frase law of the land constituye el antecedente directo del concepto de due process of law (debido proceso legal), que tiene, como veremos, un alcance tanto sustantivo como adjetivo. En conclusión el debido proceso surge como un derecho de toda persona a no ser condenado sin que medie un juicio previo.

A partir del siglo XVIII es recogida por la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, así en el año 1789 se adoptó la V enmienda que estableció: “a nadie se le privará de la vida, la libertad o a la propiedad sin el debido proceso legal. La enmienda XIV reafirma lo establecido con la V enmienda, al enunciar que: ningún Estado podrá privar a cualquier persona de la vida, la libertad o a la propiedad sin el debido proceso legal”.

Para la procesalista Marianella Ledesma, “tradicionalmente la idea del debido proceso se limitaba a un simple respeto a los procedimientos legales establecidos, sin

⁴⁶ PICÓ I JUNOY, Joan. Ob. Cit. Página 102.

embargo, de una mera garantía procesal hoy se concibe como un verdadero ideal de justicia. Cooke fue el Juez que afirmó el derecho al debido proceso, mediante la revisión judicial, el control difuso de la ley,⁴⁷ tal acontecimiento se produjo en el año 1610 al sentenciar el caso Bonham.

Otro antecedente importante está dado por la posición desarrollada por el Juez Marshall de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica en el caso Marbury contra Madyson⁴⁸, en donde se estableció que: “la esencia misma de la libertad civil consiste, ciertamente, en el derecho de todo individuo a reclamar la protección de las leyes cuando ha sido objeto de daño. Uno de los principales deberes de un gobierno es proveer esta protección”.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 consagró también la garantía al debido proceso en su artículo 8 y 10:

Artículo 8.- Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

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

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), al igual que la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ha incluido al debido

⁴⁷ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. Ob. Cit. Página 28.

⁴⁸ La sentencia expedida en el caso afirmó la capacidad de los tribunales de juzgar la conformidad de la ley con la Constitución y para abrogar, implicándolas, aquellas que pudieran contravenirla. Éste principio estatuye la atribución más importante de los tribunales estadounidenses, y hace de ellos los primeros tribunales constitucionales de la historia.

proceso en el inciso 1) del artículo 8:

Artículo 8.- Garantías Judiciales

1.- Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier carácter.

2.- Hacia una definición de debido proceso

Es también importante recalcar que el debido proceso tiene varias denominaciones, “las cuales no necesariamente ostentan un contenido unívoco. Se le ha llamado: Forma de proceso, Forma de Proceso y sentencia legal, Derecho de Audiencia en Juicio, Due Process of law, Derecho a la tutela efectiva”.⁴⁹

En cuanto a la conceptualización del debido proceso, para Eduardo Oteiza, el derecho que se comenta “invita a repensar los desafíos del Derecho Procesal en términos de desarrollo de las ideas que han dado cuerpo a la actual legislación procesal y el resultado concreto del ejercicio de los derechos que dicho sistema normativo posibilita ante la administración de justicia. El debido proceso no es un concepto estático con un significado fijo, por el contrario su alcance ha evolucionado a través del tiempo y continúa evolucionando”.⁵⁰

Jesús María Sanguino Sánchez refiere que “la garantía de un debido proceso constituye, por ende, una seguridad, una tutela, una protección para quien se vincula o tiene

49 TICONA POSTIGO, Víctor. “COMENTARIOS AL CODIGO PROCESAL CIVIL.” Tomo I. Página 25.

50 OTEIZA, Eduardo. “EL DEBIDO PROCESO: EVOLUCIÓN DE LA GARANTÍA Y AUTISMO PROCESAL, en DEBIDO PROCESO.” Página 4.

la posibilidad de vincularse a un proceso”.⁵¹; es por eso que el Estado a fin de preservar la tutela jurídica de un debido proceso debe consagrar en sus normas fundamentales los principios generales que regulan los diferentes procesos, las funciones jurisdiccionales y la permanencia de la administración de justicia.

Por su parte, Luis Reneé expresa que el debido proceso significa que:

- a) “Ningún justiciable puede ser privado de un derecho sin que se cumpla un procedimiento regular fijado por ley;
- b) Ese procedimiento no puede ser cualquiera, sino que tiene que ser el debido;
- c) Para que sea el debido tiene que dar suficiente oportunidad al justiciable de participar con utilidad en el proceso;
- d) Esa oportunidad requiere tener noticia fehaciente (o conocimiento) del proceso y de cada uno de sus actos y etapas, poder ofrecer y producir prueba, gozar de audiencia (ser oído)”.⁵²

Es importante la opinión de Roland Arazi, quien considera que, "el debido proceso se integra con tres principios procesales de jerarquía constitucional: igualdad ante la ley, congruencia y bilateralidad”.⁵³ Un debido proceso “supone, que el justiciable haya tenido y podido acceder a un proceso justo y razonable, en donde haya también tenido posibilidad cierta de ejercer un derecho de defensa razonable dentro del Principio de Bilateralidad y en un esquema contradictorio, y al mismo tiempo con un trámite predeterminado en la legislación. Y que todo ello de lugar a una motivada y razonable resolución que sea coherente

51 SANGUINO SÁNCHEZ, Jesús María. “GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO, en DEBIDO PROCESO.” Página 259.

52 HERRERO, Luis René. “EL DERECHO A SER OÍDO: EFICACIA DEL DEBATE PROCESAL, en DEBIDO PROCESO.” Página 97.

53 ARAZI, Roland. “LÍMITES A LA VERIFICACIÓN DE LA VERDAD MATERIAL O HISTÓRICO, en DEBIDO PROCESO.” Página 286.

con lo que se pretende sancionar, y que guarde la proporcionalidad de los hechos que describe".⁵⁴

Al margen de las diversas definiciones que se puedan dar, la mayoría de tratadistas que se han avocado al desarrollo de éste tema coinciden en considerar al debido proceso como un derecho fundamental que se funda en la dignidad de la persona, constituido por determinadas condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones vienen siendo ventilados en un proceso.

Para el Tribunal Constitucional, el debido proceso es un derecho que: “comprende una serie de derechos fundamentales de orden procesal, cada uno de los cuales cuenta con un contenido constitucionalmente protegido que le es propio”.⁵⁵; “su contenido constitucionalmente protegido comprende una serie de garantías, formales y materiales, de muy distinta naturaleza, que en conjunto garantizan que el procedimiento o proceso en el cual se encuentre inmerso una persona, se realice y concluya con el necesario respeto y protección de todos los derechos que en él puedan encontrarse comprendidos”.⁵⁶ Es por eso que con justa razón se afirma que nos encontramos ante un conjunto de derechos esenciales a la persona humana, los que a su vez han configurado una suerte de mega derecho o derecho continente que contemporáneamente ha recibido el nomen iuris de debido proceso legal.

3.- Debido proceso formal y material

Es aceptada tanto en la doctrina como en la jurisprudencia la afirmación de que el debido proceso tiene dos dimensiones: la formal y el material.

54 QUIROGA LEÓN, Aníbal. “EL DEBIDO PROCESO LEGAL EN EL PERÚ Y EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS.” Página 129.

⁵⁵ EXP. N.º 5194-2005-PA/TC.

⁵⁶ EXP. N.º 7289-2005-PA/TC.

En su dimensión adjetiva o formal, el debido proceso está comprendido por determinados elementos procesales mínimos que son necesarios e imprescindibles para el establecimiento de un proceso justo, tales como el derecho de defensa, el derecho a probar, el derecho a impugnar, ser escuchado, entre otros. A su vez, estos elementos impiden que la libertad y los derechos de los individuos se afecten ante la ausencia o insuficiencia de un proceso.

En este punto es menester señalar que el debido proceso, concebido como un derecho fundamental, no sólo tiene como campo de acción el ámbito judicial, sino que es aplicable a cualquier tipo de procedimiento, sea este administrativo, militar o arbitral.

Así, de acuerdo con la jurisprudencia establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la aplicación de las garantías del debido proceso no sólo es exigibles a nivel de las diferentes instancias que integran el Poder Judicial, sino que deben ser respetadas por todo órgano que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional. En ese sentido ha señalado: "De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de Derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades pueden ejercer funciones del mismo tipo (...). Es decir, que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un "juez o tribunal competente" para la "determinación de sus derechos", esta expresión se refiere a cualquier autoridad, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana".

Este mismo criterio ha sido recogido por el Tribunal Constitucional al expresar que: "el derecho al debido proceso, reconocido en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución,

es un derecho cuyo ámbito de irradiación no abarca exclusivamente el campo judicial, sino que se proyecta, con las exigencias de su respeto y protección, sobre todo órgano, público o privado, que ejerza funciones formal o materialmente jurisdiccionales. Sin embargo, esta vocación expansiva del derecho al debido proceso no significa que todos los derechos que lo conforman se extiendan, *tout court*, a todos los procesos o procedimientos a los que antes se ha hecho referencia”.⁵⁷ Pues existen ciertos derechos que conforman el debido proceso, pero no necesariamente forman parte del debido proceso en los procedimientos ante personas jurídicas de derecho privado, como puede ser el caso de la pluralidad de la instancia; el mismo caso se presenta en el ámbito judicial, pues estos derechos varían según se trate de un proceso civil o penal.

El debido proceso sustantivo exige, por su parte, que los actos tanto del legislador, del juez y de la administración sean razonables y respetuosos de los derechos fundamentales, a tal punto que su inobservancia debe ser sancionada con la inaplicación de aquel acto o con su invalidez. En el proceso judicial, ésta labor se posibilita a través del control difuso que realiza el juez, lo que implica que el juzgador puede declarar ineficaz la ley e inaplicarla para un caso concreto. Por ello el debido proceso sustancial tiene por fin asegurar la razonabilidad de lo decidido en un proceso.

Es importante recalcar lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en cuanto a la dimensión tanto material como formal del debido proceso, al respecto ha establecido: “El debido proceso está concebido como aquél en el que se respetan sus dos expresiones, tanto formal como sustantiva; en la de carácter formal, los principios y reglas que lo integran tienen que ver con las formalidades estatuidas, tales como las que establecen el juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa y la motivación; y en su expresión

⁵⁷ EXP. N.º 5194-2005-PA/TC.

sustantiva, están relacionados los estándares de razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer”.⁵⁸

El debido proceso puede también desdoblarse, citando palabras del procesalista Monroy Gálvez, en derecho al proceso y derecho en el proceso.

“El derecho al proceso empezó a manifestarse hace ya más de siete siglos, y fue en principio el derecho de todo ciudadano a no ser condenado sin que medie un juicio previo”.⁵⁹ Hoy en día, luego de una constante evolución, el derecho al proceso permite que todo sujeto tenga la posibilidad de acceder a un proceso con la finalidad de que se pronuncie sobre su pretensión. El derecho al proceso también implica por otra parte, que ningún sujeto de derecho pueda ser sancionado sin que se someta a un procedimiento previo.

El derecho en el proceso implica que todo sujeto que participa en un proceso cuente con un catálogo de derechos esenciales durante el desarrollo de éste. “Una vez que un ciudadano empieza a involucrarse en un proceso, voluntaria u obligatoriamente, el Estado debe asegurarle que durante su tramitación no se encuentre en desventaja para expresar su posición jurídica, sea probando su derecho, alegando, impugnando y asegurando la ejecución de lo decidido en definitiva”.⁶⁰ En caso se vulneren estos derechos, el acto que permitió dicha transgresión será nulo.

4.- El contenido del debido proceso

En cuanto al contenido del debido proceso, y teniendo en cuenta lo expresado en líneas anteriores en el sentido de que es considerado como un mega derecho o derecho continente, este está constituido por los siguientes derechos: derecho al juez ordinario, derecho a la asistencia de letrado, derecho a ser informado de la acusación formulada,

58 EXP. N° 7289-2005-PA/TC.

59 MONROY GALVÉZ, Juan. Ob. Cit. Tomo 1. Página 247.

60 ESPARZA LEIBAR, Iñaki. “EL PRINCIPIO DEL PROCESO DEBIDO.” Página 231.

derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas, derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, derecho a no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpables, derecho a la presunción de inocencia.

2.2.4.3 Paralelo entre la tutela jurisdiccional efectiva y el debido

proceso

Culminado el análisis tanto de la tutela jurisdiccional efectiva como del debido proceso, nos corresponde exponer las posiciones de la doctrina y de nuestra jurisprudencia nacional en cuanto a las diferencias que existen entre ambas instituciones jurídicas.

Un sector de la doctrina estima que ambos derechos son equivalentes o idénticos; empero, otros consideran que entre la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso existe una relación de género a especie, siendo el primero (tutela jurisdiccional efectiva) la abstracción, mientras que el debido proceso vendría a ser la manifestación concreta del primero, es decir ubican el derecho al debido proceso dentro de la tutela jurisdiccional efectiva. No obstante ello, hay quienes consideran que será la hermenéutica judicial la que determine el alcance de los mencionados derechos.

En la Sentencia Constitucional emitida en el Expediente N° 8123-2005-PHC/TC, nuestro Supremo Tribunal ha establecido lo siguiente: “(...) la tutela judicial efectiva como marco objetivo y el debido proceso como expresión subjetiva y específica, ambos previstos en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución Política del Perú. Mientras que la tutela judicial efectiva supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia, es decir, una concepción garantista y tutelar que encierra todo lo concerniente al derecho de acción frente al poder-deber de la jurisdicción, el derecho al debido proceso, en cambio, significa la observancia de los derechos fundamentales

esenciales del procesado, principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos.”

Para la doctrina española la tutela jurisdiccional efectiva está contenida en el debido proceso, en cuanto a la jurisprudencia existen dos tendencias: “la primera que considera al debido proceso como aquella garantía integrada por los elementos del Art. 24.2 C.E., que es uno de los elementos de la tutela judicial efectiva, y la segunda que el concepto de debido proceso como sinónimo de tutela judicial sin indefensión, una forma más de referirse al derecho a la jurisdicción”.⁶¹ Sin embargo, hay quienes consideran que ambas posiciones adoptadas por la jurisprudencia ibérica no es adecuada, ya que se trata de derechos distintos, con orígenes y ámbitos de aplicación diferenciados; como mencionamos anteriormente, la tutela jurisdiccional efectiva tiene su génesis en la Europa Continental luego de culminada la Segunda Guerra Mundial, mientras que el debido proceso surge del derecho anglosajón con la Carta Magna de 1215; en cuanto a su ámbito de aplicación, la tutela jurisdiccional efectiva opera en los procesos de jurisdicción, por el contrario, el debido proceso es aplicable no sólo al proceso judicial sino a los procedimientos administrativos, arbitrales, militares y particulares.

Finalmente es válido concluir que tanto la tutela jurisdiccional efectiva como el debido proceso son derechos fundamentales, inherentes a la dignidad humana y que representan el valor supremo que justifica la existencia del Estado y sus objetivos, constituyendo el fundamento esencial de todos los derechos que con calidad de fundamentales habilita el ordenamiento, sin el cual el Estado adolecería de legitimidad y los derechos carecerían de un adecuado soporte direccional.

⁶¹ MONROY GALVÉZ, Juan. Ob. Cit. Tomo 1. Página 248.

2.3 Definiciones y términos:

a) Acusación Penal:

La acusación o imputación es el cargo que se formula ante autoridad competente contra una o varias personas determinadas, por considerarlas responsables de un delito o falta, con el objetivo de que se le aplique la sanción prevista. Esta persona recibe el nombre de acusado

b) El Debido Proceso:

El debido proceso es un principio legal por el cual el Estado debe respetar todos los derechos legales que posee una persona según la ley. El debido proceso es un principio jurídico procesal según el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, a permitirle tener oportunidad de ser oído y a hacer valer sus pretensiones legítimas frente al juez. El debido proceso establece que el gobierno está subordinado a las leyes del país que protegen a las personas del estado. Cuando el gobierno daña a una persona sin seguir exactamente el curso de la ley incurre en una violación del debido proceso lo que incumple el mandato de la ley.

c) La Etapa Intermedia:

La etapa que se identifica como intermedia inicia desde que el Ministerio Público presenta la acusación ante el juez de control, y abarca la audiencia intermedia. El Juez de control señala fecha de audiencia intermedia. Hablan las partes y se presentan excepciones o si hay incidencias de las partes, así como acuerdos probatorios.

CAPÍTULO III

RESULTADOS Y DISCUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

3.1 Resultados doctrinarios:

3.1.1 El Garantismo penal en el proceso penal:

El garantismo penal realiza los límites a la persecución punitiva del Estado, a la ya antigua máxima de que no se podrá castigar desde el Estado si no se está frente a la comisión de un delito se tiene otros límites como el no recurrir a la instancia penal ante cualquier falta o inmoralidad, sino como último recurso ultima ratio; además de no afirmar la comisión de un delito si no hay un daño a un bien jurídico protegido; tampoco se podrán imponer tipos penales que correspondan a un Derecho penal de autor ni se castigarán meros pensamientos o actos sin consciencia; asimismo, no habrá posibilidad de castigo penal por mera responsabilidad objetiva, *versari in re illicita*, ni podrá ser utilizado el justiciable como un medio para satisfacer fines deseados por el Estado, no podrá arribarse a una condena mediante un sistema inquisitivo, no habrá acusaciones basadas en conjeturas o en meras sospechas, ni en la sola confesión, ni se podrá castigar sin que el imputado tenga acceso a todas las pruebas y pueda ejercer su derecho a defensa.

El garantismo penal nos señala que sólo pueden ser delito los comportamientos empíricos, susceptibles de ser probados y determinado judicialmente su campo de aplicación de manera exhaustiva y exclusiva. Un esquema que enmarca las principales garantías penales y procesales contenidas en nuestra Constitución, y que hacen a una teoría de la ley penal (las cuatro primeras fórmulas), a una teoría del delito (las dos siguientes) y a una teoría del proceso penal (las últimas cuatro). Es que las garantías penales y procesales penales no se pueden estudiar en forma aislada. Unas y otras son recíprocamente indispensables para su

efectiva aplicación. No se puede hablar de estricta legalidad sin estricta jurisdiccionalidad, ni viceversa, porque si no, lo que se logra en un estadio, se lo puede desbaratar en el otro.

3.1.2 La etapa intermedia y la acusación Fiscal:

Esta etapa intermedia, según el Código de Procedimientos Penales de 1940, comienza con el auto de elevación de la instrucción. En el Código Procesal Penal de 2004, comienza con el auto de conclusión de la investigación preparatoria, resolución que se dicta cuando concluye el plazo de la investigación o cuando se han acumulado todas las actuaciones y diligencias en orden a la comprobación del delito y a la averiguación del presunto responsable.

Según el nuevo texto procesal penal, en la etapa intermedia se decide si existe o no suficiente fundamento para pasar a la etapa de juzgamiento; de esta manera, el juez de la investigación preparatoria decidirá, luego de escuchar a las partes, si existen fundamentos para aceptar la acusación propuesta por el fiscal, o si debería dictar el sobreseimiento de la causa.

Discute la doctrina cuál es el momento, en el que finaliza la fase intermedia: si con la apertura de juicio oral o mediante las calificaciones provisionales; inclinándose Gimeno Sendra por este segundo acto procesal, por cuanto hasta el trámite de calificación pueden discutirse los obstáculos procesales (“artículos de previo pronunciamiento”) que condicionan la admisibilidad del juicio oral, constituyendo los tales escritos el último momento preclusivo para la entrada de los hechos en el proceso.

De acuerdo al Código Procesal Penal de 2004, la etapa intermedia concluye cuando el juez de la etapa de juzgamiento emite el auto de citación a juicio que será notificado al Ministerio Público y a las partes, otorgándose la dirección de esta fase al Juez de la investigación preparatoria, a diferencia del Código de Procedimientos Penales, en donde el control formal

de la acusación y la realización de los actos preparatorios del juicio le corresponden al propio tribunal encargado del juzgamiento.

La etapa intermedia, como su nombre lo indica, es una etapa procedimental, situada entre la instrucción y el juicio oral, cuya función esencial radica en determinar si concurren o no los presupuestos para la apertura del Juzgamiento o Juicio Oral.

CLARIA OLMEDO; sostiene que “intermedio” es una denominación más descriptiva que conceptual, puesto que hace referencia a una etapa procesal que se sitúa luego de la instrucción y antes del procedimiento principal. Esta etapa es el momento de la “crítica instructora”, porque la tarea a desempeñarse durante ella es de naturaleza eminentemente crítica en posición a la investigativa donde predomina la labor práctica⁶².

El profesor GOMEZ COLOMER; señala que es debatida por la doctrina no solo si existe esta fase intermedia, sino también, aun admitiendo que exista, que es la postura mayoritaria en España, que actos forman dicha fase. Un sector doctrinal, a su vez mayoritario, entiende que la fase intermedia comprende: a) las actuaciones realizadas ante la audiencia provincial referentes al auto de conclusión del sumario dictado por el juez instructor; y, b) las actuaciones referentes a las procedencias del sobreseimiento o apertura del juicio oral. El sector minoritario entiende que solo las segundas actuaciones forman la fase intermedia⁶³.

En nuestro C. de P.P. el libro tercero, se encarga “del juicio” cuyo título primero tiene como membrete “tribunal correccional” y el título segundo, “actos preparatorios de la acusación y de la audiencia”. El título tercero se encarga de “las audiencias”.

GARCIA RADA; no menciona que hay una etapa intermedia, pero nos dice que los actos preparatorios de la audiencia son de naturaleza administrativa y su ejecución corre a cargo

⁶² Citado por Alejandro E. Álvarez, El control jurisdiccional de los requerimientos acusatorios o conclusivos del Ministerio Público, p. 155

⁶³ (Anotaciones introductorias sobre el proceso penal español, pp. 253-254)

del secretario del tribunal, pero es el presidente la persona encargada de ordenarlos y de disponer lo conveniente para realizar la audiencia⁶⁴.

SAM MARTIN CASTRO; por su parte no se dice que la etapa intermedia tiene por objetivo revisar y valorar los resultados de la instrucción examinando la fundamentación de la acusación y resolviendo sobre el reconocimiento de la pretensión penal, con el fin de decidir si procede o no abrir el juicio⁶⁵.

ORÉ GUARDERIA; también considera la existencia de la fase intermedia en el proceso conceptual ordinario conceptuándolo como el nexo jurídico procesal que une la primera y segunda etapa⁶⁶.

OLIVERA DIAZ; también la llama etapa intermedia o de trancito que a decir de este autor, tal inserción conduce la propia sistemática del código y, sobre todo, nuestra realidad judicial, y que el mismo código, también faculta esta tripartición, en cuanto hace constar a este periodo de transición de numerosas formalidades⁶⁷.

El maestro MIXÁN MASS; es partidario de llamar a esta estación como etapa intermedia (actos preparatorios de la acusación y la audiencia) que sirve para establecer si se pasa o no a la etapa de juzgamiento oral⁶⁸.

Para el profesor CUBAS VILLANUEVA; los actos procesales que se dan en los actos preparatorios son del análisis de lo actuado en la fase de investigación. Es solo un nexo de control entre las dos fases del proceso⁶⁹.

La fase intermedia constituye una fase ya reconocida por nuestra doctrina y el derecho comparado, que aparece expresamente en el nuevo proceso penal y que constituye el espacio procesal adecuado dirigido por el órgano jurisdiccional -juez de la investigación

⁶⁴ (manual de derecho procesal penal, p. 272)

⁶⁵ (derecho procesal penal, p. 607 y SS.)

⁶⁶ (manual de derecho procesal penal, P. 317 y SS.)

⁶⁷ (el proceso penal peruano, P.276)

⁶⁸ (derecho procesal penal. juicio oral, p. 119 ss.)

⁶⁹ (el proceso penal, P.396)

preparatoria- para preparar el paso a la siguiente fase de juzgamiento o tomar la decisión de archivar el proceso o también para plantear algunas incidencias, que es el caso de las excepciones si no hubieran sido deducidas antes o realizar algunas diligencias como puede ser la prueba anticipada.

Para Manuel ORTELLS RAMOS, aun cuando considera que la fase intermedia carece de contenido determinado, señala que es el conjunto actos que tienen por función revisar si la instrucción previa está completa y resolver sobre la procedencia de la apertura del juicio oral. Es la etapa que define el paso a la siguiente fase del proceso penal.

Como se podrá apreciar de la simple lectura de los artículos 344° y siguientes se trata de una etapa de apreciación y análisis de la actividad investigadora para decidir la acusación, plantear mecanismos a contra la acción penal y también, para que se analicen los elementos probatorios que sustentan las pretensiones de las partes En este sentido, toda la actividad probatoria actuada debe ser sometida a los filtros necesarios de legalidad y pertinencia, principalmente, para su admisión a juicio⁷⁰.

Esta etapa intermedia comprende desde el momento que se dispone la conclusión de la investigación preparatoria (art. 343°) hasta que se dicta el auto de enjuiciamiento (art. 353°) o cuando el juez resuelve el proceso de sobreseimiento del proceso (art. 347°). Los puntos a analizar son los siguientes:

La acusación fiscal escrita o requerimiento acusatorio:

- a) La audiencia de control de la acusación.
- b) El sobreseimiento. Audiencia de control.
- c) Control de pruebas.
- d) Interposición de nuevos medios de defensa.
- e) Auto de enjuiciamiento.

⁷⁰ SANCHEZ VELARDE, Pablo. El Nuevo Proceso Penal. Idemsa: Lima Perú. 2009.

3.1.2.1 Características

a) La dirige el Juez de la Investigación Preparatoria

El Nuevo Código Procesal Penal otorga la dirección de esta fase al juez de la investigación preparatoria, a diferencia del Código de Procedimientos Penales, en donde la fase intermedia no tiene mayor funcionalidad, pues el control de la acusación y la realización de los actos preparatorios del juicio le correspondían al propio tribunal encargado del juzgamiento.

b) Es una fase funcional inherente al modelo acusatorio

La funcionalidad de la fase intermedia en el Nuevo Código Procesal Penal, 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 sólo se puede llegar a ellos luego de una conveniente actividad responsable.

En esta fase se tiene que decidir, previo debate en audiencia, sobre el requerimiento de sobreseimiento, el control sustancial y formal de la acusación, admitir la prueba ofrecida, resolver medios de defensa técnica, sanear el proceso y resolver las cuestiones que se plantean para preparar de la mejor manera el juicio en la audiencia preliminar, así como dictar el auto de enjuiciamiento.

c) Evalúa la investigación preparatoria

El Juez de la Investigación preparatoria, en la fase intermedia debe decidir si hay causa o base para proceder a juicio; a esta conclusión sólo podrá llegar al examinar el conjunto de la investigación.

Para lograr su cometido, el juez deberá respetar el contradictorio realizando una audiencia, bien sea sobre el requerimiento de sobreseimiento o sobre la acusación,

en la que las partes alegarán sus pretensiones y elementos de convicción que los sustentan

d) Control de la actuación fiscal

Ferrajoli, sostiene que la separación del juez y órgano de acusación es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio. Consustancial a este principio lo es el método de la contradicción, que se expresa en la exigencia de que haya un juez imparcial que controle la acusación, rechazándola o admitiéndola, en cuyo caso ordena la apertura del juicio.

Un proceso correctamente estructurado tiene que garantizar que la decisión de someter a juicio al imputado no sea apresurada, superficial o arbitraria. Toda acusación debe ser fundada, esto es, que los elementos de convicción establezcan una probabilidad de que la persona acusada ha cometido el delito y de que existen pruebas que puedan probar ello en juicio.

La fase intermedia cumple una función de discusión o debate preliminar sobre los actos o requerimientos conclusivos de la investigación. Es por ello que el Código Procesal Penal de 2004 autoriza a las partes a formular objeciones a la acusación, las mismas que pueden ser de fondo y de forma.

La fase intermedia constituye el conjunto de actos procesales cuyo objetivo consiste en la corrección o saneamiento formal de los requerimientos o actos conclusivos de la investigación, estos requerimientos deben cumplir con ciertas formalidades, cuyo sentido radica en la búsqueda de precisión en la decisión judicial; por ejemplo, se debe identificar correctamente al imputado, se debe describir el hecho por el cual se pide la absolución o la apertura a juicio, se debe calificar jurídicamente ese hecho. En cualquiera de esos campos, el requerimiento fiscal puede contener errores o “vicios” que deben ser corregidos para que

la decisión judicial no sea inválida; el juez y los distintos sujetos procesales tendrán interés en corregir esos defectos y de que la decisión judicial no contenga errores o en que estos no se trasladen a la etapa de juicio donde pueden generar mayores perjuicios o invalidar la totalidad del propio juicio.

3.1.3 La acusación fiscal y su retiro en la etapa intermedia:

La acusación fiscal o requerimiento acusatorio constituye uno de los actos procesales propios del Ministerio Público, en donde ejerce a plenitud su función acusadora formulando ante el órgano jurisdiccional los cargos de incriminación contra persona determinada, propone la pena y la reparación civil, convirtiéndose en parte en sentido estricto. Por ello es que es a partir de ese momento que el juez va a saber exactamente qué opina la parte acusadora sobre los hechos punibles que se han cometido, en qué extensión, con qué consecuencias jurídicas penales y civiles; asimismo, el acusado tiene perfectamente definidos los límites de la imputación en base a los cuales va a tener que mover su defensa.

Dado el nuevo esquema del proceso penal, donde el Fiscal decide el inicio de las investigaciones-y no existe autorización del juez para las mismas, la acusación fiscal escrita aparece como la primera petición fiscal para pasar a la fase de juzgamiento y desde luego, en la forma procesal de acudir ante el órgano jurisdiccional a fin de que imparta justicia, es decir, con tal decisión fiscal se pone de manifiesto el ejercicio público de la acción penal.

La acusación fiscal presenta características ya conocidas, pero se agregan otras de singular importancia y con arreglo al nuevo esquema del proceso penal (arts. 349°, 350°).

Contenido de la acusación fiscal

- a) Los datos de identidad del acusado; constituyen toda la información necesaria para conocer a la persona acusada, su nombre completo, lugar de nacimiento, edad, estado civil, trabajo, etc. Sin embargo, lo que trasciende en este rubro y se ha convertido en

uno de los problemas centrales en los procesos penales es la verificación de los datos de identidad del imputado que debe de haberse realizado en la fase de investigación, a fin de evitar el procesamiento de una persona con dos o más nombres.

- b) La relación clara de los hechos, detallándose las circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores, que luego sirvan para su calificación; debiéndose separar los hechos si fueran varios o las personas acusadas.

Es de exigirse que en el escrito de acusación la exposición de los hechos sea narrada con la mayor claridad posible, indicando lo sucedido en forma cronológica, el lugar, las circunstancias propias de la comisión del delito, la intervención de las personas involucradas, de la víctima, de los testigos, las armas u objetos utilizados. También, si fuere el caso, los hechos anteriores a la comisión del delito o los actos de preparación, así como la conducta asumida con posterioridad al mismo.

Ha de tenerse en cuenta que, si se trata de varios hechos, cada uno de ellos debe ser objeto de exposición y análisis siguiéndose las mismas pautas, lo que sucede en los casos complejos; por concurso real de delitos o el número de personas acusadas. En estos casos habría que tener mucho cuidado pues la acusación escrita va a delimitar los puntos de análisis en la audiencia de control y consecuentemente en el juicio oral.

- c) Los elementos de convicción (probatorios) que sustente la acusación. No sólo su relación, sino su análisis razonado, valorativo y concordante.

El legislador ha considerado que para la sustentación del requerimiento de la acusación fiscal, se debe de contar con elementos de convicción, es decir, que la existencia de tales elementos generen la convicción necesaria en el fiscal para solicitar el paso a la fase de juzgamiento, caso contrario, debería optar por el sobreseimiento.

Ello importa un razonamiento coherente y lógico sobre la prueba, la intervención de las personas acusadas, las circunstancias que puedan modificar la situación jurídica de

las mismas, etc. La mera relación de las pruebas y la ausencia del contenido importante de las mismas puede generar que la acusación escrita no pase el control judicial o haciéndolo no logre una sentencia de condena.

- d) El grado de participación de los acusados. Como ya se ha dicho, la acusación debe de precisar si el acusado lo es en calidad de autor, coautor o cómplice, o si guarda alguna de las características de la autoría mediata o instigación, debiéndose realizar el análisis correspondiente, conforme a lo dispuesto en los artículos 23° a 27° del Código Penal. Si son varias las personas acusadas deberán indicarse que categoría de participación tienen cada una de ellas.
- e) La relación de circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, si las hubiera. Se trata de las circunstancias que prevé la ley penal referidas a la existencia de causas que atenúan la responsabilidad de los artículos 21° y 20° del Código Penal, o la responsabilidad restringida a que se refiere el artículo 22° del código sustantivo, o en los supuestos de tentativa, o en los casos de confesión sincera de los artículos 160° y 161° del Código Procesal Penal.
- f) La ley penal aplicable al hecho y su análisis jurídico penal. Los hechos que el fiscal considera que están probados son los que dan lugar a la calificación jurídica. Ello significa que se deberá precisar el delito incurrido por el autor o partícipe analizando sus presupuestos típicos. Esta calificación penal es la que el fiscal ha de mantener durante la audiencia de control y el juicio oral, salvo en este último caso, donde se presentan posibilidades de variación. Así, en el caso de delito de robo agravado se deberá analizar los presupuestos del tipo previsto en el artículo 188° y 189° del CP. Así como las circunstancias de agravación.
- g) La propuesta de pena y el monto de la reparación civil, debiendo comprender, además, los bienes embargados o incautados al acusado, tercero civil y la persona que deba

recibirla. Esta proposición de sanción se hará sobre la base de los criterios que establecen los artículos 45°, 46° y 46°-A del Código Penal, es decir, se tomará en cuenta la naturaleza de la acción, los medios empleados en la comisión del delito, la importancia de los deberes infringidos, el daño causado o la extensión del mismo o el peligro causado, la circunstancia de tiempo, lugar, modo y ocasión, los móviles, la unidad o pluralidad de los agentes, su edad, educación, situación económica y medio social, la reparación espontánea que hubiera hecho el imputado, la confesión sincera antes de haber sido descubierto. Además, se deberá considerar el nivel cultural, costumbres y carencia sociales del imputado, los intereses de la víctima o sus familiares.

De la misma manera deberá proponerse el monto de la reparación civil a ser pagada por el procesado y tercero civil, si hubiera, y a quien corresponde recibirla.

En ambos casos, -como se ha dicho- el fiscal en su propuesta de pena y reparación civil deberá adelantarse a la sanción que el juez impondrá.

También exige la ley que se señale la relación de bienes embargados e incautados que se encuentran en la fase de investigación bajo control del fiscal.

- h) Los medios de prueba que ofrece para que se actúen en el juicio oral. Si ofrece testigos y peritos deberá indicar su nombre y domicilio, así como los puntos sobre los cuales deberá recaer su declaración.

Además de señalar las pruebas que sustentan la acusación fiscal, este deberá indicar cuáles de ellas deberán actuarse en el juicio oral, es decir, cuales son las pruebas que la Fiscalía propone para que se debatan en el juicio, pudiendo ser testimoniales, periciales, documentales, etc. En este caso, el fiscal cuidará que las pruebas que propone sean tan sólidas para alcanzar una sentencia de condena.

3.1.3.1 Características complementarias

- a) La acusación debe sustentarse sobre la base de los hechos y las personas contenidos en la Disposición que da inicio a la Investigación Preparatoria, pero puede realizarse una calificación jurídica distinta. Si fueren varios los acusados se deberán señalar por cada uno los hechos que le corresponden. La calificación jurídica del delito se mantiene durante la fase investigadora, sin embargo, ésta podrá ser modificada y reconducida en la acusación escrita. Es decir, lo que empezó como robo simple puede modificarse a robo agravado, sin que ello signifique afectación alguna al derecho de defensa pues precisamente existe la posibilidad del control de la acusación en la audiencia especial de la fase intermedia.
- b) El fiscal podrá formular su acusación con una calificación alternativa o subsidiaria, atendiendo a los hechos ocurridos y que puedan merecer una debida precisión jurídica en el juicio oral. En tal sentido, podrá por ejemplo, acusar por tentativa de violación sexual y alternativamente por actos contrarios al pudor. Esta posibilidad debe ser excepcional pues se entiende que el fiscal, luego de la investigación estará en condiciones de poder realizar una calificación certera de los hechos. Es decir, en los casos donde las posibilidades de calificación afecten a dos o más figuras delictivas y no sea del caso precisar cuál de ellas es la debida, se acudirá a la calificación alternativa o a la subsidiaria.
- c) En la acusación se deberá indicar las medidas de coerción impuestas durante la investigación. También podrá pedir su variación o que se impongan nuevas. Si bien el juez de la investigación preparatoria decide las medidas de coerción, el fiscal también tiene el conocimiento de estas y ejerce el control, de tal manera que deberá indicar las medidas coercitivas impuestas y la situación actual del imputado. En la

misma línea de actuación persecuidora del delito, en el mismo de acusación, el fiscal podrá solicitar al juez la variación de la medida sustentando debidamente su pedido.

3.1.3.2 Esquema formal de la acusación escrita

En el nuevo modelo de proceso penal, la acusación escrita podrá los siguientes criterios de estructura:

- a) Requerimiento acusatorio dirigido al Juez de la Investigación Preparatoria. Los datos del Fiscal que lo formula, domicilio legal, así como el amparo legal que permite el artículo 349º y siguientes del CPP para sustentar la acusación por el delito que corresponda.
- b) Nombre y demás datos de identidad de la persona acusada.
- c) La descripción de los hechos que dieron lugar, a la investigación, las circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores al hecho.
- d) Los elementos de convicción que sustentan el requerimiento acusatorio.
- e) El grado de participación delictiva.
- f) La acusación, calificación jurídica de los hechos. La pena y reparación civil que se propone.
- g) Relación de los medios de prueba que se propone para el juicio oral: testimoniales, periciales, documentales.
- h) La medida de coerción impuesta al procesado. En el mismo escrito puede hacer propuesta de nueva medida coercitiva.
- i) Fecha.

3.1.3.3 Trámite del requerimiento acusatorio

La acusación fiscal o requerimiento acusatorio se remitirá al juez de la investigación preparatoria quien pondrá en conocimiento de las partes del contenido de la acusación. Las partes a su vez tendrán un plazo común de diez días para:

- a) Observar la acusación por defectos formales, que puede consistir en la precisión de un dato sobre los hechos o pruebas, o sobre el nombre o domicilio del imputado o agraviado. La idea central es que dicha observación se levante haciendo el fiscal las modificaciones o precisiones respectivas, las mismas que se pueden hacer por escrito o en la audiencia de control de la acusación.
- b) Decidir excepciones y otros medios de defensa, siempre que no se hayan planteado antes. En estos casos el defensor del acusado tendrá la posibilidad de argumentar algún medio técnico de defensa (excepciones, cuestiones previas u otros) que no se hubiere interpuesto antes. Dado el estado del proceso sólo podrían deducirse cuestiones técnicas para resolverse sin mayor diligencia en la audiencia de control.
- c) Solicitar la imposición o revocación de una medida de coerción. Esta posibilidad siempre está presente, sea desde el punto de vista del imputado y su defensor, como de la parte civil y también del fiscal, lo que viene aprovechada por la realidad de la audiencia preliminar ante el juez de la investigación preparatoria. En todos los casos se debe de sustentar el pedido y ser sometido a la opinión de las partes asistentes a la audiencia.
- d) Solicitar la actuación de prueba anticipada. Como sabemos, la prueba anticipada es aquella que se realiza antes del juicio oral al existir circunstancias que impiden que el órgano de prueba (testigo o perito) pueda concurrir a la sede judicial para la deposición de sus conocimientos en el juicio oral, debiéndose realizar con intervención de los sujetos procesales y con todas las garantías de ley. La prueba

anticipada la solicita el fiscal o cualquiera de las partes que tenga interés y justifique su realización.

- e) Solicitar el sobreseimiento. Se trata de un planteamiento que hace la parte procesada directamente al Juez, ante la audiencia de control de la acusación y que además la sustenta durante la misma. El defensor también puede plantearla durante la audiencia de control de la acusación. El pedido debe ser expreso y fundamentado incidiendo sobre los cargos de incriminación y las pruebas existentes valoradas por el fiscal. Tal planteamiento exige el pronunciamiento en la audiencia del Juez de la investigación preparatoria a cargo de la fase intermedia.
- f) Solicitar la aplicación de un criterio de oportunidad. La norma procesal expresa “instar la aplicación, si fuere el caso, de un criterio de oportunidad” (art. 350°.1.e). La aplicación de oportunidad se encuentra presente, en distintas forma y momentos en todo el proceso penal ordinario y en algunos procesos especiales. La alusión a un criterio de oportunidad puede llevarnos a concluir que se refiere necesariamente a los supuestos previstos en el numeral 2 del código procesal penal; sin embargo, el apartado 7 del art. 2° señala expresamente que se aplicará el principio de oportunidad hasta antes de formularse la acusación, lo que cierra el paso a la posibilidad de acuerdo de las partes ante el Fiscal, dejando sólo el caso de acuerdo notarial para determinados delitos, a que se refiere el último párrafo del referido artículo. Ello significa que el Juez podrá sobreseer el proceso pese a la existencia de la acusación fiscal cuando se presente un acuerdo notarial. Tratándose de pedido de anticipación anticipada entendido como criterio de oportunidad, el tema resultaría difícil de aceptar por su naturaleza jurídica, pues se trata de un proceso especial con beneficios premiales de reducción de pena para evitar el avance de procedimiento y la necesidad

- de entablar mecanismos propios de negociación entre las partes para alcanzar una fórmula de acuerdo.
- g) Ofrecer pruebas para el juicio oral. Tratándose de peritos y testigos, deberá indicar sus datos de identidad y domicilio, así como los hechos sobre los cuales deba declarar. Es del caso destacar que cada una de las partes ofrecerá sus órganos de prueba, sea de cargo como de descargo, en virtud de lo cual, se deberá indicar el punto central de su declaración para establecer su utilidad y pertinencia. En otras palabras, rige el principio de comunidad de la prueba. Pero, además, se exige a cada una de las partes preocuparse por la concurrencia de sus testigos o peritos a la sede de juzgamiento, es más, se posibilita la entrevista previa con aquellos, sin que ello implique la posibilidad de influir de alguna manera en el contenido de su declaración.
 - h) Objetar la reparación civil o pedir su incremento, ofreciendo medios de prueba. El imputado puede cuestionar el monto de la reparación civil solicitada por el fiscal o el actor civil, fundamentando su pedido en cuestiones de orden económico (insolvencia, reducida remuneración, cargas familiares) o de daño causado (reducido o extensión del daño, delito de peligro abstracto, reparación parcial del daño).
 - i) Plantear cualquier otra cuestión para el juicio oral. Lo que posibilita a la parte introducir a la audiencia de control cualquier otra cuestión no prevista expresamente en la ley para ser discutida o resuelta en juicio (filiación, alimentos, bienes, por ejemplo), la misma que deberá ser admitida o no por el juez.
 - j) La parte acusada o la parte civil podrán proponer al juez de la investigación que dirige la audiencia, los hechos en los cuales no hay discusión, es decir, en los hechos que aceptan. De ser ello así, el juez valorará dicho pedido y podrá autorizar tal acuerdo lo que permitirá obviar su actuación probatoria en el juicio, lo que entendemos nosotros que es relativo, debido a que durante el contradictorio y con el

análisis de la prueba actuada los hechos puedan ser mejor esclarecidos, de tal manera que el juez del juicio pueda construir su sentencia sobre la base de hechos probados en el juzgamiento.

El Código establece el Plazo de 10 días para que la acusación sea notificada a los demás sujetos procesales.

Entendemos que dicho plazo de diez días para hacer las propuestas es perentorio, por lo tanto, vencido el mismo, cualquier pedido resultará extemporáneo, debiendo proseguir con el procedimiento según su estado. Naturalmente, si se admite alguno de los planteamientos que hemos analizado, es para que se realice durante la audiencia de control aponiendo el juez del tiempo realmente necesario para la actuación de las diligencias pertinentes. Entonces, el plazo a que alude la ley es solo para el pedido que haga la parte.

3.1.4 El control de la acusación fiscal

El juez de la investigación preparatoria ejerce control sobre el mérito de la acusación, y debe advertir si las pruebas ofrecidas por el fiscal serán capaces o no de acreditar su pretensión punitiva en juicio.

Según el CPP, la acusación fiscal que debe ser debidamente motivada contendrá lo siguiente:

1. Los datos que sirven para identificar al imputado.
2. La relación clara y precisa del hecho que se atribuye al imputado, con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores
3. Los elementos de convicción que fundamenten el requerimiento acusatorio, la participación que se atribuya al imputado, la relación de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que concurran, el artículo de la ley penal que tipifique el hecho, así como la cuantía de la pena que se solicite, el monto de la reparación civil, y

los medios de prueba que ofrezca para la actuación en la audiencia. Asimismo, hará una reseña de los demás medios de prueba que ofrezca,

4. La mención de las medidas de coerción dictadas durante la investigación preparatoria con la identificación de la necesidad de su variación o la inclusión de otras que fueren necesarias (artículo 349°)

El desarrollo de la audiencia de control de la acusación está regulado por el artículo 350° del CPP. En ella se debatirá sobre la procedencia o admisibilidad de cada una de las cuestiones planteadas y la pertinencia de la prueba ofrecida.

Finalizada la audiencia el juez resolverá todas las cuestiones tratadas. Si los defectos de la acusación requieren un nuevo análisis del MP, dispondrá la devolución de la acusación y suspenderá la audiencia para que corrija el defecto, luego de lo cual se reanudara. En los demás casos el fiscal, en la misma audiencia, podrá hacer las modificaciones, aclaraciones o subsanaciones que correspondan, 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 fiscal⁷¹.

Durante la etapa intermedia del proceso, el imputado puede interponer nuevos medios de defensa técnicos contra la acción penal, exigiéndose los requisitos que la misma ley procesal ya establece, siempre que no se hayan planteado y resueltas con anterioridad.

Es posible interponer excepción de naturaleza de acción, cosa juzgada, prescripción, entre otras. Dicho planteamiento procede incluso habiéndose formulado acusación escrita y obliga a la realización de la audiencia preliminar a fin de que el Juez resuelva lo pertinente. En la etapa intermedia se discute sobre las pruebas que sustentan las posiciones encontradas de las partes e incluso se permite acuerdos o consensos sobre la prueba a fin de evitar su actuación toda vez que son aceptadas. Sobre el tema probatorio habría que señalar, además,

⁷¹ Nuevo código procesal peruano.

que la solicitud para su actuación en juicio exige que sea útil, conducente y pertinente. Se establece que la solicitud para una declaración testimonial o la práctica de una pericia tendrá que especificar el punto a declarar o el objeto del examen. La ley señala que la resolución que dicte el juez no puede ser objeto de impugnación (art. 352.5.b) También se establece que las partes pueden proponer los hechos que aceptan y el juez los dará por acreditados, de esa manera se obviará su actuación probatoria en juicio; el acuerdo también puede ser sobre las pruebas (art. 350.2). Podrá actuarse la prueba anticipada siguiendo las reglas del art. 245.

3.1.5 El sobreseimiento

3.1.5.1 Sobreseimiento total o parcial

El sobreseimiento puede ser parcial o total. Será total cuando prenda todos los delitos y a todos los imputados; y parcial cuando solo se circunscribe a algún delito o a algún imputado, de los varios que son materia de la disposición de formalización de la investigación preparatoria⁷².

Si el sobreseimiento fuere parcial, continuara la causa respecto de los demás delitos o imputados que no los comprende.

El juez, frente a un requerimiento fiscal mixto, acusatorio y no acusatorio, primero se pronunciará acerca del requerimiento de sobreseimiento. Culminando el trámite según lo dispuesto en los artículos anteriores, abrirá las actuaciones relativas a la acusación fiscal.

3.1.5.2 Audiencia de control del sobreseimiento

⁷² ROSAS YATACO, Jorge. Derecho Procesal Penal. Jurista Editores: Lima-Perú. 2005.

La nueva ley procesal establece distintas formas de lograr la culminación del proceso sin llegar a la conclusión natural del mismo que es la sentencia. A esta institución se le conoce como el sobreseimiento y su efecto inmediato es el archivo del proceso penal.

El art. 344 de la nueva ley procesal establece que el Fiscal podrá requerir el sobreseimiento ante el Juez de la Investigación Preparatoria, dentro de los quince (15) días de culminada la fase anterior. Dicho sobreseimiento procede cuando: a) el hecho denunciado no se realizó o no se le puede atribuir al imputado; b) el hecho no es típico; c) existe una causa de justificación, de inculpabilidad o de no punibilidad; d) la acción se ha extinguido; y e) cuando no existan elementos probatorios que sustenten la acusación.

El requerimiento de sobreseimiento que hace el Fiscal será acompañado del expediente principal y la autoridad judicial correrá traslado a las partes acreditadas por el plazo de diez (10) días, con la finalidad de que puedan formular oposición fundamentada y con la posibilidad de pedir la realización de actos de investigación. La nueva ley procesal establece una Audiencia de Control del sobreseimiento, para lo cual citará a las partes, los escuchará por su orden y el caso quedará expedito para resolver.

Si el Juez está de acuerdo con el requerimiento fiscal dictará el auto de sobreseimiento; si no estuviera de acuerdo, dictará auto motivado elevando las actuaciones al Fiscal Superior a fin de que ratifique o rectifique la solicitud del Fiscal Provincial. El Superior emitirá pronunciamiento dentro de diez (10) días, dando por terminado el procedimiento. Si ratifica el pedido de sobreseimiento el Juez de la Investigación Preparatoria “inmediatamente sin trámite alguno” dictará auto de sobreseimiento. Si no está de acuerdo con el requerimiento fiscal, ordenará a otro Fiscal que formule acusación (art. 346). Es el trámite de “consulta” que actualmente prevé la ley procesal en el art. 220 “c” y que contempla en control vertical del Ministerio Público como titular del ejercicio público de la acción penal. Sin embargo, el último párrafo del art. 346 establece una norma que puede resultar implicate con lo señalado

líneas arriba y que puede afectar la titularidad de la acción penal pública: el juez sin expresar desacuerdo con la solicitud de sobreseimiento puede disponer la ampliación de la investigación “indicando el plazo y las diligencias que el Fiscal debe realizar”.

El auto de sobreseimiento dictado por el Juez contiene una serie de requisitos: datos del imputado, exposición del hecho objeto de la investigación; fundamentos de hecho y de derecho; la indicación expresa de los efectos de la resolución. El sobreseimiento tiene carácter definitivo e importa el archivo definitivo del proceso respecto del imputado y adquiere la calidad de cosa juzgada. Esta resolución puede ser objeto de impugnación, pero ello no impide la inmediata libertad del imputado si se encontrara en cárcel.

Además, el sobreseimiento puede ser total o parcial, el primero cuando comprende a todos los delitos y a todos los imputados; el segundo, cuando solo comprende a un delito o algún imputado, en el caso de ser varios; en este caso continuará el proceso contra los restantes imputados o los otros delitos. El legislador también ha previsto la situación de requerimiento fiscal acusatorio y no acusatorio, debiéndose resolver en primer orden el segundo (art. 348.3).

3.1.5.3 El auto de enjuiciamiento

Es una resolución dictada por el juez de la investigación preparatoria una vez resueltas las cuestiones planteadas en la audiencia preliminar. Su contenido está establecido taxativamente en el artículo 353° bajo sanción de nulidad; entre otros requisitos, debe contener los medios de prueba admitidos y el ámbito de requisitos, debe contener los medios de prueba admitidos y el ámbito de las convenciones probatorias, así como la orden de remisión de los actuados al juez encargado del juicio oral.

El auto de enjuiciamiento será notificado al ministerio público y a los demás sujetos procesales. El juez de la investigación preparatoria hará llegar al juez penal que corresponda

dicha resolución y los actuados correspondientes, así como los documentos y los objetos incautados, y se pondrán a su orden a los presos preventivos.

3.1.5.3.1 El auto de citación a juicio

Recibidas las acusaciones por el juzgado penal competente, este dictara el auto de citación con indicación de la sede del juzgamiento y de la fecha de la realización del juicio oral, salvo que todos los acusados fueran ausentes. Esta resolución tiene la finalidad de asegurar la asistencia al acto oral d juzgamiento y contiene el emplazamiento de todos los que deben concurrir a él; por ello contendrá los apercibimientos necesarios. Será obligado al ministerio público y de los demás sujetos procesales y comparecencia de los testigos o peritos que hayan propuesto

Salvo los plazos perentorios para las observaciones del requerimiento acusatorio y de la oposición del pedido de sobreseimiento ya analizado, la nueva ley no señala un plazo para la realización de toda la etapa intermedia, ello dependerá de las diligencias que se puedan actuar, a las audiencias de control de acusación o sobreseimiento, a la, complejidad del caso, a los planteamientos que se puedan hacer sobre medios de defensa, a la prueba anticipada, si fuera el caso. Por lo tanto, el plazo será el necesario y dependerá de la dirección judicial con intervención de las partes, con observancia al principio de celeridad procesal⁷³.

3.2 Resultados Normativos

3.2.1 Derecho Interno:

El trámite del *retiro de la acusación* en la etapa de juicio ha sido regulado en el artículo 387.4 del CPP de la siguiente forma: a) El Juzgador, después de oír a los abogados de las

⁷³ CUBAS VILLANUEVA VICTOR; Instituto de Defensa Legal, El Nuevo Código Procesal: Revolución Penal. 2004.

demás partes, resolverá en la misma audiencia lo que corresponda o la suspenderá con tal fin por el término de dos días hábiles. b) Reabierta la audiencia, si el Juzgador está de acuerdo con el requerimiento del Fiscal, dictará *auto dando por retirada la acusación*, ordenará la libertad del imputado si estuviese preso y dispondrá el sobreseimiento definitivo de la causa. c) Si el Juzgador *discrepa* del requerimiento del Fiscal, *elevará* los autos al Fiscal jerárquicamente superior para que decida, dentro del tercer día, si el Fiscal inferior mantiene la acusación o si debe proceder con arreglo al literal anterior. d) La decisión del Fiscal jerárquicamente superior *vincula* al Fiscal inferior y al Juzgador. Efectuada la contrastación del supuesto de hecho normativo del artículo 387.4 del CPP (retiro de la acusación en audiencia de juicio) con el supuesto de hecho del caso concreto (retiro de la acusación en audiencia preliminar), resulta evidente la **semejanza esencial** entre ambas, como presupuesto de habilitación del método de integración jurídica de la *analogía*.

3.2.2 Derecho comparado:

ARGENTINA CÓDIGO PROCESAL PENAL LEY 11922

ARTÍCULO 359.- Ampliación del requerimiento fiscal. -

Si en el curso del debate surgieren hechos que integren el delito continuado atribuido o circunstancias agravantes de calificación no contenidas en el requerimiento fiscal o en el auto de elevación, pero vinculadas al delito que las motiva, el Fiscal podrá ampliar la acusación.

En tal caso, bajo sanción de nulidad, el Presidente le explicará al imputado los nuevos hechos o circunstancias que se le atribuyen, informándole asimismo de los derechos constitucionales que le asisten. El Defensor tendrá derecho a pedir la suspensión del debate para ofrecer nuevas pruebas o preparar la defensa.

Cuando este derecho sea ejercido, el Tribunal suspenderá el debate por un plazo que fijará prudencialmente, según la naturaleza de los hechos y la necesidad de la defensa.

El hecho nuevo que integre el delito, o la circunstancia agravante sobre que verse la ampliación, quedarán comprendidos en la imputación y en el juicio.

BOLIVIA CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL Código CPP (25-Marzo-1999)

Artículo 335°.- (Casos de suspensión).

La audiencia del juicio se suspenderá únicamente cuando: (...)

3. El fiscal o el querellante por el descubrimiento de hechos nuevos requieran ampliar la acusación, o el imputado o su defensor lo solicite después de ampliada, siempre que, por las características del caso, no se pueda continuar inmediatamente.

Artículo 348°.- (Ampliación de la Acusación).

Durante el juicio, el fiscal o el querellante podrán ampliar la acusación por hechos o circunstancias nuevos que no hayan sido mencionados en la acusación y que modifiquen la adecuación típica o la pena. Admitida por el juez o tribunal la ampliación de la acusación, se recibirá nueva declaración al imputado y se pondrá en conocimiento de las partes el derecho que tienen a pedir la suspensión del juicio para ofrecer nuevas pruebas o preparar su intervención, conforme a lo dispuesto en el Artículo 335° de este Código.

COSTA RICA Código Procesal Penal No.7594

ARTÍCULO 347.- Ampliación de la acusación

Durante el juicio el fiscal o el querellante podrán ampliar la acusación mediante la inclusión de un hecho nuevo o una nueva circunstancia que no haya sido mencionada en la acusación o la querrela, que modifica la calificación legal o integra un delito continuado. En tal caso deberán, además, advertir la variación de la calificación jurídica contenida en la acusación.

En relación con los hechos nuevos o circunstancias atribuidas en la ampliación, se recibirá nueva declaración al imputado y se informará a las partes que tendrán derecho a pedir la suspensión del juicio para ofrecer nuevas pruebas o preparar la defensa.

Los hechos o circunstancias sobre los cuales verse la ampliación quedarán comprendidos en la acusación.

EL SALVADOR DECRETO No. 733

Art. 375.- Continuidad y casos de suspensión

La audiencia se realizará sin interrupción, durante todas las sesiones consecutivas que sean necesarias hasta su terminación; pero se podrá suspender por un plazo máximo de diez días, computados continuamente, sólo una vez, en los casos siguientes:

(...)

7. Cuando el fiscal lo requiera para ampliar la acusación, o el imputado o su defensor lo solicite después de ampliada, siempre que, por las características del caso, no se pueda continuar inmediatamente.

Art. 384.- Ampliación de la acusación

Durante la vista, el fiscal o el querellante podrán ampliar la acusación mediante la inclusión de un nuevo hecho o una nueva circunstancia que no haya sido mencionada en la acusación o en el auto de apertura a juicio, que modifica la calificación legal o la pena del mismo hecho, integra un delito continuado o modifica los términos de la responsabilidad civil.

La corrección de simples errores materiales o la inclusión de alguna circunstancia que no modifica esencialmente la imputación ni provoca indefensión, se podrá realizar durante la audiencia, sin que sea considerada una ampliación.

En tal caso, con relación a los nuevos hechos o circunstancias atribuidos en la ampliación, se recibirá nueva declaración al imputado y se informará a las partes que tienen derecho a pedir la suspensión de la vista para ofrecer nuevas pruebas o preparar la defensa.

Los hechos o circunstancias sobre los cuales verse la ampliación quedarán comprendidos en la acusación.

GUATEMALA CÓDIGO PROCESAL PENAL DECRETO NUMERO 51-92

Artículo 360. (Continuidad y suspensión).

El debate continuará durante todas las audiencias consecutivas que fueren necesarias hasta su conclusión. Se podrá suspender por un plazo máximo de diez días, sólo en los casos siguientes:

(...)

4) Cuando el Ministerio Público lo requiera para ampliar la acusación, o el acusado o su defensor lo soliciten después de ampliada la acusación, siempre que, por las características del caso, no se pueda continuar inmediatamente.

Artículo 373. (Ampliación de la acusación).

Durante el debate, el Ministerio Público podrá ampliar la acusación, por inclusión de un nuevo hecho o una nueva circunstancia que no hubiere sido mencionado en la acusación o en el auto de apertura del juicio y que modifique la calificación legal o la pena del mismo hecho objeto del debate, o integre la continuación delictiva.

En tal caso, con relación a los hechos o circunstancias atribuidos en la ampliación, el presidente procederá a recibir nueva declaración al acusado informará a las partes que tienen derecho a pedir la suspensión del debate para ofrecer nuevas pruebas o preparar su intervención. Cuando este derecho sea ejercido, el tribunal suspenderá el debate por un plazo que fijará prudencialmente, según la naturaleza de los hechos y la necesidad de la defensa.

Los hechos o circunstancias sobre los cuales verse la ampliación, quedará comprendidos en la imputación.

HONDURAS Código Procesal Penal Norma ° 9-99-E

Artículo ° 321 AMPLIACIÓN DE ACUSACIÓN.

Si durante el juicio se tienen noticias de circunstancias o hechos, relacionados con el hecho objeto del juicio, que no hayan sido mencionados en la acusación y que puedan modificar la calificación legal o la pena del delito, el fiscal o el Acusador Privado podrá modificar su calificación o ampliar oralmente la acusación para que aquellos sean considerados durante el debate.

Si las circunstancias o hechos señalados en la ampliación exigen nuevos elementos de prueba, cualquiera de las partes podrá pedir la suspensión del juicio y el imputado, por su parte, tendrá derecho a pedir se amplíe su declaración.

Aun no siendo necesaria la práctica de prueba, el Defensor del acusado podrá solicitar igualmente la suspensión del juicio por el tiempo preciso, para preparar la defensa frente a la ampliación de la acusación.

La corrección de simples errores materiales, o la inclusión de alguna circunstancia que no modifique esencialmente la imputación ni afecte el derecho de defensa, no tendrán el carácter de ampliación. En caso de descubrimiento de hechos nuevos, independientes, conexos o no con el hecho objeto del juicio que puedan constituir delito, se abrirá un procedimiento diferente para su investigación y enjuiciamiento separado.

PARAGUAY CÓDIGO PROCESAL PENAL LEY N° 1.286/98

Artículo 386.- Ampliación de la acusación

Durante el juicio, el fiscal o el querellante podrán ampliarla acusación mediante la inclusión de un hecho nuevo o una nueva circunstancia que no haya sido mencionada en la acusación o en el auto de apertura a juicio, que modifica la calificación legal o la sanción del mismo hecho o integra un hecho punible continuado.

La corrección de simples errores materiales o la inclusión de alguna circunstancia que no modifica esencialmente la imputación ni provoca indefensión, se podrá realizar durante la audiencia, sin que sea considerada una ampliación.

En tal caso, con relación a los hechos nuevos o circunstancias atribuidas en la ampliación, se recibirá nueva declaración al imputado y se informará a todas las partes que tendrán derecho a pedir la suspensión del juicio para ofrecer nuevas pruebas o preparar la defensa.

Los hechos o circunstancias sobre los cuales verse la ampliación quedarán comprendidos en la acusación.

REPÚBLICA DOMINICANA CÓDIGO PROCESAL PENAL

Art. 322.- Ampliación de la acusación.

En el curso del juicio el Ministerio Público o el querellante puede ampliar la acusación, mediante la inclusión de un nuevo hecho o una nueva circunstancia surgido durante el debate que modifica la calificación legal, constituye una agravante o integra un delito continuo.

En relación con los hechos o circunstancias nuevos atribuidos en la ampliación de la acusación se invita al imputado a que declare en su defensa y se informa a las partes que pueden ofrecer nuevas pruebas y de ser necesario solicitar la suspensión del juicio.

Los hechos o circunstancias nuevos a los cuales se refiere la ampliación integran la acusación.

Si como consecuencia de la variación de la calificación jurídica, corresponde su conocimiento a un tribunal con competencia para infracciones más graves, el juicio es interrumpido y comienza desde su inicio ante la jurisdicción competente, salvo que las partes acepten la competencia del tribunal.

La corrección de errores materiales o la inclusión de alguna circunstancia que no modifica esencialmente la imputación ni provoca indefensión, puede realizarse en el curso de la misma audiencia, sin que se considere una ampliación de la acusación.

**VENEZUELA Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5558 DEL
14-11-2001**

Artículo 335. ° Concentración y continuidad.

El tribunal realizará el debate en un solo día. Si ello no fuere posible, el debate continuará durante los días consecutivos que fueren necesarios hasta su conclusión. Se podrá suspender por un plazo máximo de diez días, computados continuamente, sólo en los casos siguientes:

(...)

4. Si el Ministerio Público lo requiere para ampliar la acusación, o el defensor lo solicite en razón de la ampliación de la acusación, siempre que, por las características del caso, no se pueda continuar inmediatamente.

Artículo 351. ° Ampliación de la acusación.

Durante el debate, y hasta antes de concedérsele la palabra a las partes para que expongan sus conclusiones, el Ministerio Público o el querellante podrán ampliar la acusación, mediante la inclusión de un nuevo hecho o circunstancia que no haya sido mencionado y que modifica la calificación jurídica o la pena del hecho objeto del debate. El querellante podrá adherirse a la ampliación de la acusación del Fiscal, y éste podrá incorporar los nuevos elementos a la ampliación de su acusación. En tal caso, en relación con los hechos nuevos o circunstancias atribuidas en la ampliación, se recibirá nueva declaración al imputado, y se informará a todas las partes, que tendrán derecho a pedir la suspensión del juicio para ofrecer nuevas pruebas o preparar su defensa. Cuando éste derecho sea ejercido, el tribunal suspenderá el debate por un plazo que fijará prudencialmente, según la naturaleza de los hechos y las necesidades de la defensa. Los nuevos hechos o circunstancias, sobre los cuales verse la ampliación, quedarán comprendidos en el auto de apertura a juicio.

3.3 Resultados jurisprudenciales

3.3.1 Poder Judicial:

Respecto al retiro de la acusación se puede apreciar el Acuerdo Plenario N° 6-2009/CJ-116 ha establecido como doctrina legal, que: “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 los cinco elementos necesarios para la viabilidad de la acusación respecto a 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)”.

En el caso materia de análisis, la representante del Ministerio Público que sustentó oralmente la acusación, en vez de subsanar las omisiones formales modificó sustancialmente la acusación al sustituirla por un requerimiento de sobreseimiento; argumentando que el hecho objeto de la causa no podía ser atribuido al imputado (elemento fáctico) y que la acción penal había prescrito (presupuesto procesal vinculado a la vigencia de la acción penal).

Así también, los argumentos de que el representante del Ministerio Público en su condición de titular de la acción penal puede retractarse en la etapa intermedia de su decisión autónoma de acusar, mediante el retiro de la acusación, y que este desistimiento o abandono de la pretensión penal, sería una facultad inherente al fiscal en función al principio acusatorio; no los compartimos, porque la actuación fiscal en el proceso penal no es ilimitada sino dentro del marco del debido proceso, por tanto, respetuosa de los principios de legalidad, interdicción de la arbitrariedad y otras garantías reconocidas en la Constitución, Ley Orgánica del Ministerio Público, CPP, Protocolos y Directivas del Ministerio Público.

Por tanto, si el fiscal –concluida la investigación preparatoria– decide acusar en el ejercicio del poder-deber del que se encuentra investido por tener el monopolio del ejercicio de la acción penal, en mi opinión, no cabe la posibilidad de que se desista o abandone la pretensión penal mediante el retiro de la acusación, porque: i) no existe base legal para dicho procedimiento en la etapa intermedia; y ii) en caso se advierta que los hechos imputados no pueden ser atribuidos al acusado o hayan prescrito, el juez de oficio se encuentra facultado para declarar el sobreseimiento del proceso (artículo 352.4 del CPP).

De lo que se infiere que todo requerimiento fiscal requiere necesariamente un control y pronunciamiento judicial y no como erróneamente se afirma que, el retiro de la acusación no podría ser materia de pronunciamiento judicial y que esta vincularía al juez porque no se le podría obligar al fiscal acusar. Un requerimiento fiscal que no tiene base legal en la etapa intermedia, no puede vincular al juez de garantías; por lo que si corresponde un pronunciamiento judicial declarando de plano improcedente el retiro de la acusación en la etapa intermedia, y esta decisión no puede entenderse como “obligar al fiscal a acusar” sino como el deber del juez de velar por el respeto del debido proceso.

Finalmente, el argumento de que la recepción del retiro de la acusación tendría la calidad de inimpugnable para el agraviado, porque en caso que el nuevo requerimiento de sobreseimiento le cause perjuicio, tendría el plazo de 10 días para formular oposición, y porque en caso que se dicte auto de sobreseimiento, tendría la facultad de impugnarlo; no resiste mayor análisis, porque aparte de afectar el principio de legalidad procesal, también es contraria a los principios de celeridad y economía procesal. En efecto, la decisión judicial de declarar fundada el retiro de la acusación y ordenar la formación del cuaderno de sobreseimiento para correr traslado a los demás sujetos procesales por el plazo de diez días; prolonga innecesariamente la resolución del caso con mayores gastos para los sujetos procesales.

Además, el argumento de que el agraviado no podría impugnar la resolución que admite el retiro de la acusación, solo podría admitirse en el supuesto de que no se haya constituido en actor civil; de lo contrario tendría legitimidad para interponer recurso de apelación alegando gravamen irreparable, para que la Sala Penal de Apelaciones declare nula la resolución que admite el retiro de la acusación por inobservancia del debido proceso.

CAPÍTULO IV

DISCUSIÓN Y VALIDACIÓN DE HIPÓTESIS

4.1 Discusión doctrinaria

4.1.1 Posturas o argumentos a favor

El retiro de la acusación constituye un evento del mismo género en la medida que nos encontraríamos en estricto ante una laguna del derecho que debe ser objeto de integración jurídica mediante el método de la analogía *in bonam partem* reconocido en el artículo VII.3 del CPP, en aplicación de los argumentos *a pari* (“donde hay la misma razón hay el mismo derecho”) *a fortiori* (“con mayor razón”) y *ab maioris ad minus* (“quien puede lo más puede lo menos”), al tener una semejanza esencial basada en la manifestación de la voluntad del Ministerio Público de abdicar de la petición de condena contenida en la acusación.⁷⁴

“El retiro de la acusación no constituye una modificación formal ni tampoco una modificación sustancial de la acusación, sino una suerte de desistimiento de la pretensión penal por el Ministerio Público, que en términos concretos significa el abandono del plan que tenía el fiscal de solicitar al juez la aplicación de una pena para el acusado como producto resultante de una condena en el juicio oral”.⁷⁵

“Así las cosas, al constituir la acusación una decisión autónoma del Ministerio Público, tomada en función al resultado de la información obtenida durante la investigación preparatoria sobre la noticia criminal, nada obsta que en la etapa previa al juicio, el propio titular de la acción penal pública, pueda retractarse razonadamente de su inicial pretensión penal mediante el retiro de la acusación, cuando sea manifiesta la concurrencia de alguna

⁷⁴ FERRAJOLI, Luigi (2001). Derecho y Razón Teoría del garantismo penal Editorial Trotta, Madrid.

⁷⁵ MONROY GÁLVEZ, Juan. Introducción Al Proceso Civil. Tomo I, Communitas, Lima, 1996, p. 85.

causa legal de sobreseimiento no advertida inicialmente en su formulación, pero sí posteriormente en el debate de la audiencia preliminar. El desistimiento de la pretensión penal (no acusar) no sólo devendría en una facultad inherente al fiscal en función al principio acusatorio, “sin acusación no hay juicio”, sino que incluso sería hasta un imperativo en aplicación del principio de objetividad”.

“El retiro de la acusación por el Ministerio Público en rigor no podría ser materia de pronunciamiento jurisdiccional, sea aprobándolo o desaprobándolo; al devenir en un imposible jurídico que el Juez pueda dictar auto de enjuiciamiento (autorización de entrada al juicio), sin la existencia de una acusación formulada, sustentada, debatida, controlada, mantenida y prevalecida en la audiencia preliminar. En otras palabras, el desistimiento del acto jurídico procesal de la acusación por el titular de la persecución oficial resulta vinculante al Juez, desde que excedería su competencia emitir cualquier decisión que le impida a la Fiscal desistirse de la acusación o mejor dicho que la obligue a acusar”.

“La resolución de la recepción del retiro de acusación tiene la calidad de inimpugnable para el agraviado, quien técnicamente sería el único que potencialmente podría verse afectado con la variación del criterio fiscal al evitarse el juicio. El cierre al recurso tiene las siguientes razones; porque en caso el nuevo requerimiento de sobreseimiento cause perjuicio, el agraviado tiene habilitado el traslado por el plazo de diez para que pueda formular oposición conforme a los parámetros del artículo 345.2 del CPP; y porque en caso se dicte auto de sobreseimiento queda facultado a impugnarlo en atención a la facultad concedida por el artículo 95.1.d del CPP”.

4.1.2 Posturas o argumentos en contra

El retiro de la acusación en la etapa intermedia dejará de lado la carga de los juzgados de juzgamiento con acusaciones que van a ser insostenibles en juicio porque la acción la acción penal se encuentra prescrita o porque los hechos no podrán ser atribuidos al imputado. Debo aclarar que esa no es la finalidad, y no podría serlo porque en mi experiencia como juez unipersonal y colegiado pude constatar que dicho procedimiento resulta perjudicial para el proceso penal, porque distrae el escaso tiempo de los jueces de juzgamiento y genera mayores gastos al Estado.

Lo que se propone en el presente trabajo, es otra alternativa de solución con los mismos efectos (sobreser la causa en la etapa intermedia), pero respetando el debido proceso. Por tanto, si se presentara el supuesto analizando en el presente artículo (ante las observaciones formales se advierta que el hecho objeto de la causa no podría atribuírsele al imputado y que la acción penal habría prescrito), el juez de la investigación preparatoria tiene la facultad de sobreser el proceso de oficio, en aplicación del artículo 352.4 del CPP que establece: “El sobreseimiento podrá dictarse de oficio o a pedido del acusado o su defensa cuando concurren 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. (...)”.

En efecto, si el fiscal que sustenta la acusación en remplazo del fiscal encargado de la investigación, verifica –ante la devolución de la acusación por defectos formales– que el hecho objeto de la causa no puede atribuírsele al imputado o que la acción penal ha prescrito; a fin de no vulnerar el “principio de unidad” que rige la actuación de los fiscales, debe ratificarse de la acusación y solicitar al juez de la investigación preparatoria que declare de oficio el sobreseimiento del proceso conforme al dispositivo legal citado en el párrafo anterior, explicando que no es posible subsanar las observaciones formales, porque realizado

el reexamen de la acusación se verificó que el hecho objeto de la causa no puede atribuírsele al imputado y que la acción penal ha prescrito.

4.1.3 Posición o argumentos personales:

La facultad del fiscal de retirar la acusación contra el imputado se encuentra regulado para el juicio oral y no para la etapa intermedia. Además, requiere como presupuesto que se hayan actuado todos los medios de prueba, y que estos hayan actuados todos los medios de prueba, y que estos hayan debilitado – más alta de toda duda razonable – los cargos formulados contra el acusado.

El retiro de la acusación en la etapa intermedia vulnera el debido proceso en su vertiente de afectación del principio de legalidad procesal, porque somete a los sujetos procesales a un procedimiento distinto al establecido en el CPP.

Además, este procedimiento promovería una mala práctica fiscal que repercutiría en el incremento innecesario de la carga procesal de los juzgados de investigación preparatoria, porque los fiscales presentarían sus requerimientos de acusación sin el correspondiente análisis de lo actuado en la investigación preparatoria, seguros de que el juez les va a admitir el retiro de la acusación, sustituyéndolos por requerimientos de sobreseimiento.

La solución a esta problemática es que el fiscal encargado de la investigación o el que lo reemplaza en la audiencia de control de acusación, ante la verificación de que el hecho objeto de la causa no puede atribuírsele al imputado o que la acción penal ha prescrito, debe ratificarse en la acusación – a fin de no vulnerar el principio de unidad que rige la actuación de los fiscales – y solicitar al juez de la investigación preparatoria que declare de oficio el sobreseimiento del proceso.

4.2 Discusión normativa:

4.2.1 Análisis o discusión de la normatividad interna

El trámite del *retiro de la acusación* en la etapa de juicio ha sido regulado en el artículo 387.4 del CPP de la siguiente forma: a) El Juzgador, después de oír a los abogados de las demás partes, resolverá en la misma audiencia lo que corresponda o la suspenderá con tal fin por el término de dos días hábiles. b) Reabierta la audiencia, si el Juzgador está de acuerdo con el requerimiento del Fiscal, dictará *auto dando por retirada la acusación*, ordenará la libertad del imputado si estuviese preso y dispondrá el sobreseimiento definitivo de la causa. c) Si el Juzgador *discrepa* del requerimiento del Fiscal, *elevará* los autos al Fiscal jerárquicamente superior para que decida, dentro del tercer día, si el Fiscal inferior mantiene la acusación o si debe proceder con arreglo al literal anterior. d) La decisión del Fiscal jerárquicamente superior *vincula* al Fiscal inferior y al Juzgador. Efectuada la contrastación del supuesto de hecho normativo del artículo 387.4 del CPP (retiro de la acusación en audiencia de juicio) con el supuesto de hecho del caso concreto (retiro de la acusación en audiencia preliminar), resulta evidente la semejanza esencial entre ambas, como presupuesto de habilitación del método de integración jurídica de la *analogía*.

4.2.2 Análisis o discusión del derecho comparado

En todos los ordenamientos jurídicos citados el retiro de acusación en la etapa intermedia o tiene regulación propia, sólo se permite el retiro de acusación o desistimiento en el Juzgamiento después de la actuación probatoria, no encontrando justificación a nivel comparativo.

4.3 Discusión jurisprudencial

4.3.1 Análisis o discusión de la jurisprudencia del Poder Judicial

Respecto al argumento expuesto en la resolución de que el retiro de la acusación no constituiría una modificación formal ni sustancial, sino una suerte de desistimiento o abandono de la pretensión penal por el Ministerio Público; se debe tener presente que el Acuerdo Plenario N° 6-2009/CJ-116 ha establecido como doctrina legal, que: “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 los cinco elementos necesarios para la viabilidad de la acusación respecto a 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)”.

En el caso materia de análisis, la representante del Ministerio Público que sustentó oralmente la acusación, en vez de subsanar las omisiones formales modificó sustancialmente la acusación al sustituirla por un requerimiento de sobreseimiento; argumentando que el hecho objeto de la causa no podía ser atribuido al imputado (elemento fáctico) y que la acción penal había prescrito (presupuesto procesal vinculado a la vigencia de la acción penal).

Así también, los argumentos de que el representante del Ministerio Público en su condición de titular de la acción penal puede retractarse en la etapa intermedia de su decisión autónoma de acusar, mediante el retiro de la acusación, y que este desistimiento o abandono de la pretensión penal, sería una facultad inherente al fiscal en función al principio acusatorio; no los compartimos, porque la actuación fiscal en el proceso penal no es ilimitada sino dentro del marco del debido proceso, por tanto, respetuosa de los principios de legalidad,

interdicción de la arbitrariedad y otras garantías reconocidas en la Constitución, Ley Orgánica del Ministerio Público, CPP, Protocolos y Directivas del Ministerio Público.

Por tanto, si el fiscal –concluida la investigación preparatoria– decide acusar en el ejercicio del poder-deber del que se encuentra investido por tener el monopolio del ejercicio de la acción penal, en mi opinión, no cabe la posibilidad de que se desista o abandone la pretensión penal mediante el retiro de la acusación, porque: i) no existe base legal para dicho procedimiento en la etapa intermedia; y ii) en caso se advierta que los hechos imputados no pueden ser atribuidos al acusado o hayan prescrito, el juez de oficio se encuentra facultado para declarar el sobreseimiento del proceso (artículo 352.4 del CPP).

De lo que se infiere que todo requerimiento fiscal requiere necesariamente un control y pronunciamiento judicial y no como erróneamente se afirma que, el retiro de la acusación no podría ser materia de pronunciamiento judicial y que esta vincularía al juez porque no se le podría obligar al fiscal acusar. Un requerimiento fiscal que no tiene base legal en la etapa intermedia no puede vincular al juez de garantías; por lo que si corresponde un pronunciamiento judicial declarando de plano improcedente el retiro de la acusación en la etapa intermedia, y esta decisión no puede entenderse como “obligar al fiscal a acusar” sino como el deber del juez de velar por el respeto del debido proceso.

Finalmente, el argumento de que la recepción del retiro de la acusación tendría la calidad de inimpugnable para el agraviado, porque en caso que el nuevo requerimiento de sobreseimiento le cause perjuicio, tendría el plazo de 10 días para formular oposición, y porque en caso que se dicte auto de sobreseimiento, tendría la facultad de impugnarlo; no resiste mayor análisis, porque aparte de afectar el principio de legalidad procesal, también es contraria a los principios de celeridad y economía procesal. En efecto, la decisión judicial de declarar fundada el retiro de la acusación y ordenar la formación del cuaderno de sobreseimiento para correr traslado a los demás sujetos procesales por el plazo de diez días;

prolonga innecesariamente la resolución del caso con mayores gastos para los sujetos procesales.

Además, el argumento de que el agraviado no podría impugnar la resolución que admite el retiro de la acusación, solo podría admitirse en el supuesto de que no se haya constituido en actor civil; de lo contrario tendría legitimidad para interponer recurso de apelación alegando gravamen irreparable, para que la Sala Penal de Apelaciones declare nula la resolución que admite el retiro de la acusación por inobservancia del debido proceso.

4.4 Validación de hipótesis

a Hipótesis General:

El retiro de la acusación fiscal, en la etapa intermedia del proceso penal peruano afecta el debido proceso, por el desvío del procedimiento previamente preestablecido.

b Hipótesis Específicas:

- El retiro de la acusación fiscal, en la etapa intermedia del proceso penal peruano, generan responsabilidad funcional en el representante del Ministerio y es que vulneran principios de unidad y legalidad.
- El vacío que existe para afrontar el procedimiento frente al retiro de la acusación fiscal, en la etapa intermedia se podrá suplir mediante el control que realiza el Juez de investigación prepararía en esta etapa y si corresponde se emitirá el sobreseimiento de oficio.

4.4.1 Argumento 1: Argumento Doctrinal:

La facultad del fiscal de retirar la acusación contra el imputado se encuentra regulado para el juicio oral y no para la etapa intermedia. Además, requiere como presupuesto que se hayan

actuado todos los medios de prueba, y que estos hayan actuados todos los medios de prueba, y que estos hayan debilitado – más alta de toda duda razonable – los cargos formulados contra el acusado.

El retiro de la acusación en la etapa intermedia vulnera el debido proceso en su vertiente de afectación del principio de legalidad procesal, porque somete a los sujetos procesales a un procedimiento distinto al establecido en el CPP.

Además, este procedimiento promovería una mala práctica fiscal que repercutiría en el incremento innecesario de la carga procesal de los juzgados de investigación preparatoria, porque los fiscales presentarían sus requerimientos de acusación sin el correspondiente análisis de lo actuado en la investigación preparatoria, seguros de que el juez les va admitir el retiro de la acusación, sustituyéndolos por requerimientos de sobreseimiento.

La solución a esta problemática, es que el fiscal encargado de la investigación o el que lo reemplaza en la audiencia de control de acusación, ante la verificación de que el hecho objeto de la causa no puede atribuírsele al imputado o que la acción penal ha prescrito, debe ratificarse en la acusación – a fin de no vulnerar el principio de unidad que rige la actuación de los fiscales – y solicitar al juez de la investigación preparatoria que declare de oficio el sobreseimiento del proceso.

4.4.2 Argumento 2: Argumento Normativo:

El *retiro de la acusación* en la etapa de juicio ha sido regulado en el artículo 387.4 del CPP de la siguiente forma: a) El Juzgador, después de oír a los abogados de las demás partes, resolverá en la misma audiencia lo que corresponda o la suspenderá con tal fin por el término de dos días hábiles. b) Reabierta la audiencia, si el Juzgador está de acuerdo con el requerimiento del Fiscal, dictará *auto dando por retirada la acusación*, ordenará la libertad del imputado si estuviese preso y dispondrá el sobreseimiento definitivo de la causa. c) Si el

Juzgador *discrepa* del requerimiento del Fiscal, *elevará* los autos al Fiscal jerárquicamente superior para que decida, dentro del tercer día, si el Fiscal inferior mantiene la acusación o si debe proceder con arreglo al literal anterior. d) La decisión del Fiscal jerárquicamente superior *vincula* al Fiscal inferior y al Juzgador. Efectuada la contrastación del supuesto de hecho normativo del artículo 387.4 del CPP (retiro de la acusación en audiencia de juicio) con el supuesto de hecho del caso concreto (retiro de la acusación en audiencia preliminar), resulta evidente la semejanza esencial entre ambas, como presupuesto de habilitación del método de integración jurídica de la *analogía*.

4.4.3 Argumento 3: Argumento Jurisprudencial:

El Acuerdo Plenario N° 6-2009/CJ-116 ha establecido como doctrina legal, que: “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 los cinco elementos necesarios para la viabilidad de la acusación respecto a 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)”.

En el caso materia de análisis, la representante del Ministerio Público que sustentó oralmente la acusación, en vez de subsanar las omisiones formales modificó sustancialmente la acusación al sustituirla por un requerimiento de sobreseimiento; argumentando que el hecho objeto de la causa no podía ser atribuido al imputado (elemento fáctico) y que la acción penal había prescrito (presupuesto procesal vinculado a la vigencia de la acción penal).

Así también, los argumentos de que el representante del Ministerio Público en su condición de titular de la acción penal puede retractarse en la etapa intermedia de su decisión autónoma de acusar, mediante el retiro de la acusación, y que este desistimiento o abandono de la

pretensión penal, sería una facultad inherente al fiscal en función al principio acusatorio; no los compartimos, porque la actuación fiscal en el proceso penal no es ilimitada sino dentro del marco del debido proceso, por tanto, respetuosa de los principios de legalidad, interdicción de la arbitrariedad y otras garantías reconocidas en la Constitución, Ley Orgánica del Ministerio Público, CPP, Protocolos y Directivas del Ministerio Público.

Por tanto, si el fiscal –concluida la investigación preparatoria– decide acusar en el ejercicio del poder-deber del que se encuentra investido por tener el monopolio del ejercicio de la acción penal, en mi opinión, no cabe la posibilidad de que se desista o abandone la pretensión penal mediante el retiro de la acusación, porque: i) no existe base legal para dicho procedimiento en la etapa intermedia; y ii) en caso se advierta que los hechos imputados no pueden ser atribuidos al acusado o hayan prescrito, el juez de oficio se encuentra facultado para declarar el sobreseimiento del proceso (artículo 352.4 del CPP).

De lo que se infiere que todo requerimiento fiscal requiere necesariamente un control y pronunciamiento judicial y no como erróneamente se afirma que, el retiro de la acusación no podría ser materia de pronunciamiento judicial y que esta vincularía al juez porque no se le podría obligar al fiscal acusar. Un requerimiento fiscal que no tiene base legal en la etapa intermedia, no puede vincular al juez de garantías; por lo que si corresponde un pronunciamiento judicial declarando de plano improcedente el retiro de la acusación en la etapa intermedia, y esta decisión no puede entenderse como “obligar al fiscal a acusar” sino como el deber del juez de velar por el respeto del debido proceso.

Finalmente, el argumento de que la recepción del retiro de la acusación tendría la calidad de inimpugnable para el agraviado, porque en caso que el nuevo requerimiento de sobreseimiento le cause perjuicio, tendría el plazo de 10 días para formular oposición, y porque en caso que se dicte auto de sobreseimiento, tendría la facultad de impugnarlo; no resiste mayor análisis, porque aparte de afectar el principio de legalidad procesal, también

es contraria a los principios de celeridad y economía procesal. En efecto, la decisión judicial de declarar fundada el retiro de la acusación y ordenar la formación del cuaderno de sobreseimiento para correr traslado a los demás sujetos procesales por el plazo de diez días; prolonga innecesariamente la resolución del caso con mayores gastos para los sujetos procesales.

Además, el argumento de que el agraviado no podría impugnar la resolución que admite el retiro de la acusación, solo podría admitirse en el supuesto de que no se haya constituido en actor civil; de lo contrario tendría legitimidad para interponer recurso de apelación alegando gravamen irreparable, para que la Sala Penal de Apelaciones declare nula la resolución que admite el retiro de la acusación por inobservancia del debido proceso.

CONCLUSIONES

Primera: La facultad del fiscal de retirar la acusación contra el imputado se encuentra regulado para el Juzgamiento (última etapa del proceso penal) y no para la etapa intermedia. Además, requiere esta institución procesal requiere como presupuesto que se haya actuado todos los medios de prueba, y que estos hayan debilitado más allá de toda duda razonable y los cargos formulados contra el acusado.

Segunda: El retiro de la acusación en la etapa intermedia vulnera el debido proceso su vertiente de afectación del principio de legalidad procesal, porque somete a los sujetos procesales a un procedimiento distinto al establecido en el Código Procesal Penal. Además, este procedimiento promovería una mala práctica fiscal que repercutiría en el incremento innecesario de la carga procesal de los Juzgados de investigación preparatoria, porque los fiscales presentarían sus requerimientos de acusación sin analizar lo actuado en la investigación preparatoria, seguros de que el Juez les va a admitir el retiro de acusación sustituyéndolos por requerimientos de sobreseimiento.

Tercera: La solución ante la práctica del retiro de la acusación en la etapa intermedia, es que el fiscal encargado de la investigación o el que lo reemplaza en la audiencia de control de acusación, ante la verificación de que el hecho objeto de la causa no puede atribuírsele al imputado o que la acción penal ha prescrito, debe ratificarse en la acusación a fin de no vulnerar el principio de unidad que rige la actuación de los fiscales y solicitar al juez de la investigación preparatoria que declare de oficio el sobreseimiento del proceso.

RECOMENDACIONES

Primera: Recomendar a los Jueces de Investigación Preparatoria a que tengan en cuenta que la facultad del fiscal de retirar la acusación contra el imputado se encuentra regulado para el Juzgamiento y no para la etapa intermedia, cuanto vulnera el debido proceso su vertiente de afectación del principio de legalidad procesal, porque esta institución propia del juzgamiento y se sometería a un procedimiento no establecido en Ley.

Segunda: Recomendar a los Jueces de Investigación Preparatoria que frente a los casos de retiro de acusación en la etapa intermedia, se deberá llevar adelante la acusación y proceder a evaluar el sobreseimiento solicitado por el imputado o en todo caso declarar de oficio el sobreseimiento del proceso, en caso correspondan.

Tercera: Recomendar al Poder legislativo crear una norma en la que permita al fiscal retirar la acusación fiscal en la etapa intermedia del proceso penal, para no contravenir el debido proceso.

VII. Referencias Bibliográficas:

Bibliografía:

ARAZAMENDI LINO (2011). *La investigación Jurídica. Diseño del Proyecto de Investigación y Estructura y Redacción de la Tesis*. 2da. Ed. Editorial y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L. Lima.

ARAZI, Roland. *Medidas cautelares*. 2ª edición, Astrea, Buenos Aires, 2007.

ATIENZA, M. (1997). *Derecho y Argumentación*.: Ediciones Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

ATIENZA, MANUEL (2004). *Las razones del Derecho. Teoría de la Argumentación jurídica*. Editorial Palestra, Lima.

BACRE, Aldo. (2005) *Medidas cautelares: doctrina y jurisprudencia*. Ediciones La Rocca, Buenos Aires.

BARDALES OLGA (2004). *Violencia familiar y sexual: una aproximación desde las experiencias de mujeres víctimas*. Ediciones Jurídicas. Lima.

BARNER RADA (1998). *Violencia Familiar. Electrónica del Trabajador Social*. España.

BELLUSCIO, Claudio. (2006) *Prestación alimentaria*. Editorial Universidad, Buenos Aires.

BENAVIDES, Diego. "Tendencias del proceso familiar en América Latina". En: <http://www.indret.com/pdf/321_es.pdf>.

BENTHAM JEREMÍAS (1835). *Tratado de las Pruebas Judiciales*, elaborado de sus manuscritos por Esteban Dumont. Traducido por José Gómez de Castro. Imprenta de don Gómez Jordán, Madrid.

BRAMONT ARIAS TORRES, Luís Miguel (2008). *Manual de Derecho penal. Parte general*. EDDILI Editorial y Distribuidora de Libros S. A. Lima.

BROWN GUILLERMO (2004). *Derecho penal*. Editorial Nova. Buenos Aires.

BUSTAMANTE ALARCÓN REYNALDO. (2005). “Comentarios al inciso 10 del artículo 139 de la Constitución Política de 1993”. En: *La Constitución comentada*. Tomo II, Editorial Gaceta Jurídica. Lima.

BUSTOS RAMÍREZ JUAN. MANUAL (1991). *Derecho Penal Español*. Editorial Ariel. España.

CAFFERATA NORES JOSÉ (2000). *La prueba en el proceso penal*. 4ª edición, de palma, Buenos Aires.

CUBAS VILLANUEVA VÍCTOR (2016). *El nuevo proceso penal peruano*. Palestra Editores Lima.

ENRIQUE PALACIO LINO. (2000). *La prueba en el proceso penal*. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

FALCÓN ENRIQUE M. (2003), *Tratado de la Prueba*. Tomo I. Ediciones Astrea, Buenos Aires.

FALCÓN, Enrique. *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Tomo IV: Sistemas cautelares. Medidas cautelares. Tutela anticipada. Rubinzal - Culzoni Editores, Buenos Aires, 2006.

FERRAJOLI, Luigi (2001). *Derecho y Razón Teoría del garantismo penal* Editorial Trotta, Madrid.

FERREYRA, Angelica. “El proceso de familia. Principios que lo rigen”. En:
<http://www.aadproc.org.ar/pdfs/ponencias/Proceso_de_Familia_delaRua.pdf>.

GROSMAN CECILIA & MESTERMAN SILVIA (2005). *Violencia Familiar*. Buenos Aires: Universidad.

GUAHNON, Silvia. (2007) *Medidas cautelares en el Derecho de Familia*. Ediciones La Rocca, Buenos Aires.

HERNÁNDEZ MIRANDA EDITH y OTROS (2004). *La Prueba en el Código Procesal Penal de 2004*. Editorial Gacetas Penal & Procesal Penal. Lima.

HERNANDEZ SAMPIERI ROBERTO; FERNÁNDEZ COLLADO, CARLOS; BAPTISTA LUCIO, PILAR (2005). *Metodología de la Investigación*. Mc Graw Hill, México.

HURTADO POZO JOSÉ (2005). *Manual de Derecho Penal. Parte General I*. 3ª edición, Grijley, Lima.

HURTADO POZO, José. “*Derecho Penal y diferencias culturales: perspectiva general sobre la situación en el Perú*”. En:
<http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2012_05.pdf>.

INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL DEL MINISTERIO PÚBLICO (2011), *Guía de valoración del daño psíquico en víctimas adultas de violencia familiar, sexual, tortura y otras formas de violencia intencional*. Lima.

Internet

KIELMANOVICH, Jorge L. *Derecho Procesal de Familia*. 3ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009.

LEVENE RICARDO (1993), *Manual de derecho procesal penal*. Tomo II. Editorial: Depalma. Buenos Aires.

LIFANTE, Isabel. Interpretación jurídica y teoría del Derecho. Palestra, Lima, 2010.

MARTÍNEZ BOTOS, Raúl. Medidas cautelares. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1994.

MONROY GÁLVEZ, Juan F. Teoría general del proceso. Palestra, Lima, 2007.

MONROY, Juan. Bases para la formación de una teoría cautelar. Comunidad, Lima, 2002.

MOVIMIENTO MANUELA RAMOS Y CENTRO DE LA MUJER PERUANA FLORA TRISTÁN (2005), *Manual sobre Violencia Familiar y Sexual*. (lima: Mov. Manuela Ramos, 2005),

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO (1989). Teoría general del delito. 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia.

NOVELLINO, Norberto José. Embargo y desembargo y demás medidas cautelares. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983,

ORTELLS RAMOS, Manuel. Derecho Procesal Civil. Thomson Arazandi, Navarra, 2002.

ORTIZ, Oscar. Medidas cautelares en violencia familiar. Teoría y práctica. Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 2014.

PALACIO, Lino. Derecho Procesal Civil. Procesos cautelares y voluntarios. Tomo VIII, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992.

PEÑA CABRERA RAÚL (1990). *Tratado de Derecho Penal. Estudio programático de la Parte General*. 3ª edición, Grijley, Lima.

PODETTI, J. Ramiro. *Tratado de las medidas cautelares*. Tomo IV, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1956.

PRIETO SANCHÍS LUIS (2007). *La Filosofía Penal de la Ilustración*. Palestra Editores. Lima.

RAMOS NUÑEZ CARLOS. (2001) *Cómo hacer una tesis y no envejecer en el intento*. Editorial Grijley, Lima.

RIVAS, Adolfo. *Las medidas cautelares en el proceso civil peruano*. Rhodas, Lima, 2000,

ROXIN CLAUS (2000), *Derecho Procesal Penal*. Editores del Puerto. Buenos Aires.

RUIZ RICARDO, *La Violencia Familiar y los Derechos Humanos*, (México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos México, 2002).

SÁNCHEZ VELARDE PABLO. (2004) *Manual de Derecho Procesal Penal*. Editorial Idemsa. Lima,

SOTELO, Helena. *Las medidas provisionales en los procesos de familia*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

VARSÍ, Enrique. *Tratado de Derecho de Familia*. Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2011.

VESCOVI, Enrique. *Teoría general del proceso*. Temis, Bogotá, 1999.

ZELAYARAN DURAN MAURO (2007). *Metodología de la Investigación Jurídica*. Ediciones Jurídicas, Lima.

Hemerografía:

- CUBAS VILLANUEVA VICTOR; Instituto de Defensa Legal, El Nuevo Código Procesal: Revolución Penal. 2004.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, La Etapa Intermedia en el Código Procesal Penal de 2004, en Rev. Actualidad Jurídica: Lima. 2006.
- PEÑA GONZALES, Oscar; Técnicas de Litigación Oral; 1ra edición; Editorial APECC; 2008; Lima Perú.
- ROSAS YATACO, Jorge. Derecho Procesal Penal. Jurista Editores: Lima-Perú. 2005.
- SANCHEZ VELARDE, Pablo. El Nuevo Proceso Penal. Idemsa: Lima Perú. 2009.
- SAN MARTIN CASTRO, César; Derecho Procesal Penal; 2da Edición; Editora Jurídica GRIJLEY; 2006; Lima Perú.
- TALAVERA ELGUERA, Pablo. Comentarios al Nuevo Código Procesal Penal, Editora Jurídica Grijley: Perú. 2004.
- Manual de Habilidades comunicativas del Defensor, Dirección Nacional de Defensoría Pública Unidad de Capacitación de Colombia, Impresión Ingeniería Gráfica, Primera edición, República de Colombia, Bogotá, septiembre de 2005, p. 36.
- Francesc Borrell, "Comunicar bien para dirigir mejor", Ed. Gestión 2000, p. 78

VIII. Anexos

1-A MATRIZ DE CONSISTENCIA:

TÍTULO: EL RETIRO DE LA ACUSACIÓN EN LA ETAPA INTERMEDIA DEL PROCESO PENAL Y LA AFECTACIÓN AL DEBIDO PROCESO EN EL PERU – AÑO 2017.					
PROBLEMAS	OBJETIVOS	HIPOTESIS	VARIABLES E INDICADORES	MARCO TEORICO	METODOLOGÍA
General	General	General	VARIABLES DE LA HIPOTESIS GENERAL	<u>SUMARIO</u>	TIPO: Enfoque cuantitativo: toda vez que se realizara una investigación Empírica - Jurídica
¿Cuál es la afectación al derecho fundamental del debido proceso mediante el retiro de la acusación fiscal, en la etapa intermedia del proceso penal peruano?	Describir cuál es la afectación al derecho fundamental del debido proceso mediante el retiro de la acusación fiscal, en la etapa intermedia del proceso penal peruano.	La afectación al derecho fundamental del debido proceso mediante el retiro de la acusación fiscal, es por el desvío del procedimiento previamente preestablecido.	<p><u>Variable independiente (i)</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Retiro de Acusación Fiscal <p>Indicadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> • En la etapa intermedia • En la etapa de Juzgamiento <p><u>Variable Dependiente (i)</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Debido Proceso 	I.- El Proceso Penal II.- Etapas del Proceso Penal III.- La acusación fiscal IV.- El retiro de la acusación V.- Debido Proceso VI.- Principio de legalidad VII.- Principio de unidad VIII.- El sobreseimiento	<p>NIVEL: DESCRIPTIVO</p> <p>DISEÑO: NO EXPERIMENTAL LONGITUDINAL</p> <p>METODOS:</p>

			<p>Indicadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Derecho al Juez natural • Derecho a la defensa • Derecho a la pluralidad de instancias • Derecho al acceso a los recursos • Derecho a Probar • Derecho al plazo razonable 	<p>Los métodos generales de Investigación a emplearse serán:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Método Descriptivo • El método Inductivo <p>Los métodos específicos a emplea en la investigación serán:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Método Dogmático: • Método Hermenéutico • Método Exegético • Método de la Argumentación Jurídica <p>TECNICAS E</p> <p>INSTRUMENTOS:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Fichajes • Cuestionario estructurado. • Ficha de análisis documental.
Específico 1	Específico 1	Específico 1	<p>Variables de las Hipótesis Específicas</p>	
¿Cómo el retiro de la acusación fiscal, en la etapa intermedia del proceso penal peruano, vulneran principios del Ministerio Público y	Analizar cómo el retiro de la acusación fiscal, en la etapa intermedia del proceso penal peruano, vulneran principios del Ministerio Público y genera responsabilidad funcional en el	El retiro de la acusación fiscal, en la etapa intermedia del proceso penal peruano, generan responsabilidad funcional en el representante del Ministerio y es	<p>Específica 1</p> <p><u>Variable independiente (i)</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Retiro de Acusación Fiscal <p>Indicadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> • En la etapa intermedia 	

<p>genera responsabilidad funcional en el representante del Ministerio Público?</p>	<p>representante del Ministerio Público</p>	<p>que vulneran principios de unidad y legalidad.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • En la etapa de Juzgamiento <p><u>Variable Dependiente (i)</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Principio de Unidad <p>Indicadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> • La Constitución • Ley Orgánica del Ministerio Público. • Código Procesal Penal <p><u>Variable Dependiente (ii)</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Principio de legalidad <p>Indicadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Material • Procesal 		
<p>Específico 2</p>	<p>Específico 2</p>	<p>Específico 2</p>	<p>Específica 2</p>		

<p>¿Cuál es el vacío que existe para afrontar en el procedimiento que se debe otorgarse al retiro de la acusación fiscal, en la etapa intermedia en el proceso penal peruano?</p>	<p>Exponer cuál es el vacío en el procedimiento que debe otorgarse al retiro de la acusación fiscal, en la etapa intermedia en el proceso penal peruano.</p>	<p>El vacío que existe para afrontar el procedimiento frente al retiro de la acusación fiscal, en la etapa intermedia se podrá suplir mediante el control que realiza el Juez de investigación prepararía en esta etapa y si corresponde se emitirá el sobreseimiento de oficio.</p>	<p><u>Variable independiente (i)</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Retiro de Acusación Fiscal <p>Indicadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> • En la etapa intermedia • En la etapa de Juzgamiento <p><u>Variable Dependiente (i)</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Sobreseimiento <p>Indicadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Por Pedido de Parte • De Oficio. 		
---	--	--	--	--	--