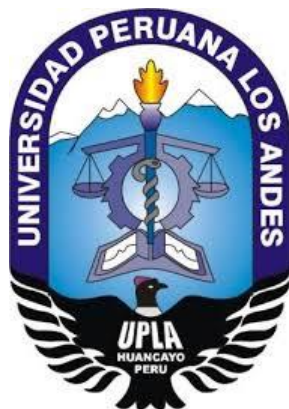


UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



TESIS

TITULO : LA DESVINCULACIÓN PROCESAL DE LA ACUSACIÓN FISCAL EN EL JUICIO ORAL Y EL SISTEMA PROCESAL EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2004

PARA OPTAR : EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO

AUTORES : PALOMINO DOMÍNGUEZ ANA MARIA
POMA CUNYAS MELINA ZENAIDA

ASESOR : MG. RAUL MARINO PALOMINO AMARO

LÍNEA DE INV. INSTITUCIONAL: DERECHOS HUMANOS

LÍNEA DE INV. POR PROGRAMA DE ESTUDIO: DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

FECHA DE INICIO Y CULMINACIÓN: NOVIEMBRE 2019 A AGOSTO 2020

HUANCAYO – PERU 2020

*A Dios, nuestros
padres y familiares.*

AGRADECIMIENTO

- Agradecemos a nuestro asesor el Mag. Raúl Marino Palomino Amaro, por brindarnos su ayuda en todo el aspecto temático de nuestra investigación, por facilitarnos libros y artículos pertinentes para el desarrollo de la presente tesis.
- Agradecemos a nuestros padres por el esfuerzo que han realizado a lo largo de nuestra carrera universitaria para poder brindarnos una educación que nos servirá a futuro.
- Agradecemos a la Biblioteca de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Peruana Los Andes por facilitarnos parte del material que utilizamos para el desarrollo y análisis de la presente tesis.

ÍNDICE

	<i>Pag.</i>
DEDICATORIA	2
AGRADECIMIENTO	3
INDICE	4
RESUMEN	8
ABSTRACT	9
INTRODUCCIÓN	10
CAPITULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	12
1.1.DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA	12
1.2.DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA	15
1.2.1.Delimitación espacial	15
1.2.2.Delimitación temporal	15
1.2.3.Delimitación conceptual	15
1.3.FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	16
1.3.1.Problema general	16
1.3.2.Problemas específicos	16
1.4.OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	16
1.4.1.Objetivo general	16
1.4.2.Objetivos específicos	16
1.5.JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	17
1.5.1.Justificación social	17
1.5.2.Justificación científica-teórica	17
1.6.MARCO TEÓRICO	18

1.6.1. Antecedentes de la investigación	18
1.6.1.1. Internacionales	18
1.6.1.2. Nacionales	19
1.6.1.3. Locales	28
1.6.2. Bases teóricas de la investigación	28
1.6.2.1. Desvinculación	28
1.6.2.1.1. Origen	28
1.6.2.1.2. Conceptualización	30
1.6.2.1.3. Semejanzas y diferencia con otras instituciones procesales	32
1.6.2.1.4. Requisitos	35
1.6.2.1.5. Oportunidad y procedibilidad	42
1.6.2.1.6. Acuerdo Plenario y Casación	43
1.6.2.1.7. Acusación complementaria	46
1.6.2.2. Proceso Penal Peruano	48
1.6.2.2.1. Sistemas procesales	48
1.6.2.2.2. Principios del proceso penal peruano	67
1.6.3. Definición de conceptos	83
1.7. HIPÓTESIS Y VARIABLES	85
1.7.1. Hipótesis general	85
1.7.2. Hipótesis específicas	86
1.7.3. Variables	86
1.7.3.1. Variable independiente	86
1.7.3.2. Variable dependiente	86
1.8. OPERALIZACIÓN DE VARIABLES	86

CAPITULO II: METODOLOGÍA	87
2.1. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN	87
2.1.1. Métodos generales	87
2.1.1.1. Método hermenéutico	87
2.1.1.2. Método de análisis – síntesis	88
2.1.1.3. Método dogmático	89
2.1.1.4. Método explicativo	89
2.1.2. Métodos específicos	90
2.1.2.1. Método hermenéutico jurídico	90
2.2. TIPO DE INVESTIGACIÓN	91
2.2.1. Investigación básica	91
2.2.2. Investigación jurídica	91
2.2.3. Investigación propositiva	92
2.3. NIVEL DE INVESTIGACIÓN	92
2.3.1. Nivel explicativo	92
2.4. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN	93
2.4.1. Explicativo	93
2.5. POBLACIÓN Y MUESTRA	94
2.6. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS	94
2.6.1. Técnicas de recolección de datos	94
2.6.2. Instrumentos de recolección de datos	95
2.7. PROCEDIMIENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS	95
2.8. TÉCNICAS DE PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS	96
CAPÍTULO III: LA DESVINCULACIÓN PROCESAL FRENTE AL SISTEMA PROCESAL PENAL PERUANO	97

3.1. LA CALIFICACIÓN DE LOS HECHOS POR PARTE DEL JUEZ Y EL PRINCIPIO ACUSATORIO	97
3.2. LA CALIFICACIÓN DE LOS HECHOS POR PARTE DEL JUEZ Y EL DERECHO DE DEFENSA	102
3.3. LA SEPARACIÓN DE LA ACUSACIÓN FISCAL Y EL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD	104
3.4. DEFICIENCIAS DEL ACUERDO PLENARIO N° 04-2007/CJ-116 Y DE LA CASACIÓN N° 659-2014-PUNO	105
CAPITULO IV: PROPUESTA	110
CONCLUSIONES	112
RECOMENDACIONES	114
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	115
ANEXOS	119
- Matriz de consistencia	120

RESUMEN

La presente tesis tiene como **pregunta general** de investigación: ¿De qué manera la desvinculación procesal en el juicio oral afecta al sistema procesal del Código Procesal Penal de 2004, desde un aspecto teórico?, como **objetivo general**: Determinar de qué manera la desvinculación procesal en el juicio oral afecta al sistema procesal del Código Procesal Penal de 2004, desde un aspecto teórico?, y como **hipótesis general**: “La desvinculación procesal afecta al sistema procesal del Código Procesal Penal de 2004 al no respetar los principios, garantías, y derechos consagrados en la Constitución, desde un aspecto teórico”; esto se manifiesta debido a que el juez al momento de desvincularse de la acusación fiscal trasgrede principios, garantías y derechos, tales como el principio acusatorio, derecho de defensa, principio de imparcialidad, principio de igualdad procesal, entre otros, por lo que dicha institución jurídica no guarda relación con el Sistema Acusatorio Garantista con rasgos adversariales adoptado por el Código Procesal Penal de 2004; por ello es que nuestra investigación guarda un **método de investigación** de corte jurídico dogmático, hermenéutico y de análisis-síntesis, asimismo presenta un tipo de investigación básico, jurídica y propositiva, con un nivel explicativo y un diseño explicativo, por tal motivo es que la investigación utiliza la técnica del análisis documentario y como el instrumento de recolección de datos las fichas textuales y de resumen de libros recopilados con información relevante y actualizada.

Palabras claves: - Desvinculación procesal
 - Sistema Procesal

ABSTRACT

The present investigation has like **general investigative question:** How the procedural separation in the oral proceeding subject to the procedural system of the Penal Code Of Procedure of 2004, from a theoretic aspect?, Like **objective general:** Determining how the procedural separation in the oral proceeding subject to the procedural system of the Penal Code Of Procedure of 2004, from a theoretic aspect? And like **general hypothesis:** “The procedural separation subject to the procedural system of the Penal Code Of Procedure of 2004 to not to respect them principles, guarantees, and rights stipulated in the Constitution, from a theoretic aspect ”; This manifests itself because the judge at the moment of separating of the accusation transgrede principles, guarantees and rights, such like accusatory principle, defensive right, principle of impartiality, procedural principle of equality before the law, among others; For what the this juridical institution does not save relation with the Sistema Acusatorio Garantista with features adversariales adopted by the Penal Code Of Procedure of 2004; For it our investigation has a **method of investigation** juridical dogmatist, hermeneutical and of analysis synthesis; In the same way present a kind of investigation basic, juridical and pro-positive; With an explanatory stage and an explanatory design; For it investigation uses the technique of the analysis documentary and like the collecting instrument of data the textual index cards and abstracting of books compiled with outstanding and current information.

Keywords: Procedural separation
Procedural system

INTRODUCCIÓN

Uno de los grandes problemas que se advierte en el Código Procesal Penal de 2004, es la persistencia de instituciones jurídicas propias de un sistema inquisitivo –tal es el caso de la *Desvinculación*–; lo cual conlleva a transgredir derechos, garantías y principios consagrados en la Constitución y Tratados Internacionales.

En tal sentido, la presente investigación tiene como objetivo determinar de qué manera la desvinculación procesal en el juicio oral afecta al sistema procesal del Código Procesal Penal de 2004; puesto que en la actualidad dicha institución es aplicada por los jueces frente a la inadecuada imputación formulada por el Ministerio Público.

Asimismo, la presente investigación está compuesto por cuatro capítulos, los cuales explicaremos a grandes rasgos su contenido. El **PRIMER CAPÍTULO** se denomina **PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**, en el cual se ha abarcado la descripción de la realidad problemática, la delimitación, justificación, la formulación del problema – por lo que se tiene como problema general lo siguiente: ¿De qué manera la desvinculación procesal en el juicio oral afecta al sistema procesal del Código Procesal Penal de 2004, desde un aspecto teórico?, con ello se pretende determinar que la aplicación de la tesis de la desvinculación por parte del juez trasgrede significativamente y se desvirtúa el sistema procesal planteado en Código Procesal Penal de 2004.

Por otra parte se desarrolla las bases teóricas y antecedentes de la investigación tanto nacionales como internacionales, los cuales dan sustento a nuestra investigación, ya

que, algunos de los autores señalan que la figura de la desvinculación si bien a un inicio fue instaurada en el proceso penal, ello fue solo por una razón –*la deficiente labor que realizaban los fiscales-*, pero ahora, en nuestro sistema procesal actual, no tiene razón de ser; ya que, todo el proceso penal está regulado en base a plazos los cuales le permite al fiscal cumplir adecuadamente su misión, es decir tiene el tiempo necesario para formular una adecuada imputación.

El **SEGUNDO CAPÍTULO** abarca la metodología de investigación que se ha utilizado para la recolección de datos, así como para su sistematización, incluyendo los medios para elaborar la presente tesis.

En el **TERCER CAPÍTULO** hemos efectuado un análisis en relación a la desvinculación frente a algunos principios del sistema procesal penal peruano, así como un análisis de la congruencia de la aplicación del Acuerdo Plenario N° 004-2007/CJ-116 y de la Casación N° 659-2014-Puno, a la luz del sistema acusatorio garantista con rasgos adversariales.

En el **CUARTO CAPÍTULO** se ha planteado una propuesta de solución frente a la problemática desarrollada, con el fin de contribuir a una mejor aplicación y protección de principios, garantías y derechos en el desarrollo del proceso penal.

Las autoras

CAPÍTULO I:

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA

Con el Código Procesal Penal de 2004, el legislador optó por acoger para el proceso penal peruano un sistema acusatorio garantista con rasgos adversariales; el cual se funda en el respeto de garantías mínimas (principios). Por ende, todo proceso penal se rige por principios, garantías y derechos consagrados en la Constitución. Lo que conlleva a que toda institución, figura y presupuesto que se da dentro del proceso guarde concordancia con lo previsto en la Constitución, y del mismo modo con los Tratados Internacionales.

Para poder comprender mejor la temática de nuestra investigación es necesario definir qué se entiende por sistema procesal y por desvinculación

procesal. El sistema procesal se puede definir como “(...) el conjunto de principios e instituciones que configuran una determinada manera de concebir el proceso (...)” (Salas, 2011, p.9). Y por otra parte, la institución de la desvinculación procesal se puede definir como aquella facultad, mediante la cual, el Órgano Jurisdiccional modifica la calificación jurídica que se haya establecido a un inicio en la acusación fiscal. (Nakazaki, 2017, p. 500)

El Código Procesal Penal de 2004 concedió al juzgador la facultad de desvincularse de la acusación fiscal durante la etapa de juicio oral, antes de la culminación de la actividad probatoria, permitiéndole modificar la calificación jurídica de los hechos materia de juzgamiento. Al ocurrir esto en juicio, se está generando una incertidumbre al imputado, ya que tendrá que defenderse de dos acusaciones, es decir, una acusación por parte del juez y una por parte del fiscal. Así también, se genera inseguridad dentro del proceso penal al no existir una separación adecuada de los roles y funciones que desarrolla el juez y el fiscal, vulnerando así principios y garantías constitucionales que rigen en el sistema procesal penal peruano. Por ello, nos preguntamos si la institución de la desvinculación procesal, realizada por el juzgador, se encuentra conforme al sistema acusatorio garantista con rasgos adversariales adoptado por nuestro Código Procesal Penal de 2004.

Respecto a investigaciones que abarquen el tema de sistemas procesales tenemos a la investigación de Quiroz Castro titulada “El principio de congruencia y su relación con la acusación y la sentencia”, donde se señala la importancia de la observancia de los principios dentro de todo proceso; asimismo se encuentra la

investigación de Burgos Mariños titulada “El proceso penal peruano: una investigación sobre su constitucionalidad” donde realiza un análisis de la constitucionalidad del proceso penal peruano. Asimismo, respecto a la institución de la desvinculación procesal tenemos la investigación realizada por Quiroz Morales, titulada “Hacia la justificación constitucional de la figura de la desvinculación en el proceso penal” y el artículo realizado por Calderón Valverde titulado “Algunos comentarios a la desvinculación procesal en el CPP del 2004” donde se realiza un estudio de esta institución jurídica.

Frente a ello, hemos advertido que se ha realizado investigaciones que abarcan separadamente a estos dos temas para poder determinar su concordancia o no con la Constitución. Sin embargo, no se ha analizado la relación de la desvinculación procesal y el sistema procesal penal consagrado desde la Constitución, ni tampoco se ha analizado si esta institución jurídica encuentra cabida o no en el sistema procesal penal peruano, es decir no se ha analizado y confrontado la naturaleza, presupuestos y procedimiento de la desvinculación procesal con los principios, derechos y garantías del sistema procesal adoptado por el Código Procesal Penal 2004, a la luz de nuestra Constitución y Tratados Internacionales.

Por todo lo señalado anteriormente, en el presente trabajo de investigación se tiene como problema general: ¿De qué manera la desvinculación procesal en el juicio oral afecta al sistema procesal del Código Procesal Penal de 2004, desde un aspecto teórico?

1.2. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA

1.2.1. Delimitación espacial

Al ser un trabajo dogmático jurídico penal, donde realizamos el análisis de la institución jurídica de la Desvinculación Procesal prevista en el artículo 374 inciso 1 del Código Procesal Penal del 2004 y de jurisprudencia nacional relacionada a este dispositivo legal; que se encuentra vigente a nivel nacional; en mérito de ello la presente investigación se desarrolla dentro del Sistema Jurídico Peruano.

1.2.2. Delimitación temporal

El presente trabajo al ser una investigación dogmático jurídico penal, se analiza los dispositivos legales vigentes en nuestro sistema jurídico, así como la doctrina y jurisprudencia actual; de tal manera que la presente investigación su temporalidad es vigente hasta la fecha de la sustentación.

1.2.3. Delimitación conceptual

Las bases teóricas que brindan consistencia y soporte a la investigación comprenden de los siguientes supuestos: desvinculación procesal, sistemas procesales, proceso penal, principio acusatorio, principio de imparcialidad, derecho de defensa, principio de congruencia, sujetos procesales, entre otros.

1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

1.3.1. Problema general

- ¿De qué manera la desvinculación procesal en el juicio oral afecta al sistema procesal del Código Procesal Penal de 2004, desde un aspecto teórico?

1.3.2. Problemas específicos

1. ¿De qué manera la calificación de los hechos por parte del juez incide en el principio acusatorio, desde un aspecto teórico?
2. ¿Cómo la calificación de los hechos por parte del juez vulnera al derecho de defensa, desde un aspecto teórico?
3. ¿De qué manera la separación de la acusación fiscal incide en el principio de imparcialidad, desde un aspecto teórico?

1.4. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.4.1. Objetivo general

- Determinar de qué manera la desvinculación de la acusación fiscal por parte del juez afecta al sistema acusatorio garantista adoptado por el Código Procesal Penal de 2004, desde un aspecto teórico.

1.4.2. Objetivos específicos

1. Determinar de qué manera la calificación de los hechos por parte del juez incide en el principio acusatorio, desde un aspecto teórico.
2. Determinar como la calificación de los hechos por parte del juez vulnera al derecho de defensa, desde un aspecto teórico.

3. Determinar de qué manera la separación de la acusación fiscal incide en el principio de imparcialidad, desde un aspecto teórico.

1.5. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

1.5.1. Justificación social

La presente investigación contribuye en brindar seguridad jurídica al acusado dentro de un proceso penal, ya que analiza la institución de la desvinculación procesal dentro de los parámetros del sistema procesal penal peruano, teniendo en cuenta las garantías, principios y derechos que obran a favor de todo procesado a partir de la Constitución.

1.5.2. Justificación científica-teórica

La presente investigación contribuye a la Teoría General del Proceso, más específicamente a las instituciones, principios y/o conceptos del proceso penal; ya que clarifica y dilucida ambigüedades e inconsistencias de la Desvinculación Procesal frente al sistema procesal; y por ende propone mejoras para el proceso penal peruano.

Asimismo, la presente investigación contribuye a los operadores del derecho en el marco de un proceso penal; más específicamente, aporta a la Defensa Técnica al brindarle estrategias de defensa frente a la desvinculación realizada por el juez de juzgamiento de la calificación jurídica planteada por la Fiscalía.

Del mismo modo aporta tanto al Ministerio Público como al Juez de Juzgamiento, delimitando y reforzando sus roles originales de acusador y juzgador, respectivamente, dentro del juicio oral.

1.6.- MARCO TEÓRICO

1.6.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

1.6.1.1. Internacionales

Quiroz Castro, CE. El principio de congruencia y su relación con la acusación y la sentencia. [Tesis Postgrado] referencia para optar el grado académico de magister en derecho procesal. Universidad Andina Simón Bolívar. Loja-Ecuador. 2013; llego a las siguientes conclusiones

“Los ordenamientos jurídicos al igual que los sistemas procesales de todos los Estados democráticos se rigen por diferentes principios o máximas jurídicas, cuyo propósito es guiar, organizar o limitar las actuaciones de las autoridades, de los juzgadores, de los sujetos, de las personas en general; tienen su fundamento en consideraciones morales y éticas inherentes a la idiosincrasia de cada pueblo, es decir, a lo que se considera bueno o malo, a lo permitido y no permitido, a lo aceptado y no aceptado.

(...)

Durante el desarrollo del proceso es necesario que los sujetos procesales (juez, acusado, fiscal, acusador particular) ciñan sus actuaciones a lo prescrito por el derecho formal y por el derecho material. La interacción y aplicación correcta de los principios en un proceso, garantiza el ejercicio del debido proceso y conlleva

ineludiblemente al dictamen de una sentencia congruente.” (2013. p. 91)

La primera y tercera conclusión se relaciona con nuestro problema de investigación al establecer que todos los sistemas jurídicos se rigen por principios o máximas jurídicas que orientan la actuación de los sujetos procesales dentro de un proceso, incidiendo así, en la importancia de observar estos principios para garantizar el ejercicio del debido proceso y una futura sentencia congruente.

1.6.1.2. Nacionales

Burgos Mariños, V. El proceso penal peruano: una investigación sobre su constitucionalidad. [Tesis Postgrado] referencia para optar el grado académico de magister en ciencias penales. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima. 2002; llego a las siguientes conclusiones:

“9) el derecho a ser emplazado y a conocer la imputación oportunamente se vulnera sistemáticamente en nuestro proceso penal, pues la mayoría de veces se hace uso de meros formalismos para emplazar al imputado, cuando en no pocos otros casos, simplemente no se realiza. Esto genera una violación al derecho de defensa, y específicamente al derecho de conocer la imputación que se le hace. Ha pasado en muchos casos, además de las otras violaciones constitucionales, que el procesado recién se entera de la imputación luego que ha sido detenido y antes que se le dicte sentencia, reduciendo así la posibilidad de su defensa” (p.267)

El tipo de investigación realizada en esta tesis es una investigación básica; por el objeto de estudio, una investigación jurídico formal; por el diseño de contrastación, una investigación descriptiva y por el material a emplear una investigación bibliográfica. Los instrumentos utilizados fueron: apuntes y ficha textuales, de resumen, de comentario, etc.

La conclusión 9 se relaciona con nuestro problema de investigación al establecer que en nuestro proceso penal se está vulnerando sistemáticamente el derecho del procesado a conocer la imputación en su contra, más específicamente su derecho de defensa, ello porque se hace uso de mecanismos meramente formales (entre ellos el traslado a los sujetos procesales de la tesis de desvinculación que el juez realiza) para emplazar al imputado y hacerle de conocimiento la imputación en su contra; lo cual genera una indefensión del acusado y así mismo reduce la posibilidades de contradecir aquella tesis formulada por el juez, lo cual conllevaría a la vulneración del derecho de defensa.

Quiroz Morales, W A. Hacia la justificación constitucional de la figura de la desvinculación en el proceso penal; [Tesis Postgrado] referencia para optar el grado de segunda especialidad en Derecho Procesal. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. 2017; llego a las siguientes conclusiones:

“(...) • La protección de los derechos fundamentales y las garantías procesales del imputado recogidos en ella

[constitución] es una exigencia de parte de los operadores judiciales y fiscales. En ese sentido, no existe justificación constitucional para que exista la figura de la desvinculación en el modelo actual del proceso penal ya que se contravienen los derechos y las garantías procesales del imputado.

- *No existe una doctrina uniforme respecto a la figura de la desvinculación en el proceso penal. Por un lado, existen quienes establecen que es necesario porque la finalidad del proceso penal es la no impunidad del hecho, la búsqueda de la verdad y la satisfacción de la víctima. Por otro lado, hay quienes sostienen que ello puede ser correcto, pero también hacen mención a que las fallas de parte del órgano acusador no pueden recaer en el procesado. En ese sentido, sería injusto que se le condene a un imputado cuando no se realizó una adecuada imputación porque hubo una deficiente investigación de parte del fiscal.*

- *Es cierto que existen pronunciamientos de los tribunales a favor de la aplicación de la desvinculación procesal; sin embargo, el derecho humano es caracterizado por ser evolutivo y, en función de ello, los argumentos emitidos dichos órganos judiciales deben cambiar conforme a la globalización, la contextualización y el garantismo de los derechos humanos que se predica tanto a nivel mundial.*

- *En el pasado, la razón de existencia de la figura de la desvinculación en el proceso penal fue la ineficacia y la deficiencia de parte del Ministerio Público al momento de atribuir una*

adecuada imputación. Quizás, pueda existir complejidad en el caso; empero, actualmente, existen plazos de investigación en los cuales el fiscal puede cumplir adecuadamente su misión. Los tiempos han cambiado y, hoy en día, ya no existe el rasgo característico del proceso penal antiguo: el inquisitivismo.

(...)

(...)

- *En el marco del Estado Constitucional de Derecho y con el Nuevo Código Procesal Penal, el rol del juez ha variado de modo que su nueva función es la de dirigir el debate y, de acuerdo a lo establecido en la Casación N° 328-2012-Ica, el juez debe ser garantista de los derechos fundamentales del procesado.*

- *En la “construcción del caso”, el juez formula problemas y busca respuestas, procediendo por grados, por hipótesis y controles en el análisis de los hechos, de las normas y de sus posibles conexiones. Durante todo el proceso de dicha construcción, en el proceso penal acusatorio y garantista, ningún juez podrá intervenir de oficio ya que ello implica una ruptura del principio de igualdad de armas entre las partes procesales.*

- *El Ministerio Público, en virtud de la imputación necesaria y del principio acusatorio, cumple un rol importante dado que la imputación de cargos no sólo tiene que contener la descripción de la conducta atribuida, las circunstancias de la conducta, el grado de intervención atribuida, el aparato probatorio, la calificación jurídica sino que, además, establecerá la distinción entre los*

autores que ostentan el dominio del hecho o infringen el deber institucional y los partícipes, cómplices o instigadores que lesionan el bien jurídico de modo accesorio. En otras palabras, para una apropiada imputación, es menester que el órgano acusador sea eficaz y diligente porque el relato fáctico no debe tener inexactitud ni desorden de la acción u omisión que se atribuye al imputado y, además, se debe señalar las circunstancias de modo, tiempo y lugar que lo ubiquen en el mundo de los hechos. Recordemos que la figura de la desvinculación procesal aparece dados los constantes errores de parte del órgano acusador.”
(pp.28-30.)

La segunda conclusión a la que arribo el tesista contribuye a nuestro problema de investigación debido a que establece que la desvinculación procesal no cuenta con una justificación constitucional que la ampare en el modelo actual del proceso penal.

La tercera y cuarta conclusión aporta a nuestra investigación al establecer que respecto a la existencia de la desvinculación por parte del juez dentro de un proceso penal se tiene posturas dentro de la doctrina como de la jurisprudencia tanto a favor como en contra.

La quinta conclusión aporta a nuestro problema de investigación ya que establece que dentro del proceso penal antiguo, el cual adoptaba un sistema inquisitivo, anteriormente era necesaria la existencia de la

institución de la desvinculación; ello por la ineficacia y deficiencia del Ministerio Público.

La octava, novena y décima conclusión contribuyen a nuestra investigación al delimitar el rol que ejerce el juez y el representante del Ministerio Público dentro de un juicio oral; incidiendo en que las responsabilidades que poseen estos persiguen fines notablemente diferentes.

Ccasa Ccuno, GL. Necesidad de la aplicación de la cesura de juicio oral como mecanismo procesal para optimizar los derechos constitucionales en el proceso penal en el Perú durante los años 2013-2014. [Tesis Pregrado] referencia para optar el título profesional de abogado. Universidad Nacional de San Agustín. Arequipa. 2015; llegó a las siguientes conclusiones

“Queda comprobado que el nuevo proceso penal en el Perú exige la optimización de los derechos constitucionales para ello en cada fase la regla debe ser protección de los derechos del imputado y su restricción como excepción cuando el caso concreto lo amerite.” (2015. p. 181.)

La primera conclusión a la que llega la tesista se relaciona con nuestro problema de investigación al establecer que el proceso penal peruano actual optimiza el respeto a los derechos constitucionales en

cualquier etapa del proceso, por lo que la protección de los derechos del imputado se convierte en observancia obligatoria.

Calderón Valverde L. Algunos comentarios a la desvinculación procesal en el CPP del 2004. Un análisis a partir de su evolución normativa; artículo publicado en la revista Gaceta Penal & Procesal Penal, Tomo 78, Diciembre del 2015; llego a las siguientes conclusiones:

“1. La desvinculación procesal tiene estrecha vinculación con los principios acusatorios y de contradicción y, en consecuencia, con el derecho de defensa, cuyo respeto es necesario para la aplicación de dicha institución, de ahí que sea considerado como uno de los requisitos materiales para su aplicación, que el planteamiento de la tesis sea sometido a debate entre las partes.

2. Los presupuestos materiales establecidos en la regulación de la desvinculación procesal en el Código de Procedimientos Penales, son los mismos para su aplicación en el CPP de 2004, siendo el principio de contradicción y el derecho de defensa los pilares para su legítima aplicación.

3. La oportunidad procesal para el planteamiento de la tesis de desvinculación procesal no se encuentra taxativamente establecida en el artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales, sino que ha sido interpretado por la doctrina, que considera que es luego de la finalización de la actividad probatoria y antes de los alegatos finales del fiscal. En el CPP de 2004, la norma supera la imprecisión de la anterior normatividad

y señala expresamente que la oportunidad procesal idónea para el planteamiento de la tesis de desvinculación es antes de la culminación de la actividad probatoria, posibilitando un mayor debate probatorio entre las partes.

4. La desvinculación procesal también puede ser aplicada en segunda instancia, ya que el juicio de apelación implica un nuevo juicio, donde se podrá actuar la prueba de ser el caso. Entre sus presupuestos se encuentra que la modificación en la calificación jurídica haya sido previamente solicitada por el fiscal en el recurso impugnatorio, la cual siempre deberá ser más grave que la establecida por el juez de primera instancia.” (pp. 201 – 213)

La primera y segunda conclusión a las que se arribó en el artículo se relaciona con nuestro problema de investigación debido a que considera que para la aplicación de la institución de la desvinculación es necesario primero la observancia de ciertos principios, que garantizarán un control del apartamiento de la acusación que realiza el juez.

La tercera conclusión se relaciona con nuestro problema de investigación debido a que precisa que a diferencia del artículo 285-A del C de PP, el artículo 374 inciso 1 del CPP de 2004 establece expresamente que la oportunidad para la desvinculación procesal es antes de la culminación de la actividad probatoria.

La cuarta conclusión a la que se arribó en el artículo se relaciona con nuestro problema de investigación debido a que señala que la desvinculación procesal también puede ser aplicada en segunda instancia previa petición del Fiscal, debiendo cumplir ciertos presupuestos para ello.

Revilla Palacios en la “La calificación jurídica de la denuncia penal: Problemas y alternativas”; llego a las siguientes conclusiones:

“1. Teniendo en cuenta que al juez le corresponde el control de la legalidad sobre el ejercicio de la acción penal, será él quien en definitiva deberá evaluar si en el escrito de promoción de la acción penal se ha realizado una adecuada subsunción sobre los hechos que identifican al injusto penal imputado. Ello, por lo demás, tiene amparo legal suficiente en la exigencia que al respecto plantea al juez penal el artículo 77° del Código de Procedimientos Penales. Y esto último también comprende los casos donde la calificación jurídica que realice la autoridad judicial resulte ser distinta de la propuesta por el Ministerio Público, aunque sí corresponda a la misma familia de delitos (hurto por robo).” (pp.195 – 205.)

El presente artículo se relaciona con nuestro problema de investigación; ya que, establece que una de las funciones del juez es evaluar la adecuada subsunción de los hechos en el injusto penal que realiza el fiscal. Dejando así en claro que la función del Juzgador es evaluar la acusación mas no acusar.

1.6.1.3. Locales

No se han encontrado investigaciones a nivel Junín.

1.6.2. BASES TEÓRICAS DE LA INVESTIGACIÓN

1.6.2.1 Desvinculación

1.6.2.1.1. Origen

Antes de explicar cuáles fueron los antecedentes de la desvinculación procesal en nuestra legislación nacional; es pertinente señalar cuando y donde se dio origen a esta institución jurídica. Por ello, Arbulú Martínez (2015), indica que la determinación alternativa se originó a mediados del siglo XIX en Alemania, el cual fue aplicado precedentemente por los Tribunales Superiores en aquellos asuntos referentes a acciones ejecutivas equivalentes al mismo tipo de delito y posteriormente se fue dando otra tratativa mucho más extensiva.

En el caso del Perú, Prado Saldarriaga citado por Arbulú Martínez (2015), señala que la desvinculación procesal originariamente no contaba con un sustento legal ni doctrinario, por lo que se desconoce en qué momento se originó; ya que, la Corte Suprema y Salas Superiores lo aplicaban en sus sentencias haciendo una simple referencia de sus características. Posteriormente, con la anulación de la sentencia de la Corte Suprema por parte del Tribunal Constitucional uno de los

integrantes del TC emitió un voto singular, señalando que la desvinculación procesal era utilizado en la mayoría de las sentencias emitidas por los jueces, por lo que, a partir de dicho momento se hizo un reconocimiento doctrinario a la desvinculación (p. 287).

Posteriormente la desvinculación procesal, como indica Calderón Valverde (2015), se reguló en el Código de Procedimientos Penales, específicamente en el artículo 285 – A, en el cual su regulación no fue totalmente eficiente. Por lo que, en mérito a ello se planteó el Acuerdo Plenario N° 04-2007/CJ-116 mediante el cual se señaló ciertas pautas de interpretación a fin de que se aplique de manera correcta dicha institución. Cabe precisar que el Código de Procedimientos Penales de 1940 se encontraba bajo las aristas de un sistema procesal mixto con rasgos inquisitivos.

Finalmente, después de haberse llevado a cabo la reforma del proceso penal, se instauró en nuestra legislación nacional el Código Procesal Penal de 2004, el cual se acogió a un sistema procesal acusatorio garantista con rasgos adversariales; y por medio de su artículo 374° inciso 1 de dicho cuerpo normativo, se ha regulado lo relacionado con la Desvinculación Procesal. Por lo tanto, lo particular de esta nueva regulación es que: se establece

que la desvinculación solo podrá ser realizada antes de la culminación de la actividad probatoria y solo para modificar la calificación jurídica de los hechos.

Cabe resaltar que el legislador pese al cambio de sistema procesal que se adoptó sigue conservando la institución de la desvinculación procesal, y nos preguntamos si aquello es correcto o no, ¿puede concebirse la institución de la desvinculación procesal dentro de un sistema acusatorio garantista con rasgos adversariales?, bueno esto es lo que nos planteamos averiguar a través de esta investigación.

1.6.2.1.2. Conceptualización

La institución jurídica de la desvinculación procesal cuenta con una serie de definiciones, una de ellas es establecida por Moreno Catena citado por Nakazaki Servigon (2017), quien indica que la desvinculación procesal, es aquel mecanismo mediante el cual el Tribunal tiene la facultad de variar la calificación jurídica y las consecuencias penales (p. 499).

Teniendo en cuenta lo descrito en el párrafo anterior, Nakazaki Servigon (2017), también ha señalado que la desvinculación es aquella facultad, mediante la cual, el Tribunal

puede modificar o cambiar la calificación jurídica que se haya establecido a un inicio en la acusación (p. 500).

Asimismo, San Martín Castro citado por Nakazaki Servigon (2017), afirma que la desvinculación o mutación sustancial de la acusación se lleva a cabo, cuando en la sentencia se aprecie que las consecuencias jurídicas y calificación jurídica son distintas o más graves a las establecidas en la acusación (p. 502).

En el mismo sentido, Calderón Valverde (2015), indica que la desvinculación es una de las figuras procesales, que tiene como finalidad resguardar el principio de legalidad, y su aplicación se lleva a cabo, siempre en cuando se cumpla los requisitos de formalidad requeridos por la norma procesal.

En consecuencia, se debe tener presente que la desvinculación procesal es una institución jurídica mediante la cual se le otorga al juez la facultad de poder establecer una modificación o variación de la calificación jurídica efectuada originariamente por el Fiscal en la acusación. Asimismo, Gimeno Sendra citado por Nakazaki Servigon (2017), señala que la desvinculación es un mecanismo procesal, a través del cual el Órgano Judicial tiene la facultad de poder variar o modificar la calificación jurídica incoada en la acusación (p. 504).

1.6.2.1.3. Semejanzas y diferencia con otras instituciones procesales

Antes de desarrollar a las demás instituciones que se asemejan a la desvinculación procesal, debemos tener presente que esta institución es confundida con distintos términos jurídicos o instituciones jurídicas, las cuales tienen otras tratativas, por ello, es necesario establecer sus diferencias. Entre las principales instituciones procesales, encontramos a las siguientes:

A. Determinación alternativa

San Martín Castro citado por Nakazaki Servigon (2017), indica que la determinación alternativa es aquella figura que se presenta cuando no se llega a determinar que delito ha cometido una determinada persona, debido a que existe insuficiencia probatoria. Por lo que mediante esta institución jurídica se busca evitar una solución injusta y se aplica una pena menos gravosa (p. 506).

Por otro lado, Arbulú Martínez no coincide con Cesar San Martín (2015), sino al contrario señala que la desvinculación procesal y la determinación alternativa son instituciones iguales y/o aparentes (p. 287).

A través de lo analizado podemos observar que algunos doctrinarios consideran que la institución jurídica de la

desvinculación procesal es igual o diferente que la determinación alternativa; por lo que, en mérito a dicho debate que existe, debemos tener presente que tanto la institución jurídica de la desvinculación procesal y la determinación alternativa son distintas; ya que, se le otorga una connotación diferente en el ámbito procesal.

Por ejemplo, la determinación alternativa se va hacer efectiva, en un caso concreto, cuando no se cuente con medios probatorios que sustenten que delito ha cometido el acusado, si es el delito A o delito B, la única certeza que se tiene es que ha cometido un delito pero no se puede determinar el tipo penal a imponer, por lo que, con la determinación alternativa se establece el tipo penal que imponga la pena menos grave.

B. Determinación legal

Prado Saldarriaga citado por Arbulú Martínez (2015), indica que la determinación legal es un mecanismo mediante el cual el legislador establece la cantidad de la pena en los delitos, es decir se establece las penas mínimas y/o máximas de acuerdo a la gravedad del hecho delictivo (p. 289).

Por ejemplo, el artículo 106 del Código Penal establece que la persona que mata a otro, será reprimida con una pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de veinte años. Por lo que,

la determinación legal es el mínimo y/o máximo de la pena que se establece en el tipo penal.

C. Determinación judicial

Al respecto, Prado Saldarriaga citado por Arbulú Martínez (2015), señala que la determinación judicial, es un instrumento de la autoridad administrativa, mediante el cual, se realiza un cierto número de actividades con la finalidad de establecer y determinar la pena a imponer.

Por ejemplo, el Ministerio Público al momento de realizar el requerimiento de acusación tiene la obligación de establecer la pena a imponer frente a la comisión de un determinado delito, por lo que, a fin de realizar dicha tarea tienen que evaluar ciertos criterios tales como la reincidencia y/o habitualidad. En mérito a ello, el juez es quien va a evaluar dicho requerimiento y determinará la pena que se le impondrá al acusado.

1.6.2.1.4. Requisitos

En el Perú, no podemos hablar de una homogeneidad de criterios en cuanto a los requisitos que se requieren para aplicar la desvinculación procesal dentro de un caso concreto, más por el contrario tanto nuestras normas legales, como la jurisprudencia y doctrina señalan una variedad de requisitos que se deben tener en

cuanta. Por ello, es necesario efectuar un desarrollo de cada requisito.

A. Requisitos según el Código de Procedimiento Penales de 1940

En el Código de Procedimientos Penales de 1940, en el artículo 285 – A se ha señalado un número determinado de requisitos, los cuales comprenden los siguientes:

a) La sentencia condenatoria

El Código de Procedimientos Penales de 1940 requería que, para la aplicación de la institución jurídica de la desvinculación procesal, necesariamente la sentencia condenatoria a imponer no podía rebasar de hechos que se habían establecido en la acusación (complementaria) o auto de enjuiciamiento.

Por ejemplo, si a un inicio en la acusación, a X se le imputa por el delito de homicidio simple, entonces, bajo los mismos hechos que se ha establecido dicha configuración jurídica, tendrá que plantearse la institución jurídica de la desvinculación procesal, proponiendo una calificación jurídica de los hechos diferentes, sin alterar los hechos.

b) Comunicación oportuna de la nueva calificación al imputado o acusado y modificación de la responsabilidad penal.

El juez para aplicar la modificación de la calificación jurídica necesariamente debe de poner en conocimiento del acusado, a fin de que, se garantice su derecho de defensa y formule los actos necesarios frente a la nueva imputación. Asimismo, se debe tener en cuenta que la nueva calificación que se valla efectuar por el juez debe de encontrarse dentro de su competencia. Y si durante el desarrollo de la audiencia, el juez decide aplicar la figura de la desvinculación procesal, debe esta ser suspendida, a fin de que el imputado pueda preparar su defensa. Por lo tanto, para la aplicación de la desvinculación procesal el juez debe de cumplir ciertos criterios de procedibilidad y en el caso de que se trate de la modificación de la responsabilidad penal, se efectuaba el mismo procedimiento.

c) Calificación Penal

El juez al momento de emitir la condena y en merito a la nueva calificación jurídica, podrá efectuar una sanción más grave de la establecida o estipulada en la acusación, por lo que, se le obliga establecer una debida motivación y razonamiento de dicha decisión.

Frente a los requisitos señalados en el Código de Procedimientos Penales de 1940, debemos hacer un paréntesis y señalar que en nuestro actual Código Procesal Penal, no existe un desarrollo tan amplio como en el anterior código respecto a los requisitos que se deben tener en cuenta para acogernos a la desvinculación procesal.

B. Requisitos según Nakazaki Servigon

Según Nakazaki Servigon – doctrinario, señala que el juez para hacer uso de la desvinculación procesal, necesariamente deben de concurrir cinco requisitos:

a) Error de tipificación en la acusación

El primer requisito, según Nakazaki Servigon (2017), es el error de la tipificación en la acusación y esto se produce cuando el fiscal encargado de formular la acusación o requerimiento de acusación, establece una calificación errada frente al hecho materia de la investigación. Por lo que, se otorga la facultad al juez penal de corregir o subsanar dicha omisión (pp. 503-504).

Asimismo, Gimeno Sendra citado por Nakasaki Servigon (2017), indica que el juez pueda corregir o subsanar los errores en las que haya incurrido el Fiscal o Ministerio Público al momento de emitir el requerimiento de la acusación (pp. 500 - 501).

Por ejemplo, en el caso de que Juan mate a su propio hijo con dolo, y el fiscal lo acuse por homicidio simple. En este caso se habría producido una errónea tipificación jurídica, por lo que el Juez tendría la facultad de subsanar o corregir dicha calificación por una adecuada; en el caso concreto sería por el delito de parricidio.

b) Identidad del Hecho

El segundo requisito y el más importante para que se lleve a cabo la figura de la desvinculación; es la identidad del hecho, es decir que los hechos materia de acusación y del juicio sean los mismo supuestos facticos para que se emita la sentencia (Nakazaki Servigon, 2017. p. 504).

Por ejemplo, Paloma en el salón de clases de la Universidad de California llega a proyectarle un disparo a uno de sus compañeros generándole una muerte inmediata, por lo que, Ministerio Publico formula acusación por el delito de homicidio culposo. En merito a lo establecido, si en el caso concreto el Juez considera que dicha calificación es errónea, entonces la nueva tipificación que establezca solo deberá enmarcarse de acuerdo a los hechos que se hayan establecido en la acusación fiscal.

c) Homogeneidad de tipos penales

Sobre el tercer requisito, Nakazaki Servigon (2017), manifiesta que la institución jurídica de la desvinculación solo se podrá llevar a cabo, siempre en cuando el tipo penal por el cual se formuló la acusación y el tipo penal por el cual se condena, se encuentran dentro de la misma línea de protección de bienes jurídicos de igual categoría o rango (p. 504).

Por ejemplo, si el Ministerio Público acusa por el delito de **CONCUSIÓN** y si posteriormente frente a dicha calificación el juez determina que se ha llevado a cabo una mala calificación jurídica, entonces se podrá modificar el tipo penal siempre en cuando se encuentre dentro de la misma línea de protección del bien jurídico vulnerado, en este caso se tendría que cambiar por un delito de similar categoría, es decir se puede calificar por el delito de **COBRO INDEBIDO**. Por lo tanto estaría cumpliendo con el requisito de la homogeneidad de tipos penales, ya que tanto el delito de concusión y cobro indebido, se encuentra bajo la misma categoría y son delitos cometidos por funcionarios públicos en contra de la administración pública.

d) Comunicación de la tesis de tipificación del tribunal penal y posibilidad de defensa del acusado frente a esta.

Con respecto al cuarto requisito, Nakazaki Servigon (2017), señala que el Juez tiene la obligación de comunicar al acusado o procesado la nueva calificación jurídica que se va a

establecer en el proceso, con la finalidad de que se dé cumplimiento de dos requisitos esenciales: la oportunidad se encuentra enfocada al derecho de defensa del imputado a fin de que prepare su defensa y todos los medios probatorios para desvirtuar la nueva calificación; y la competencia en el que se va a determinar si el juez que está a cargo de la causa es competente o no para poder conocer los temas penales objeto de la nueva tipificación jurídica (pp. 504 - 505).

Por ejemplo, si el juez considera que la acusación efectuada por el delito de hurto a cinco personas no es la correcta, por lo que, tiene la obligación de comunicar su nueva tesis de calificación a los imputados a fin de que puedan preparar su defensa y puedan desvirtuar la tipificación jurídica establecida o planteada por el juez. Asimismo, se tiene que verificar si el juez quien pretende desvincularse de la acusación fiscal es competente para ver y resolver el tipo penal por el cual se está modificando la acusación.

C. Requisitos según la doctrina comparada

Según Jeschek Hans Heinrich citado por Arbulú Martínez (2015), indica que en la jurisprudencia Alemana, para la aplicación de la desvinculación procesal, los requisitos indispensables para su aplicación son los siguientes: a) se debe de haber agotado todos los medios probatorios procesalmente

admitidos; b) la certeza de que el acusado solo pudo haber actuado en una u otra forma; c) que la determinación alternativa debe llevar al castigo; d) que los reproches alternativos deben ser equiparables desde un punto de vista ético jurídico y psicológico; e) cuando es seguro que el delincuente ha cometido un hecho punible determinado en una forma comisiva, determinada legalmente a través de una de las dos acciones que desde el punto de vista jurídico o equivalente (simple alternatividad de los hechos) y; f) Se debe de aplicar la ley más favorable (p. 289).

En mérito a lo señalado, debemos tener en cuenta que en la doctrina alemana se requieren un mayor número de requisitos a fin de que se pueda aplicar la institución jurídica de la desvinculación procesal, por lo que, el **primer requisito** es que todos los medios probatorios que se hayan admitido deben de agotarse por completo. El **segundo requisito**, que se determine de manera clara y precisa el hecho que habría cometido el acusado, por ejemplo si ha cometido un hurto o un robo.

El **tercer requisito**, es que el juez al desvincularse de la acusación fiscal tiene que castigar la conducta que transgredió el bien jurídico y no buscar la absolución del mismo. El **cuarto requisito**, señala que frente a otra calificación alternativa, lo que se debe buscar es que dicha calificación sea equiparable al hecho materia de investigación. **El quinto requisito** hace referencia a

la seguridad jurídica que se debe tener frente a la comisión de un hecho delictivo por una persona determinada **y sexto requisito** hace mención que frente a una nueva o distinta calificación jurídica se debe de aplicar la más favorable.

1.6.2.1.5. Oportunidad y Procedibilidad

Si bien, la institución jurídica de la desvinculación procesal es una de las facultades que se le ha otorgado al Juez a fin de que pueda variar la calificación jurídica establecida en el requerimiento de acusación formulado por el Ministerio Público; pero lo que se debe tener en cuenta es el momento oportuno en el que se puede plantear; por ello el Artículo 374° inciso 1 del Código Procesal Penal del 2004 señala que el momento procesal para plantear la Desvinculación procesal es durante el transcurso del juicio y antes de la culminación de la actividad probatoria. Por otra parte, Calderon Valverde señala que la desvinculación procesal también puede ser planteada en segunda instancia (2015, pp.211-212).

Asimismo, para que pueda proceder la tesis de la desvinculación formulada por el Juez, debe de cumplir con ciertos presupuestos, tal como lo señala Calderon Valverde: en primer lugar la decisión establecida por el juez debe contener una debida motivación; en segundo lugar debe de ser planteado dentro del momento procesal oportuno; en tercer lugar se debe

observar los límites y el trámite correspondiente y; en cuarto lugar, el fiscal debería de asumir la tesis formulada por el Juez a fin de que se incorpore en la sentencia. Este último presupuesto procesal nos resulta inverosímil, ya que el Ministerio Público cuenta con autonomía y sus facultades estarían siendo puestas en práctica por el Juez.

Por último, frente a la nueva calificación planteada por el Juez esta tipificación debe encontrarse dentro de su competencia, debe de existir una homogeneidad del bien jurídico tutelado, no se puede variar los hechos y las pruebas, y se debe resguardar el derecho a la defensa del procesado, es decir se debe de poner en conocimiento de las partes a fin de que puedan pronunciarse respecto a la nueva calificación; y en caso de que no fuera posible en la misma audiencia se les concede el plazo de 05 días.

1.6.2.1.6. Acuerdo Plenario y Casación

Los acuerdos plenarios son de carácter preponderante en nuestra legislación nacional, por lo que es importante establecer la finalidad que persigue. En ese sentido, Aguado del Castillo (2014), ha establecido que “El acuerdo plenario supone el concierto de voluntades de los señores Magistrados sobre el sentido o aplicación de una o más normas materiales o adjetivas respecto a los temas sometidos a debate en el pleno Jurisdiccional (Sesión Plenaria)” (p.141). Asimismo, Valdivieso Valera (2011),

indica que los acuerdos plenarios o plenos jurisdiccionales son un conjunto de decisiones que pueden ser tomadas tanto por los representantes de las salas civiles de la corte superior o de las cortes suprema, cuya finalidad, es generar consensos en determinados temas jurídicos, que por su importancia y relevancia en el ámbito jurídico tienen que ser debatidos y analizados, a fin que se lleve a cabo una buena aplicación e interpretación de la norma (p. 241).

De acuerdo a lo establecido en líneas anteriores, mediante el ACUERDO PLENARIO N° 4-2007/CJ-116, de fecha 16 de noviembre de 2007 se estableció que la desvinculación procesal podía ser formulada en el caso de que exista una errónea tipificación establecida por el Ministerio Público en el requerimiento de acusación y en el caso de la existencia de circunstancias agravantes en los hechos materia de imputación.

Asimismo, se señaló que el Juez al momento de plantear la desvinculación procesal no puede variar los hechos materia de imputación y que la nueva calificación efectuada debe de ser comunicada de manera inmediata y oportuna al acusado a fin de que pueda preparar su defensa frente a la nueva calificación. Y, también se estableció que la nueva calificación jurídica debería ser homogénea al delito planteado en la acusación fiscal.

Por otra parte, mediante CASACIÓN N° 659 – 2014 PUNO de fecha 10 de mayo de 2016 se estableció que los alcances señalados en el Acuerdo Plenario N° 4-2007/CJ-116 pueden ser aplicados en los casos que se tramitan bajo las normas del nuevo Código Procesal Penal de 2004, en merito a que las dos normas legales (artículo 285-A del C de PP y el artículo 374 inc. 1 del CPP) regulan la institución jurídica de la desvinculación procesal y se le confiere al Juez la facultad de variar la calificación jurídica de los hechos considerados por el Fiscal en la acusación.

Se debe tener presente lo señalado por Díaz Cabello (2014), quien indica que la casación es un medio de impugnación : “ (...) extraordinario, limitado e inimpugnable, que se interpone para ser resuelto por la Corte Suprema de la República como máxima instancia del Poder Judicial, con la finalidad de que se anulen determinadas sentencias o autos que ponen fin al proceso, cuando contravienen la Constitución, las normas legales de carácter sustancial o procesal cuyo incumplimiento es sancionado con nulidad (...)”.

En merito a lo esbozado tanto en el Acuerdo Plenario N° 4-2007/CJ-116 como en la Casación N° 659 – 2014 PUNO, donde se ha desarrollado los alcances de la desvinculación procesal; a nuestro criterio consideramos en primer lugar la regulación de la institución jurídica de la desvinculación altera negativamente el

sistema procesal penal peruano, debido a que lo convierte en un sistema con rasgos más inquisitivos que acusatorios; ya que se mezcla los roles del Fiscal y del Juez, generando una vulneración del principio acusatorio, imparcialidad y derecho de defensa del imputado; lo cual desarrollaremos más adelante.

1.6.2.1.7. Acusación Complementaria

El artículo 374° inciso 2 del CPP de 2004 establece que el Fiscal, por medio de un escrito de acusación complementaria, puede introducir a juicio un nuevo hecho o una nueva circunstancia que no se había mencionado en la acusación; lo que conduce al fiscal a modificar la calificación jurídica o integrar un delito continuado; debiéndose informar al procesado de la variación de la calificación jurídica, para que este ejerza su derecho de defensa.

Al respecto, León Alva (2016, pp.265-266), indica que a través de la acusación complementaria se permite al Fiscal complementar, por medio de un hecho o una circunstancia nueva, el marco factico que cimienta su acusación; asimismo señala que esta facultad que se le otorga se fundamenta en la necesidad de evitar que la rigidez del principio acusatorio prive la tutela judicial que se le da a las víctimas.

Asimismo, Peña Cabrera Freyre (2009, p.277) precisa que cuando la acusación complementaria lleva al Fiscal a modificar la calificación jurídica, lo que sucede es que con la introducción de los nuevos hechos o circunstancias, se ha configurado otro delito. Caso contrario es cuando el Fiscal por medio de la acusación complementaria integra un delito continuado, porque en este caso lo que sucede es que durante el juzgamiento recién se pudo conocer un elemento que configura el delito continuado; configuración que se encuentra condicionada a la concurrencia de presupuestos legales, una misma fracción delictiva, identidad de plan criminal y un dolo total.

Por otra parte, se debe tener muy en claro la diferencia que existe entre la desvinculación procesal realizada por el juez y la acusación complementaria que realiza el Fiscal, la primera solo se limita a una variación de la calificación jurídica sin variar los hechos materia de acusación; pero en la segunda el Fiscal puede introducir un nuevo hecho o circunstancia.

Finalmente, es necesario tener presente que el Fiscal también cuenta con la facultad de poder establecer una tipificación alternativa de los hechos, tanto en la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria (Art. 336° inciso 2 literal b) del CPP de 2004) como en el Requerimiento de Acusación (Art. 349° inciso 3 del CPP de 2004); sin embargo es

preciso establecer la diferencia que existe entre la tipificación alternativa y acusación complementaria; en el caso de la primera no se puede variar o introducir nuevos hechos, a comparación de la segunda, en la que sí es posible la introducción de nuevos hechos.

Frente a todo lo descrito, debemos precisar que el Fiscal cuenta con mecanismos mediante los cuales puede efectuar una modificación o integración a su requerimiento de acusación; por ende, establecer una institución que permita al juzgador corregir las falencias del Ministerio Público en la tipificación penal de los hechos, generaría una trasgresión al sistema procesal penal reconocido en nuestra legislación – sistema acusatorio garantista con rasgos adversariales.

1.6.2.2. Proceso Penal Peruano

1.6.2.2.1. Sistemas Procesales

Antes de referirnos específicamente al sistema procesal penal que adopta el Perú, tenemos que señalar que el Proceso Penal, como lo reconoce Cafferata Nores y otros (2004, p.226), se encuentra profundamente relacionado con el modelo político del país donde se lleva a cabo y con el sistema de valores que aporta a aquel proceso. Este criterio es compartido por Neyra Flores (2010, pp.53-54), debido a que considera que el Derecho Procesal Penal se ve relacionado directamente con el sistema

político que se encuentra vigente, por lo que el sistema procesal que adopta un país se ve sujeto a limitaciones tanto de política externa como interna y a factores sociales, económicos y culturales.

Asimismo Cafferata Nores y otros (2004, p.226) considera que el tipo de proceso que se adopta en una sociedad se encuentra en función: al rol que asume el Estado, al valor que se le da al individuo y a la relación que tienen ambos.

Por tal motivo, se puede entender al “sistema procesal” como: “(...) el conjunto de principios e instituciones que configuran una determinada manera de concebir el proceso (...)” (Salas, 2011, p.9), por ello cada país adopta, para poder administrar justicia, el sistema procesal que le garantice un mayor acercamiento a sus ideales de cómo percibe el proceso.

Ahora pasaremos a explicar los sistemas procesales que se han desarrollado a lo largo de la historia; para luego explicar el sistema procesal penal peruano.

A. Sistema Acusatorio

El primer sistema procesal que aparece es el sistema acusatorio, el cual, conforme lo precisa Vélez Fernández (2008, p.4), nace en Grecia, pero tiene su apogeo en Roma y es adoptado

en la Edad Media hasta el siglo XIII; pero posteriormente en el siglo XV este sistema procesal entra en desuso. Hay que tener presente que desde su origen el sistema acusatorio, como lo indica Neyra Flores (2010, p.55), se ha visto relacionado con sistemas políticos democráticos y republicanos, evidenciándose la influencia de estos sistemas políticos en las características que presenta el sistema acusatorio.

Es importante la acotación que realiza Giovanni Leone citado por Neyra Flores (2010, p.55), cuando señala que el sistema acusatorio llega a ser la base de todos los sistemas procesales, no solo en materia penal sino en las demás materias; ya que en este sistema se puede contemplar a dos partes que se enfrentan y someten su conflicto a un debate; y un tercero (juez) quien resuelve el conflicto.

Por tal motivo, en la actualidad se reconoce que el sistema acusatorio ha contribuido a sentar las bases de la separación o división de funciones de la persona quien acusa y la persona quien decide la causa; siendo la separación de roles su principal característica.

Otra característica del sistema acusatorio, como lo señala San Martín Castro (2006, p.42), es que en un principio se

consideraba que la única persona quien podía asumir el rol de acusador era únicamente la persona ofendida por el delito, es decir el agraviado. Pero con el transcurso del tiempo esto varió; ya que, en una segunda etapa de este sistema, se comenzó a considerar que el Estado podía asumir el rol de acusador, debido a que la sociedad también se ve afectada u ofendida con la realización de un delito.

Asimismo San Martín Castro (2006, p.42) también señala que el sistema acusatorio se caracterizaba por: el movimiento del aparato judicial se daba por pedido de parte y no procedía de manera oficiosa; los ámbitos objetivos y subjetivos del proceso eran determinados por la acusación privada; el juez no podía investigar ni practicar alguna prueba que no era ofrecida por alguna de las partes; la observancia del principio de inmutabilidad de la imputación; y por el respeto de los principios de contradicción e igualdad.

En la misma línea Vélez Fernández (2008, p.4) indica que el sistema acusatorio se fundamentaba en la preminencia del individuo y pasividad del Estado, incidiendo así en el rol neutral que se le asignaba al Estado y en el rol activo que cumplían las partes en este sistema acusatorio.

B. Sistema Inquisitivo

El segundo sistema que se desarrolló fue el sistema inquisitivo; el cual, de acuerdo con Solorzano Garavito (2010, p.42), cuenta con antecedentes remotos en Roma antigua, específicamente cuando se da la transición de la República al Imperio Romano; época en la cual de oficio se conocía y se resolvía los conflictos penales, debido a que se consideraba que el Príncipe era la persona directamente ofendida con la realización de un delito y por esa razón correspondía al Estado representar a la parte perjudicada.

Como se puede advertir este sistema procesal surge bajo la influencia de un contexto político muy particular; pero es recién en la Edad Media, como lo precisa Arciniegas Martínez citado por Solorzano Garavito (2010, p.42), cuando el sistema inquisitivo alcanza su auge; estableciéndose así la influencia y la estrecha relación que sostenían la Iglesia Católica Romana con el Estado (aquí se evidencia nuevamente el papel que juega el sistema político para la adopción de un sistema procesal); ya que en el año 1215 el papa Inocencio III convocó al Concilio IV de Letrán, donde se dictó un reglamento que dio forma a la inquisición pontificia; estableciéndose así un tribunal de inquisición en cada parroquia.

Entonces podemos señalar que el sistema inquisitivo, como lo precisa González Navarro citado por Neyra Flores (2010, p.77), fue propio de regímenes despóticos, absolutistas y totalitarios; teniendo en cuenta que cuando se adopta este sistema procesal había una transición de la edad antigua a la edad media, por ello la estructura política y económica que predominaba era el feudalismo.

Asumiendo el contexto político en el que se vivía en aquella época, no fue difícil concebir que el juez tuviera un dominio absoluto en el proceso; lo cual es una característica esencial del sistema inquisitivo conforme lo señala San Martín Castro (2006, p.43).

Asimismo, de acuerdo con Cafferata Nores y otros (2004, p.227) el proceso inquisitivo era considerado como un castigo, ya que partía de la suposición de que el acusado era culpable, no considerándolo como un sujeto o parte del proceso penal sino como un objeto de persecución; y para añadir a ello el propio juez asumía las funciones esenciales del proceso, llegando a asumir tanto los roles de acusar y decidir, bajo la premisa de que buscaba encontrar la verdad.

Frente a ello San Martín Castro (2006, p.43) indica que el sistema inquisitivo se caracterizaba porque: el proceso se iniciaba

de oficio (*procedat iudex ex officio*); la acusación era determinada subjetiva y objetivamente por el juez; el juez era el encargado de investigar y fijar las pruebas; existía una falta de congruencia entre la acusación y la sentencia, debido a que el juez podía alterar la acusación en cualquier momento; y se daba una falta de contradicción e igualdad en el proceso.

Del mismo modo Solorzano Garavito (2010, p.45) precisa que el proceso penal bajo el sistema inquisitivo se caracterizaba por: el excesivo formalismo; la preminencia de la escritura y la reserva del proceso; la concentración de la acusación y juzgamiento en una sola persona; la judicialización de la prueba, las restricciones en el derecho de defensa; la pérdida de sentido en la actividad probatoria; y la falta de oralidad en el juicio.

Algo peculiar del sistema inquisitivo fue que los magistrados llegaron al extremo de utilizar la tortura como un medio de prueba; debido a que se consideraba que era la forma más eficiente para poder llegar a la “verdad”. Sin embargo, esto trajo consigo que personas que eran inocentes se atribuyan culpabilidad por actos que no habían cometido, con el único fin de escapar a la tortura a la que eran sometidas; o en peores supuestos se llegó al extremo de acabar con la vida de una persona que era inocente, porque esta no confesaba al inquisidor ser “culpable” de los actos por los que se le investigaban.

Bajo el sistema inquisitivo se llegó incluso, conforme lo señala Neyra Flores (2010, p.84), a permitir que el juez designe al abogado defensor para el acusado; disponiendo que el abogado designado debía informar a los inquisidores si descubría que el acusado era culpable y sucesivamente debía renunciar a la defensa del acusado, privando así al acusado de contar con un abogado defensor; debido a que se consideraba que si el acusado era culpable no merecía un abogado y si era inocente el inquisidor lo iba descubrir.

Otra circunstancia que se advertía en el sistema inquisitivo es que, como lo precisa Solorzano Garavito (2010, p.44), la carga de la prueba recaía en el acusado, quien debía probar su inocencia; por lo que el principio de presunción de inocencia no se aplicaba en los procesos.

Por todo lo expuesto, autores como Arbulú Martínez (2017, p.11) consideran que el sistema inquisitivo no era propiamente un verdadero proceso, sino solamente un mero sistema que servía para la aplicación del Derecho Penal, ya que este no otorgaba garantías ni derechos mínimos para poder llevar a cabo el proceso penal. Criterio que no compartimos, ya que aún con todos los defectos que le podemos encontrar al sistema

inquisitivo, este fue considerado para su época como un proceso, y no se le puede negar ello.

C. Sistema Mixto

El sistema mixto o también llamado “sistema inquisitivo mitigado”, de acuerdo con Neyra Flores (2010, p.87), surge como respuesta a las críticas que recibía el sistema inquisitivo; y es así que tratando de conciliar el sistema inquisitivo con el sistema acusatorio se origina el sistema mixto.

Este sistema procesal no fue ajeno a los cambios políticos de la época, Giovanni Leone citado por Neyra Flores (2010, p.87) precisa que era vital que el proceso penal se ajuste o acomode al Estado de Derecho, por lo que con la combinación del sistema acusatorio y sistema inquisitivo se lograba alcanzar el ajuste que requería el proceso penal.

San Martín Castro (2006, p.43) y Neyra Flores (2010, p.87) precisan que la Revolución Francesa, más específico, la época post revolución, jugó un papel importante para la adopción del sistema mixto; ya que con el cambio de la monarquía a la república se puso fin al antiguo régimen, lo que permitió la reforma del sistema procesal. Pero es recién con el Código Napoleónico que se da origen en Francia a un modelo procesal

mixto, sistema que recogía las ventajas tanto del sistema acusatorio como del sistema inquisitivo.

Por lo que, de acuerdo a Arbulú Martínez (2017, p.12), básicamente el sistema mixto se caracteriza por poseer dos etapas: la etapa de instrucción, en la cual se evidencia un claro sistema inquisitivo; y la etapa de juicio, donde el sistema acusatorio es la base de esta etapa (solo en teoría porque en la práctica lo inquisitorial tiene más peso).

Así también, como lo hemos señalado, el sistema mixto recoge ciertas particularidades del sistema acusatorio y otras del sistema inquisitivo, conforme Cafferata Nores y otros (2004, p.229), del sistema acusatorio recoge la división de funciones (acusación y juzgamiento), el respeto al derecho de defensa, la preminencia del principio de presunción de inocencia, el reconocimiento de la dignidad personal del imputado, la necesidad de la oralidad en el proceso (pero esto solo en algunos casos), entre otros. Y del sistema inquisitivo recoge el disponer que funcionarios del Estado se ocupen de la persecución y el juzgamiento de los delitos; y asimismo que mediante el proceso se descubra la “verdad real”.

Frente a todo lo anterior, Cafferata Nores y otros (2004, p.232), consideran que el sistema mixto se encuentra mayormente

influenciado por el sistema inquisitivo, en razón a que se permite que el juez realice algunas funciones que corresponderían solamente a las partes procesales, como por ejemplo ordenar de oficio la actuación de algunos medios de prueba, variar la calificación jurídica de los hechos, entre otros.

D. Sistema Acusatorio Garantista

En los últimos años se ha dado un fortalecimiento del “Estado Democrático de Derecho”, que ha influido positivamente en la mayoría de países; generando así un cambio en la forma de concebir y desarrollar el proceso penal. Por esa razón, teniendo como fundamento el Estado Democrático de Derecho, como lo señala Almanza Altamirano (p.4), durante el desarrollo del proceso penal se tratará de garantizar el respeto de los derechos fundamentales y la aplicación de las garantías constitucionales.

Teniendo en cuenta lo anterior, el sistema procesal que se ajusta mejor a los lineamientos de un Estado Democrático de Derecho, es decir a los fundamentos de la democracia y todo lo que implica ella, es el sistema acusatorio garantista o también llamado acusatorio moderno o acusatorio contradictorio (Rosas, 2013, p.73.).

Por otro lado, resulta evidente señalar que el sistema acusatorio garantista cuando surge tuvo como base el sistema

acusatorio, sin embargo tenemos que hacer el hincapié que estos dos sistemas no son iguales (por sus nombres algunas personas pueden creer que el sistema acusatorio garantista es solo una aplicación en la actualidad del sistema acusatorio, pero eso no es así), existen ciertas características que diferencian a estos dos sistemas procesales.

Catacora Gonzales citado por Rosas Yataco (2013, p.73) considera que el sistema acusatorio garantista llega a ser una aplicación del sistema acusatorio estadounidense, el cual es adaptado a la realidad de cada país.

Aquí debemos hacer un paréntesis y precisar que el sistema acusatorio estadounidense, conforme lo precisa Peña Cabrera Freyre (2009, p.51), está referido al sistema procesal adversarial, en el cual prima la oralidad, se busca que las partes procesales hagan uso irrestricto de los derechos de defensa y de contradicción; y que haya una mínima participación del juez penal. En concordancia a ello San Martín Castro (2015, p.41) indica que el sistema adversarial asegura el respeto de principios y garantías propios de todo “Estado de Derecho”.

Volviendo a nuestro tema, podemos decir que el sistema acusatorio garantista busca priorizar el respeto de los derechos, principios y garantías constitucionales (o también contenidos en

tratados internacionales); durante todo el desarrollo del proceso penal.

Teniendo en cuenta lo anterior, Arbulú Martínez (2017, p.13) precisa que este sistema encuentra su fundamento en el principio acusatorio; el cual establece la separación de funciones, es decir que la función de acusar y la función de juzgar deben recaer en dos órganos distintos (Ministerio Público y Juez, respectivamente); los cuales no deben usurpar las funciones del otro.

Asimismo el sistema acusatorio garantista, de acuerdo con Rosas Yataco (2013, pp.48-50), también se caracteriza: por el rol fundamental y protagónico que cumple el Ministerio Público como director de la investigación, por la función que asume el juez de velar por los derechos fundamentales de los sujetos procesales; por la división en tres partes del proceso penal (investigación preparatoria, etapa intermedia y juzgamiento); y por el desarrollo del juzgamiento conforme a los principios de contradicción, igualdad de armas, oralidad e inmediación; demostrando el juez su absoluto respeto y cumplimiento al principio de imparcialidad.

E. Sistema Procesal Peruano

El Perú, a la par de cambios políticos, sociales y culturales, ha ido adoptando a lo largo de su historia diferentes sistemas procesales los cuales han servido de guía para el desarrollo del proceso penal.

Es así que Neyra Flores (2010, p.96) refiere que por medio del Código de Enjuiciamientos en Materia Penal, que entró en vigencia el 1° de marzo de 1863, el cual fue el primer Código Procesal en Materia Penal que tuvo el país; se adoptó un sistema procesal mixto en el que predominaba y se evidenciaba de manera clara las influencias inquisitivas.

Luego de ello, como lo indica Neyra Flores (2010, pp.97-98), se promulgó el Código de Procedimientos en Materia Criminal, que entró en vigencia el 02 de enero de 1920, el cual buscaba apartarse de la influencia inquisitiva por ello el legislador implantó en este código un sistema mixto con inclinación al sistema acusatorio, pero no se dejó del todo las influencias inquisitivas.

Pasando los años, por medio de la Ley N° 9024 del 16 de enero de 1940, se promulgó el Código de Procedimientos Penales de 1940, el cual entró en vigencia en todo el territorio nacional el 18 de marzo de 1940; como lo señala Peña Cabrera Freyre (2009, p.46), este código también implantó un sistema mixto, debido a

que en su fase de instrucción se dirigía conforme a un sistema inquisitivo y en su fase de juicio se dirigía conforme a un sistema acusatorio, pero con rasgos inquisitivos.

Rosas Yataco (2013, p.42) profundizando en el tema precisa que el Código de Procedimientos Penales de 1940 adoptó un sistema procesal penal mixto, donde se evidenciaba mínimamente lo acusatorio y notoriamente el predominio de lo inquisitivo; es así que la investigación (que era secreta) recaía en manos del juez, dejando de lado al fiscal, quien solo se ocupaba de la investigación preliminar, es decir, previo a la apertura de la investigación judicial; y era solo en la etapa del juicio donde se podía advertir el tema acusatorio, pero con limitaciones y restricciones.

Posteriormente, el 29 de Julio del año 2004 se publica el Decreto Legislativo N° 957, el cual promulga el Código Procesal Penal del 2004; sin embargo la entrada en vigencia de este código no ha sido de manera inmediata sino más bien progresiva; es así que por primera vez este código entra en vigencia el primero de julio del 2006 en el Distrito Judicial de Huaura; ha de acotarse que hasta el día de hoy no ha entrado en vigencia en su totalidad el Código Procesal Penal del 2004 en todo el territorio nacional.

El Código Procesal Penal de 2004 adopta un sistema acusatorio garantista con rasgos adversariales; con lo que, como lo refiere Rosas Yataco (2013, p.46), el Perú se suma a las reformas procesales que se han venido dando ya hace algunos años en toda Latinoamérica y establece la necesidad de adecuar la legislación nacional a los parámetros y lineamientos que instituyen los diversos Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y nuestra propia Constitución Política de 1993; parámetros que pasaremos a dilucidar en este tópico.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos establece (en los artículos del 8 al 11) que en todo proceso, incluyendo el proceso penal, se debe de asegurar y respetar el derecho de defensa, el principio de igualdad procesal, el principio de publicidad del juicio, el principio de imparcialidad, el principio de presunción de inocencia, el principio de legalidad, principio de retroactividad y el derecho de impugnación; los cuales constituyen derechos y libertades fundamentales del hombre.

En el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 8° establece las garantías que todo proceso debe observar y respetar, las cuales son: la inmediación, el plazo razonable, la imparcialidad, la tutela jurisdiccional, la presunción de inocencia, la igualdad procesal, conocer la

acusación en su contra, el derecho de defensa, así como contar con el tiempo adecuado para preparar la defensa, el derecho a interrogar, el derecho a la no autoincriminación, el derecho de impugnación, el principio de ne bis in idem y contar con un juicio público; las cuales constituyen garantías mínimas del proceso.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prevé en su artículo 14° que todo proceso debe de respetar el principio de igualdad procesal, el principio de inmediación, principio de imparcialidad, principio de presunción de inocencia, derecho de conocer la acusación formulada en su contra, contar con el tiempo y medios para preparar su defensa, plazo razonable, derecho de defensa, derecho de interrogar, derecho a la no autoincriminación, derecho de impugnar y el principio del ne bis in idem; las cuales son garantías mínimas del proceso y derechos fundamentales del hombre, los cuales derivan de la dignidad inherente de la persona humana.

Como podemos ver, en aquellos tratados internacionales se establece que en todo proceso, incluyendo el proceso penal, se debe de respetar ciertas garantías mínimas que constituyen derechos fundamentales que poseen todo procesado; siendo estos de observancia obligatoria.

Por otra parte, Rosas Yataco (2013, pp.571-572) precisa que una tendencia contemporánea de la Teoría del Derecho propone la constitucionalización de todos los ámbitos jurídicos, es decir, busca que todo ámbito jurídico se ajuste a la luz de la Constitución Política, la cual tendrá fuerza vinculante y garantizará el respeto de los derechos fundamentales.

El proceso penal no se encuentra exento del proceso de constitucionalización, por el contrario, como refiere Cárdenas Manrique citado por Rosas Yataco (2013, p.571), específicamente se ha desarrollado una tendencia de “constitucionalización del proceso penal”, la cual considera que el proceso penal no puede organizarse de cualquier manera sino que requiere de medios que orienten el poder punitivo del Estado, por medio del respeto de las garantías, derechos o principios procesales, los cuales protegen la dignidad y la libertad del procesado.

Teniendo en cuenta el modelo procesal que emerge de la Constitución, Ramos Méndez citado por Rosas Yataco (2013, p. 572) indica que, el principio de contradicción se encuentra presente en toda clase de proceso, por lo que en el proceso penal este se evidencia por medio de la contraposición de posiciones que se da entre el Ministerio Público y la Defensa-Imputado; la

misma que debe de garantizar la igualdad de oportunidades entre el acusador y el imputado.

Asimismo el proceso penal conforme a lo establecido por la Constitución Política observa y respeta otras garantías, derechos y principios los cuales pasaremos a explicar en el siguiente tópico.

Frente a todo lo señalado anteriormente, tenemos que precisar que en el Perú el proceso penal adopta un *sistema acusatorio garantista con rasgos adversariales* (esto último evidenciado con el principio de contradicción), el cual, conforme a lo previsto en nuestra Constitución y en los Tratados Internacionales, busca que se respete garantías mínimas que constituyen derechos fundamentales de toda persona humana.

1.6.2.2.2. Principios del Proceso Penal Peruano

El proceso penal peruano, como lo señala Rosas Yataco (2013, p.11), contiene ciertos principios, derechos y garantías que sirven de guía y orientan todo el desarrollo del proceso. Por ello pasaremos a explicarlos.

A. Principio Acusatorio

De acuerdo a San Martín Castro el principio acusatorio indica “(...) la distribución de roles y las condiciones en que se

debe realizar el enjuiciamiento del objeto procesal penal.” (2015, p.124); es decir, determina las funciones que cumplen cada sujeto procesal durante el desarrollo del proceso penal y señala las observancias que se deben de tener en el juzgamiento.

Asimismo, para poder llegar a una mejor comprensión de este principio el Tribunal Constitucional, por medio del Fundamento 5 en la Sentencia del Expediente N° 2005-2006-PHAC/TC (de fecha 13 de marzo del 2006), precisa que el principio acusatorio otorga al juzgamiento características particulares, las cuales son: “(...) a) *Que no puede existir juicio sin acusación, debiendo ser formulada ésta por persona ajena al órgano jurisdiccional sentenciador, de manera que si ni el fiscal ni ninguna de las otras partes posibles formulan acusación contra el imputado, el proceso debe ser sobreseído necesariamente; b) Que no puede condenarse por hechos distintos de los acusados ni a persona distinta de la acusada; c) Que no pueden atribuirse al juzgador poderes de dirección material del proceso que cuestionen su imparcialidad (...)*”

Dentro de la **primera característica** que señala el Tribunal Constitucional, podemos encontrar dos rasgos del principio acusatorio, los cuales son:

(a) No puede existir juicio sin acusación (acusación previa)

Respecto a este primer rasgo, Neyra Flores considera que el principio acusatorio se constituye como un criterio configurador del proceso penal; ya que establece la necesidad de una acusación previa para poder llevar a cabo un juzgamiento. (2010, p. 188)

Por ello podemos evidenciar que el principio acusatorio, en una primera instancia, establece como observancia obligatoria para poder llevar a cabo el juzgamiento la existencia de una acusación previa, limitándose el desarrollo del juicio al marco de la acusación.

(b) La acusación debe ser formulada por una persona ajena al órgano sentenciador (separación de roles)

Precisando aspectos del principio acusatorio, Salas Beteta (2011, p.53.) señala que, de acuerdo a este principio, no existe la posibilidad de que la persona quien investigue sea la misma que emita la sentencia; el juez, de acuerdo al modelo procesal adoptado por nuestro país, no puede ser a la misma vez investigador (instructor) y juzgador.

Del mismo modo Rosas Yataco (2013, p.170) hace la atingencia que el principio acusatorio asegura una efectiva separación de los roles de persecución y juzgamiento; que

cumplen el Ministerio Público, como titular de la acción penal pública, y el Poder Judicial respectivamente.

Esta titularidad de la acción penal pública se encuentra amparada por el Artículo 159° inciso 5 de la Constitución Política del Perú y el Artículo IV inciso 1 del Título preliminar del CPP de 2004, los cuales establecen que el Ministerio Público es el titular del ejercicio de la acción penal pública; y como lo señala Franco Chico (2015, p.62) está se encontrará monopolizada por el Ministerio Público, ya que corresponderá solo al Fiscal, la responsabilidad de determinar si promueve o no la acción penal.

Por otro lado, la **segunda característica** que señala el Tribunal Constitucional consagra **la correlación entre la acusación y la sentencia**, por el cual, conforme lo indica Calderón Valverde (2015), se exige que la acusación fiscal debe de ser concordante con la sentencia, por lo que, el juzgador se encuentra impedido de establecer situaciones de las cuales no hayan sido materia de debate y se encuentra obligado de expedir una sentencia acorde a los hechos expuestos en la acusación fiscal. (pp. 205 - 206).

En la misma línea, Peña Cabrera Freyre (2009, p.203) precisa que la exigencia de que el juzgamiento se realice sobre la base de la acusación fiscal, conlleva a repercusiones jurídico

penales, las cuales son: 1) Que el debate en el juicio solo se centrará a lo contenido en la acusación fiscal no pudiendo salir de aquel marco; 2) Que solo pueden ser actuadas en juicio las pruebas que se encuentran incluidas en la acusación; 3) Que el juez no puede sentenciar por una calificación jurídica diferente a la que fue acusada por el fiscal.

En la misma línea, y agregando a ello, Calderón Valverde (2015), indica que el principio acusatorio tiene como exigencia que en el proceso penal no se puede sentenciar por un hecho distinto o a persona diferente de la que se ha establecido en la Acusación Fiscal. Por lo que, señala que este principio no se vería vulnerado con la aplicación de la Desvinculación procesal, siempre en cuando se le otorgue a las partes imputadas la posibilidad de poder establecer un debate frente a dicha aplicación. (pp. 203-204)

Y por último la **tercera característica** consagra el **Principio de Imparcialidad del juez**, tema que abarcaremos y desarrollaremos de manera más profunda más adelante.

En base a todo lo anterior podemos decir que el principio acusatorio resulta esencial para el proceso penal, debido a que por una parte establece la obligación de que exista congruencia entre la acusación y el fallo; y por otra parte la prohibición de que la

misma persona que investiga –y que posteriormente acusa– sea finalmente la que resuelva el caso, determinando así la separación de funciones que debe de existir entre el Ministerio Público y el Órgano Jurisdiccional; además que accesoriamente este principio también garantiza la contradicción e igualdad procesal entre las partes, y el derecho de defensa del imputado.

B. Principio de Imparcialidad

El Artículo I inciso 1 del Título Preliminar del CPP de 2004 prevé que la justicia se debe ser impartida con imparcialidad por los órganos jurisdiccionales competentes; del mismo modo tanto el Artículo 8° inciso 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, como el Artículo 14° inciso 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, precisan que toda persona tiene el derecho a ser oída por un juez imparcial; estableciéndose por lo así, tanto en normativa nacional como supranacional el principio de imparcialidad, al cual está sujeto obligatoriamente el juzgador.

Para Bacigalupo citado por Rosas Yataco el principio de imparcialidad: “(...) constituye una garantía esencial del debido proceso, materializada sustancialmente en una distancia legalmente determinada entre los jueces y las partes. (...)” (2013, p.118) es decir, este principio al separar al juez de las partes procesales, constituye una garantía del debido proceso.

Asimismo, Neyra Flores (2010, p.155.) indica que el principio de imparcialidad garantiza que el juez va a ser una tercera persona, ajena a las partes; quien resuelve la controversia sin ningún tipo de interés en el resultado del proceso. El juez no debe de tener vinculación subjetiva con ninguna de las partes ni con los elementos de convicción, tampoco el juez puede formularse un pre-juicio respecto al caso.

Por ejemplo este principio implica que si el juez tiene algún tipo de relación con alguna de las partes del proceso, este deberá de inhibirse del conocimiento de la causa, o en su defecto, si no lo hiciera, la norma faculta a las partes a poder recusar al juez por considerar que este no actuara con imparcialidad.

Del mismo modo, este principio también prevé y delimita que el juez no debe inclinarse o favorecer a alguna de las partes antes de haberse llevado a cabo el juicio; y que solo podrá decidir dar la razón a alguna de estas partes cuando haya oído a ambas y se hayan actuado todos los medios probatorios admitidos para juicio.

Por otra parte, resulta necesario precisar que la imparcialidad no es exclusiva del juez; ya que los fiscales, policías y otros funcionarios también deben de actuar

imparcialmente para garantizar el debido proceso (Rosas, 2013, p.121). Esto lo podemos apreciar más notoriamente en la etapa de investigación preparatoria cuando el representante del Ministerio Público tiene la opción de acusar o sobreseer el caso; es precisamente en ese momento cuando el Fiscal tendrá que actuar con objetividad e imparcialidad.

C. Derecho a la Tutela Jurisdiccional

La tutela jurisdiccional efectiva “(...) es un derecho público a tener acceso al sistema judicial y a obtener de este una resolución fundada en derecho –y por tanto, motivada– (...)” (Salas, 2011, p.38.); es decir, por medio de la tutela jurisdiccional toda persona puede acudir al órgano jurisdiccional, con el fin de conseguir una decisión debidamente motivada y fundada en derecho.

El artículo 139° inciso 3 de la Constitución y el Artículo I del Título Preliminar del CPP de 2004, amparan el derecho a tutela jurisdiccional, el cual es un derecho autónomo que se manifiesta de diferentes formas.

Según Salas Beteta (2011, pp.36-38.) la tutela jurisdiccional se manifiesta por medio de: el derecho de libre acceso a la jurisdicción (garantiza la posibilidad de acceder al proceso jurisdiccional), el derecho de libre acceso al proceso en

las instancias reconocidas (garantiza el poder acceder a los recursos y las instancias legalmente previstas), el derecho a obtener una resolución motivada jurídicamente que ponga fin al proceso (garantiza que el órgano jurisdiccional de una respuesta jurídica, debidamente motivada, de la controversia que inicio el proceso), y el derecho a la efectividad de la tutela judicial (garantiza que las resoluciones firmes que ponen fin al proceso puedan ser operativizadas o ejecutadas).

Por todo lo anterior, podemos decir que este principio va a actuar durante todo el proceso penal, es decir, desde la interposición de la denuncia hasta la ejecución de la sentencia (firme), que puso fin al proceso.

D. Principio de Contradicción

El inciso 2 del artículo I del Título Preliminar del CPP de 2004 prevé que toda persona tiene el derecho de tener un juicio contradictorio, ello implica que las partes procesales tengan la posibilidad de contradecir o refutar las posiciones de su contraparte.

En el proceso penal la contradicción llega a tener un papel fundamental en la defensa del procesado; debido a que, como lo señala Peña Cabrera Freyre, el principio de contradicción surge del derecho de defensa, cuando se otorga la facultad al imputado

de poder defenderse de la acusación que se le imputa por medio de refutar, contradecir y/o desvirtuar la tesis del “acusador” (2009, p.219.).

Por consiguiente, Rosas Yataco (2013, p.150.) llega a la conclusión de que un proceso penal se encontrará revestido de contradicción cuando permite que los sujetos procesales puedan hacer valer sus intereses en el proceso.

En la Guía Práctica N° 2 de Gaceta Penal y Procesal Penal se precisa que el principio de contradicción garantiza que las partes procesales (tanto acusador como acusado) puedan hacer oír sus posiciones, con el fin de rebatir los argumentos y la posición planteada por la contraparte; así también puedan aportar y controlar los medios probatorios; y puedan presentar solicitudes al órgano jurisdiccional. (2009, p.46.).

Por ejemplo, este principio se observa claramente en la etapa de juzgamiento cuando cada una de las partes se presenta ante el juez para exponer sus alegatos de apertura y/o alegatos de clausura, los cuales contienen su teoría del caso.

E. Principio de Igualdad Procesal

El principio de igualdad procesal, o también llamado principio de igualdad de armas, se encuentra amparado por el

Artículo 2° inciso 2 de la Constitución Política del Perú, el Artículo I inciso 3 del Título Preliminar del CPP de 2004, el Artículo 7° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Artículo 14° inciso 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Artículo 24° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; los cuales establecen que todas las personas somos iguales ante la ley, por lo que toda persona tendrá el derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente; asimismo las partes tendrán iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos.

Rosas Yataco (2013, p.153) señala que este principio significa que durante todo el proceso los sujetos procesales deben de ser tratados en un plano de igualdad, lo que conlleva a que las partes tengan las mismas oportunidades en el desarrollo de todo el proceso penal.

En la misma línea, Córdón citado por César San Martín Castro precisa que el principio de igualdad procesal “(...) garantiza que ambas partes procesales gocen de los medios de ataque y de defensa y de la igualdad de armas para hacer valer sus alegaciones y medios de prueba, cuya vulneración produce indefensión” (2006, p.127.); es decir, se exige que ambas partes del proceso se encuentren en las mismas condiciones frente al juez.

Por lo tanto, este principio establece que tanto la actuación del Fiscal como la actuación de la Defensa se encuentran en igual condición y bajo las mismas reglas, ello también implica que el juez no debe dar ningún tipo de preferencia a ninguna de las partes del proceso; reforzándose así también el principio de imparcialidad.

Asimismo es necesario precisar que por medio del principio de contradicción se advierte, más específicamente, el rasgo adversarial que posee el proceso penal peruano.

F. Derecho de Defensa

El derecho de defensa se encuentra previsto en el artículo 139° inciso 14 de la Constitución Política, el artículo 11° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Artículo 14° inciso 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Artículo el artículo 8° inciso 2 literal d) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Artículo IX del Título Preliminar de CPP de 2004.

A consideración de Salas Beteta (2011, p.50) el derecho de defensa constituye tanto un principio (guía el desarrollo del proceso y la interpretación de las normas procesales) como una

garantía (faculta la posibilidad de hacer valer este derecho durante el proceso).

En ese mismo sentido, Luján Túpez (2013, p.213) y Franco Chico (2015, p.104), coinciden en que el derecho de defensa constituye una garantía o una norma-principio del derecho al debido proceso; por medio del cual todo imputado tiene la facultad de contradecir la imputación en su contra, a través de los medios legales que considere pertinente.

Carroca Pérez citado por San Martín Castro (2006, pp. 119-120) advierte que el derecho de defensa posee dos dimensiones: la primera como un *derecho subjetivo* –es decir, como un derecho fundamental que le pertenece a todas las partes del proceso, siendo este irrenunciable e inalienable–, y la segunda como una *garantía del proceso* –es decir, como un requisito para la validez del proceso–.

Sobre la primera dimensión, Franco Chico (2015, p.105) precisa que el Ministerio Público propiamente no cuenta con derecho de defensa, sino más bien posee facultades o armas para poder cumplir con su rol persecutor.

Por otro lado, San Martín Castro (2006, p.120) considera que para poder ejercer el derecho de defensa no es necesario la existencia de una decisión formal al respecto, sino que solo es necesario el vínculo, que se le atribuye a una persona, con la comisión de un delito.

El Tribunal Constitucional de la Sentencia del Expediente N° 1323-2002-HC/TC, de fecha 09 de julio del 2002, en el fundamento 2 se precisa que el ejercicio del derecho de defensa posee tanto una *dimensión material* –autodefensa que ejerce el imputado– como una *dimensión formal* –asistencia de un abogado defensor durante todo el proceso–.

Asimismo, Rosas Yataco (2013, p.188) señala que el derecho de defensa engloba la asistencia de un abogado defensor, la posibilidad de disponer de los medios adecuados para poder preparar la defensa y el acceso a documentos y pruebas que fundamentan la imputación.

G. Principio de Presunción de Inocencia

Este principio se encuentra previsto en el artículo 24° inciso 2 literal e) de la Constitución Política, el artículo 11° inciso 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 14° inciso 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 8° inciso 2 de la Convención Americana

sobre Derechos Humanos y el artículo II del Título Preliminar de CPP de 2004; los cuales establecen que toda persona tiene el derecho a que se presuma de su inocencia hasta que no se establezca legalmente su culpabilidad.

Rosas Yataco (2013, p.157) considera que el principio de presunción de inocencia representa la máxima garantía procesal que obra a favor del imputado, ya que exige que ninguna persona sea tratada como culpable, sin que exista previamente una sentencia condenatoria firme en su contra.

Por otro lado, Salas Beteta (2011, p.49-50) precisa que este principio posee dos efectos: uno extraprocesal y otro procesal; el primero protegerá al imputado para que no sea tratado por la sociedad (ciudadanos, policías, medios de comunicación, etc.) como culpable hasta que no exista una sentencia condenatoria firme, y el segundo protegerá al imputado de no ser tratado como culpable, hasta que no exista un régimen de pruebas que sustenten la sentencia condenatoria.

Respecto a este segundo efecto, es importante señalar que, como lo señala Rosas Yataco (2013, p.157), el imputado no tiene la obligación de probar su inocencia, por lo que será tarea del fiscal desvirtuar la presunción de inocencia que obra a favor del imputado.

H. Principio In Dubio Pro Reo

El artículo 139° inciso 11 de la Constitución Política y los artículos II inciso 1 segundo párrafo y VII inciso 4 del Título Preliminar del CCP de 2004, prevén que en caso de duda o conflicto de leyes, sobre la responsabilidad penal del imputado, el juzgador debe aplicar y resolver lo más favorable para el imputado.

Franco Chico (2015, p.92-93) precisa que el *in dubio pro reo* es una expresión latina, la cual significa que “en la duda debe estarse a favor del reo”, este principio deriva del *principio de pro homine*; encontrando su sentido en que es mejor dejar sin castigo, que condenar a un inocente.

En la misma línea, Rosas Yataco (2013, p.163) precisa que este principio entra a tallar frente a la ausencia o insuficiencia probatoria que desvirtuó la presunción de inocencia que obra a favor del imputado; lo que conllevará a la absolución del imputado de los cargos formulados en su contra.

Por lo que podemos decir que ante una duda sobre la responsabilidad penal del imputado de los hechos que le atribuyen, el juzgador deberá resolver lo que sea más favorable para este.

I. Prevalencia del Título Preliminar

El artículo X del Título Preliminar del CPP de 2004 establece que las normas que contiene el Título Preliminar del CPP de 2004 serán utilizadas como fundamento de interpretación y prevalecerán frente a cualquier otra disposición del código.

Rosas Yataco (2013, p.197) señala que este principio establece que los principios y reglas contenidas en el Título Preliminar del CPP de 2004 deben de ser acatadas por los sujetos procesales y el juez, prevaleciendo estas normas aun cuando parezca una aparente colisión en su fuerza normativa.

Asimismo Rodríguez Hurtado citado por Franco Chico (2015, pp.131-132) considera que este principio afirma el valor expansivo de las implicancias que tiene el Título Preliminar, ya que establece que las normas que lo integran prevalecerán y deberán ser utilizadas como fundamento de interpretación.

J. Otros principios

El proceso penal no solo cuenta con los principios desarrollados líneas arriba, sino que también se rige por otros principios los cuales son: el debido proceso, la gratuidad, el plazo razonable, el juicio previo, la oralidad, la publicidad, el derecho de impugnar, la motivación de resoluciones judiciales, el

principio de *ne bis in idem*, el principio de contar con un juez natural, la legitimidad de la prueba, el principio de la no autoincriminación, entre otros.

1.6.3. DEFINICIÓN DE CONCEPTOS

Desvinculación.-

Para Luján Túpez “La desvinculación es la institución procesal penal, por la cual el magistrado previa advertencia a los sujetos procesales y la posibilidad contradictoria y probatoria, tiene la prerrogativa de condenar por un tipo penal distinto al que fuera postulado en el acusatorio, siempre que se trate de la misma familia típica (mismo bien jurídico), conlleve un tratamiento menos gravoso para el imputado y se cumpla con la tutela efectiva de los derechos de todos los sujetos procesales” (2013, p.235.)

Sistema procesal.-

Según Salas es “(...) el conjunto de principios e instituciones que configuran una determinada manera de concebir el proceso (...)” (2011, p.9)

Acuerdos Plenarios

Según Lujan Túpez “(...) son los acuerdos o conclusiones reuniones plenarias de los jueces de la Corte Suprema de la República en una determinada especialidad y sobre un tema específico, que se adoptan en el marco del artículo 116 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) (...)” (2013, p.11.)

Casación

Según Luján Túpez la casación “(...) es el recurso procesal con el que es posible anular una sentencia judicial, cuando ante la Corte Suprema de la República, se acredita la conformación de una causal establecida en la ley, por la casación no se revisan los criterios ni la valoración probatoria sino la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia (...)” (2013, pp.71-72.)

Derecho de defensa.-

Para Luján Túpez “El derecho de defensa es la garantía judicial o la norma-principio integrante del derecho al debido proceso, por el cual toda persona que ha sido emplazada judicialmente posee la facultad de preparar la contradicción o la contra argumentación con el fin de que se descarte el pedido incoado en su contra, o mejor aún que se reconozca y garantice que su posición jurídica es mejor arreglada a derecho con relación a la de su atacante.” (2013, p.212.)

Principio acusatorio.-

Para Luján Túpez “El principio acusatorio es condicionante de conducta constitucional que establece que la dirección de la persecución del delito perseguible públicamente corresponde exclusivamente al Ministerio Público (...)” (2013, p.436.)

Imparcialidad.-

Para Luján Túpez “(...) es un criterio de justicia que sostiene que las decisiones deben tomarse con base en criterios objetivos, sin influencias de

sesgos, prejuicios o tratos diferenciados por razones inapropiadas (...)” (2013, p.285.)

1.7. HIPÓTESIS Y VARIABLES

1.7.1. Hipótesis General

- La desvinculación procesal afecta al sistema procesal del Código Procesal Penal de 2004 al no respetar los principios, garantías, y derechos consagrados en la Constitución, desde un aspecto teórico.

1.7.2. Hipótesis específicas

1. La calificación de los hechos por parte del juez vulnera en el Principio acusatorio al no existir una efectiva separación de roles entre el juez y el fiscal en el juicio oral, desde un aspecto teórico.
2. La calificación de los hechos por parte del juez vulnera el derecho de defensa al tener que defenderse el imputado de una doble acusación, desde un aspecto teórico.
3. La separación de la acusación fiscal transgrede el principio de imparcialidad debido a que el juez suplente la función fiscal corrigiendo la errónea tipificación de los hechos, desde un aspecto teórico.

1.7.3. Variables

1.7.3.1. Variable independiente

Desvinculación Procesal

1.7.3.2. Variable dependiente

Sistema Procesal

1.8. OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES

VARIABLES	DIMENSIONES	INDICADORES
Desvinculación Procesal (V.I.)	Calificación de los hechos por parte del juez	Al ser una investigación de naturaleza dogmática jurídica no es factible utilizar indicadores, debido a que no se recolectara datos (a través de cuestionario y/ o entrevista) sino que realizaremos un trabajo de interpretación y análisis teórico.
	Separación de la acusación fiscal	
Sistema Acusatorio Garantista (V.D.)	Principio acusatorio	
	Derecho a la defensa	
	Derecho a un juez imparcial	

CAPÍTULO II:

METODOLOGÍA

2.1. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN

2.1.1. Métodos generales

2.1.1.1. Método hermenéutico

Se ha utilizado la hermenéutica en mérito a que se interpreta los textos escritos y se establece su verdadero sentido. Por lo tanto, debemos afirmar que la hermenéutica: “(...) es la teoría de las reglas que gobierna una exegesis, es decir, una interpretación de un texto particular o colección de signos susceptible de ser considerada como un texto (...)”. (Sandoval Casilimas, 2002. p. 67), es decir, facilita una adecuada interpretación de la norma legal y se establece el verdadero

sentido de la misma. Por lo tanto, por la naturaleza de la investigación es plausible la aplicación de este método, ya que amerita interpretar los textos legales y doctrinarios.

Por lo establecido, se debe tener en cuenta que la institución jurídica de la Desvinculación Procesal (variable) se encuentra en libros doctrinarios y textos legales; por lo que, se interpretó objetivamente dicha información con los demás libros y sentencias que se encuentren relacionados a esta institución.

2.1.1.2. Método de análisis – síntesis

El análisis fue el método utilizado en la presente investigación, ya que facilita: “(...) la separación material o mental del objeto de investigación en sus partes integrantes con el solo propósito de descubrir los elementos que lo conforman (...)”. Asimismo, el método de la síntesis ya que permitió: “(...) la integración material o mental de los elementos o nexos esenciales de los objetos con la finalidad de fijar las cualidades y rasgos principales del objeto (...)” (Noguera Ramos, pp. 52-53).

Por lo señalado, se debe tener presente que nuestra investigación emplea dicho método debido a que, se realiza un estudio de los elementos esenciales y características de la desvinculación procesal y del mismo modo se analiza el

tratamiento jurídico que se efectúa en el Proceso Penal Peruano y las demás implicancias.

2.1.1.3. Método dogmático

Se empleó el método dogmático, ya que: “(...) según este método, el Derecho debe de ser interpretado en función de los conceptos que forman redes teóricas en un sistema integrado y, en consideración, a que no se hallan desconectadas, sino como conformantes de un sistema cerrado, unitario y autosuficiente estableciendo entre ellas relación lógica – normativa que le dan coherencia y jerarquía interna (..)” (Arazamendi Ninacondor,. pp. 168 - 169).

De acuerdo a lo indicado, se debe tener en cuenta que aplicar en la presente investigación el método dogmático, permitió analizar la institución jurídica de la Desvinculación Procesal en concordancia con el sistema jurídico del Proceso Penal Peruano actual y las implicancias que se generan en la legislación peruana.

2.1.1.4. Método explicativo

El método explicativo se utilizó en la presente investigación, puesto que “ (...) su interés se centra en explicar por qué ocurre un fenómeno y en qué condiciones se manifiesta,

o por qué se relacionan dos o más variables (...)”. (Hernández Sampieri y otros, pp. 83-84)

Por lo indicado, la presente investigación aplicó el método explicativo, al explicar si la institución jurídica de la Desvinculación Procesal se encuentra bajo las aristas del Sistema Procesal Penal adoptado en el Perú según la Constitución Política; y el nivel de relación que existe entre ellas.

2.1.2. Métodos específicos

2.1.2.1. Método hermenéutico jurídico

La hermenéutica jurídica es un método específico el cual: “(...) no está centrada ni en el razonamiento deductivo ni en la argumentación de las premisas; por el contrario, principalmente, busca brindar explicación de cómo se produce el proceso de comprensión del Derecho (...)”. (Barranco Avilés, 2015. p. 91)

Por lo indicado, la hermenéutica jurídica se ha empleado para interpretar los artículos que hacen referencia a la institución jurídica de la Desvinculación Procesal, al artículo 374 inciso 1 del Código Procesal Penal del 2004 y la jurisprudencia nacional relacionada a este dispositivo legal.

2.2. TIPO INVESTIGACIÓN

2.2.1. Investigación Básica

La naturaleza de la investigación propone ser un tipo de investigación básica, en mérito a que: “(...) busca ampliar y profundizar el caudal de conocimientos científicos existentes acerca de la realidad (...)”. (Carrasco Díaz, 2005. p.43), es decir se encargara de incrementar en la teoría jurídica los conocimientos sobre la institución jurídica de la Desvinculación procesal y su desarrollo en el Proceso Penal Peruano.

Por lo tanto, es básica porque profundiza las normas respecto a la desvinculación e interpreta el tratamiento que se realiza respecto a dicha institución dentro del proceso penal peruano; es decir, al establecer un análisis y dilucidar dichas instituciones que forman parte de las variables, se aporta conocimientos para los doctrinarios y la comunidad jurídica de investigadores interesados en dicho tema.

2.2.2. Investigación Jurídica

La investigación es de tipo jurídica, en virtud a que comprende: “(...) el conjunto de procedimientos de carácter reflexivo, sistemático, controlado, crítico y creativo, cuyo objetivo es la búsqueda, indagación y el estudio de las normas, los hechos y los valores, considerando la dinámica de los cambios sociales, políticos, económicos y culturales que se desarrollan en la sociedad (...)” (Alvares Undurraga, . p.28).

Por lo señalado, la investigación recurre a dicha tipología, ya que analiza el nivel de incongruencia que existe entre la Desvinculación Procesal con el tipo de sistema jurídico que se ha instaurado en el Proceso Penal Peruano.

2.2.3. Investigación Propositiva

La presente investigación propone ser de tipo propositiva, ya que: “(...) se analiza la ausencia de una norma o se cuestiona una existente, determinando sus límites y deficiencias para proponer una nueva, la derogación o reforma. Generalmente estas investigaciones culminan con propuestas legislativas, programas, principios o fundamentos jurídicos filosóficos (...)” (Aranzamendi Ninacondor, .p. 163).

La presente investigación emplea dicha tipología a fin de que se derogue la institución jurídica de la desvinculación procesal incorporada en el código procesal penal, en merito a que esta institución contraviene a principios que consagra y guían el proceso penal peruano actual.

2.3. NIVEL DE INVESTIGACIÓN

2.3.1. Nivel explicativo

El nivel de la investigación es explicativo (Carrasco Díaz, 2005. p.42), porque ayuda a determinar cuáles son las características, cualidades y propiedades que tiene tanto la institución jurídica de la

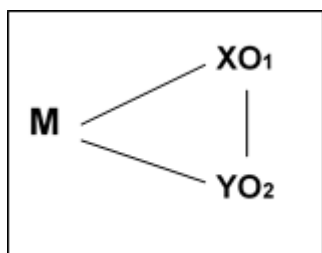
Desvinculación Procesal y Sistema Procesal Penal adoptado en el Perú; asimismo permitirá determinar la relación y compatibilidad de las mismas.

Se utiliza el nivel explicativo, ya que permitió evaluar las características de cada una de las variables y someter a una proceso de relación, examinando las semejanza o incompatibilidad entre las variables; lo cual permitió llegar a una conclusión, en relación a la influencia que produce cada una de ellas en la otra – todo ello esbozado en el Capítulo III del presente trabajo.

2.4. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

2.4.1. Explicativo

Según Carrasco Díaz S “Son aquellos diseños propios para determinar y conocer las causas o variables que generan situaciones problemáticas dentro de un determinado contexto social. Explica los hechos y fenómenos en cuanto a sus causas y consecuencias” (2005, p.72.).



M: Muestra de estudios

XO1: Resultado de la muestra 1

YO2: Resultado de la muestra 2

En la presente investigación se aplica dicho diseño porque se analizó las consecuencias que trae la aplicación de la institución de la desvinculación procesal en el sistema acusatorio garantista con rasgos adversariales; a la luz de los principios, derechos y garantías consagrados en la Constitución.

2.5. POBLACIÓN Y MUESTRA

Quiroz Salazar explica que la población “(...) es el conjunto completo de la información numérica sobre una característica particular en la que el investigador está interesado en conocer (...)” (1998, p. 126).

En nuestra investigación, al emplear el método general como la hermenéutica, dogmática y como método específico la hermenéutica jurídica, es natural que la principal fuente de información para realizar una correcta interpretación y elaboración de un correcto marco teórico sean los libros y las leyes que versan sobre la institución jurídica de la Desvinculación Procesal y el Proceso Penal Peruano; por lo tanto la población de la presente investigación comprende las principales características particulares de cada variable y demás datos que se puedan extraer de diferentes libros.

2.6. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

2.6.1. Técnicas de recolección de datos

Se utilizó el análisis documental, ya que permitió extraer del análisis de los textos doctrinarios, información muy valiosa o relevante para la presente investigación. Asimismo, se debe tener en cuenta que

esta técnica que se empleó se desarrolló en cinco etapas: en la primera etapa se buscó toda la documentación existente relacionado a la investigación; en la segunda etapa se clasificó la información, en la tercera etapa se seleccionó la información más valiosa para la investigación; en la cuarta etapa se efectuó una lectura en profundidad de los documentos encontrados a fin de establecer las contradicciones o similitudes de cada uno de ellas y en la quinta etapa se efectuó una lectura comparativa de los documentos encontrados a fin de establecer una síntesis total o final (Sandoval Casilimas, 2002, pp. 137 - 138).

2.6.2. Instrumentos de recolección de datos

Para el caso de nuestra investigación utilizamos las fichas textuales, de resumen y las bibliográficas, con lo que recreamos un marco teórico de acuerdo a las necesidades de la interpretación que hicimos de la realidad y de los textos.

2.7. PROCEDIMIENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS

Recolectamos la información como ya se ha advertido a través de las fichas documentales: textuales, de resumen y bibliográficas, pero también mediante un análisis formalizado o de contenido, esto es que para disminuir la subjetividad, analizamos las propiedades exclusivas y más importantes de cada variable, sistematizando y formando un marco teórico sustentable (Velázquez & Rey, 2010, p. 184), saturado y coherente. Por lo que utilizamos el siguiente esquema:

FICHA TEXTUAL o RESUMEN: Subtítulo del tema (tópico dirigido para saturar información)

DATOS GENERALES: Nombre completos del autor. (año). Título del libro o artículo. Edición, Volumen o Tomo. Lugar de edición: Editorial. Página; en caso de ser necesario colocar el link del libro virtual.

CONTENIDO:

“

”

2.8. TÉCNICAS DE PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS

El procedimiento fue a través de la argumentación jurídica, ya que cuando se trata de información documental, indudablemente existirán premisas y conclusiones, de las cuales se debe observar una serie de propiedades, como lo establece Ramírez Chavarry y Herrero Pons (2009, p. 23): “(...) argumentar consiste en justificar, fundamentar, basar enunciados normativos, juicios prácticos. Se trata de decir por qué debemos (o no) comportarnos de cierto modo. En otras palabras, argumentar significa exponer las premisas, normativas o no de una inferencia práctica, es decir, de un razonamiento cuya conclusión es una norma (...)”.

CAPÍTULO III:

LA DESVINCULACIÓN PROCESAL FRENTE AL SISTEMA PROCESAL

PENAL PERUANO

3.1. LA CALIFICACIÓN DE LOS HECHOS POR PARTE DEL JUEZ Y EL PRINCIPIO ACUSATORIO

El Código Procesal Penal de 2004 se encuentra bajo parámetros y lineamientos de un sistema acusatorio garantista con rasgos adversariales; el cual, tiene como fundamento principal el respeto irrestricto de principios, garantías y derechos fundamentales, consagrados en la Constitución y Tratados Internacionales. El principio acusatorio es una de las líneas rectoras de nuestro sistema procesal penal; ya que, por medio de este principio se garantiza la separación de funciones o distribución de roles durante el desarrollo del proceso penal; es decir, se encuentra separado las funciones que

cumplen el Ministerio Público, la Defensa del Imputado y el Poder Judicial (a través del juez).

Por lo que, el Ministerio Público como titular de la acción penal, tiene a su cargo la dirección de la investigación del delito –persecución del ilícito penal–, por lo que es el encargado de realizar el Requerimiento Acusatorio, el cual debe estar debidamente motivado, tanto con fundamentos objetivos como subjetivos que lo sustenten. Y el Poder Judicial, como órgano encargado de administrar justicia, teniendo a su cargo la dirección de la etapa intermedia (control de la acusación y/o sobreseimiento) y de la etapa de juzgamiento.

Si bien el Poder Judicial tiene como función principal dirigir la etapa de juzgamiento, el Código Procesal Penal del 2004 le ha dotado de ciertas facultades que rebasan de sus funciones, los cuales transgreden significativamente nuestro sistema procesal penal actual –*Sistema Acusatorio Garantista con Rasgos Adversariales*–. Debido a que, a través de la institución de la desvinculación procesal se le ha otorgado la facultad al juez de juzgamiento de modificar la calificación jurídica de los hechos de la acusación formulada por el Ministerio Público; es decir, disfrazadamente los jueces también pueden formular la acusación.

Por lo tanto, al utilizar la figura de la desvinculación, el juez usurpa las funciones del fiscal; ya que, a pesar que el Ministerio Público es el órgano facultado por nuestra constitución y la legislación procesal de perseguir el delito y formular el requerimiento de acusación; el juez asumiría a través de la desvinculación la facultad de realizar una

nueva acusación (*o doble acusación*), enmendando los errores cometidos por la Fiscalía (en la acusación deficiente) respecto a la calificación jurídica de los hechos imputados.

Es necesario precisar que, cuando el juzgador formula su tesis desvinculatoria y eventualmente el Fiscal no la asume como suya, se genera una *doble acusación*; esto porque se tendría la acusación formulada por el Fiscal y al mismo tiempo la nueva acusación que formula el juez.

Por lo tanto, al no asumir el Fiscal la propuesta de desvinculación formulada por el Juez de juzgamiento; se estaría (de haber condena) condenando a una persona **sin acusación**, en merito a que dicha calificación jurídica no sería emitida por el órgano competente, es decir el “Ministerio Público”, sino por el contrario sería emitida por el Juez. Lo cual, en la práctica trasgrede y genera un agravio al principio acusatorio; toda vez que, el Ministerio Público al ser el órgano persecutor del delito, es quien formula la acusación y debe sustentarla durante el Juicio.

Ahora bien, de acuerdo a lo señalado, por nuestra parte consideramos que dotarle facultades al juez para que efectúe una nueva calificación de los hechos contraviene el principio acusatorio, y en forma general todo el sistema procesal penal. Dicho en otras palabras, cuando al juzgador se le encomienda funciones conferidas al órgano acusador o persecutor del delito, este estaría sustrayéndose de su función cautelar; y por ende los justiciables quedarían desprotegidos. Del mismo modo, se confundiría la función de acusador y del juzgador. Por lo tanto, si el juzgador se inmiscuye en las facultades del

Ministerio Público, estaría ocupando un lugar que no le corresponde conforme a un sistema procesal acusatorio garantista con rasgos adversariales.

Además, debemos tener en cuenta que de acuerdo al modelo procesal penal instaurado en nuestro país, el requerimiento de acusación formulada por el Ministerio Público pasa por un control durante la Etapa Intermedia antes de llegar a Juicio, en el cual el Juez de Investigación Preparatoria tiene la potestad de realizar observaciones (formales y/o sustanciales) a la acusación y el Fiscal tiene la facultad de hacer modificaciones, aclaraciones y subsanaciones que correspondan. Sin embargo, cuando el Juez de juzgamiento plantea la desvinculación, es decir cuando realiza una “*acusación nueva*” está en la práctica no pasa por ningún control en la etapa intermedia. Lo cual vendría a ser arbitrario y contrario al modelo procesal.

No podemos negar que con la desvinculación, se podría corregir la incorrecta calificación de los hechos, ya que se efectúa un control de legalidad en la acusación formulada por el Fiscal; sin embargo, debe tenerse en cuenta que el control de la acusación compete únicamente al Juez de la Investigación Preparatoria durante la Etapa Intermedia, y NO al Juez del Juzgamiento, en razón de que desempeñan funciones diferentes. Por lo que, si el juez de juzgamiento se desvincula fundamentando que “*realiza un control de legalidad de la acusación*”, estaría extendiendo sus atribuciones y usurpando no solo las funciones del Fiscal sino también las funciones del Juez de Investigación Preparatoria.

Por otro lado, supongamos que el juez se desvincula y el fiscal no comparte dicha posición y mantiene su propia acusación; posterior a ello, bajo los fundamentos de su tesis de desvinculación el juzgador emite sentencia condenatoria, la cual es apelada por el procesado. ¿En la audiencia de apelación podría el Ministerio Público sostener los fundamentos de desvinculación del juez de primera instancia?, No, concretamente el fiscal no podría sostener en segunda instancia una posición con los fundamentos de la desvinculación formulada por el juez, ya que, en primera instancia no aceptó y/o acogió como suya la tesis de la desvinculación planteada por el Juez de Juzgamiento, más bien decidió mantener su acusación frente a los argumentos planteados por el juzgador; por lo que, pretender que el Fiscal asuma como suya una posición, respecto a la cual manifestó no estar de acuerdo, deviene en un acto contradictorio, que afecta el libre desarrollo de las atribuciones que desempeña el Fiscal en el proceso penal (debido a que se le impone la defensa de una tesis que no comparte).

Asimismo, se debe tener presente que el Ministerio Público se encuentra dotado de mecanismos mediante los cuales puede efectuar una modificación o integración a su requerimiento de acusación, tales como la acusación alternativa o subsidiaria y la acusación complementaria; mecanismos que no vulneran el principio acusatorio y por ende no afectan la esencia de nuestro sistema procesal penal.

Por lo tanto, no puede concebirse la institución de desvinculación procesal dentro de nuestro sistema acusatorio garantista con rasgos adversariales, ya que genera un retroceso, y lleva a nuestro proceso penal a un sistema inquisitivo, omitiendo con ello la

protección de principios, garantías y derechos consagrados en la constitución, entre ellos el principio acusatorio.

3.2. LA CALIFICACIÓN DE LOS HECHOS POR PARTE DEL JUEZ Y EL DERECHO DE DEFENSA

El derecho de defensa constituye una garantía esencial de todo proceso penal, a través del cual el acusado tiene la posibilidad de defenderse de manera eficaz y oportuna durante todo el estado del proceso *–de todo acto procesal–*, a fin de no producirse posteriormente algún menoscabo en sus derechos, intereses o su situación jurídica. Con lo cual se reafirma el respeto irrestricto y protección de su dignidad dentro de la actividad procesal, sin perjuicio de sancionarlo si se encontrará su responsabilidad frente a los hechos acusados.

Es así que, dentro del contexto de un proceso penal, una de las aristas que posee el derecho de defensa a favor del acusado es poder defenderse de la acusación interpuesta por el Ministerio Público. Por lo tanto, cuando el órgano jurisdiccional hace uso de la desvinculación procesal genera una *doble acusación*; debido a que realiza una calificación jurídica de los hechos, que resulta diferente a la realizada por el Ministerio Público. Si bien el fiscal tiene la posibilidad de acoger la tesis del juzgador, también tiene la posibilidad de rechazar dicha tesis, y por ende mantener su acusación original con la que llegó a juicio.

Ello notoriamente ocasiona un perjuicio al acusado, debido a que este no solo se tiene que defender de la tesis incriminatoria del Ministerio Público, sino también de la tesis propuesta por el juez; lo cual lleva al acusado hasta el extremo de no poder defenderse adecuadamente, por haber dos acusaciones de las que defenderse – la acusación fiscal y por otro de la calificación de los hechos propuesta por el juzgador.

Por otra parte, el plazo para que el imputado pueda ejercer su derecho de defensa no resulta razonable, debido a que, conforme lo establece la norma procesal, solo se otorga el plazo de 05 días hábiles a las partes para que puedan pronunciarse respecto a la tesis formulada por el juzgador; siendo ello totalmente desventajoso para el imputado.

Por lo tanto, el plazo otorgado a las partes para su pronunciamiento frente a la tesis del juez, contraviene el derecho de defensa del acusado, debido a que no resulta un tiempo razonable para que prepare su defensa de las imputaciones en su contra; ni mucho menos resulta un tiempo suficiente e idóneo para encontrar y aportar medios probatorios que sirvan para la defensa del acusado.

Por último, con la desvinculación no solo se vulnera el derecho de defensa sino accesoriamente se ve transgredido el principio de igualdad procesal; ya que, el Ministerio Público ostenta mayores privilegios frente a la Defensa del Imputado, generando una protección jurídica desigual.

3.3. LA SEPARACIÓN DE LA ACUSACIÓN FISCAL Y EL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD

Conforme al Artículo 138° de la Constitución Política del Perú, la potestad de administrar justicia es ejercida por el Poder Judicial; por lo que, a través de los jueces se ejerce el IUS PUNIENDI del Estado, es decir, tienen la facultad de sancionar las transgresiones de los bienes jurídicos protegidos por la legislación penal.

Asimismo, los jueces son los encargados de dirimir y resolver conflictos entre particulares o entre ellos y el Estado; por lo que su actuación no solo tiene que ser con fundamentos legales, sino se debe efectuar en observancia de los principios y derechos fundamentales regulados por la constitución y los tratados internacionales.

Por lo tanto, las facultades otorgadas al juez deben de ser realizadas con imparcialidad; garantizando así una decisión justa para las partes. La imparcialidad implica que el juzgador no puede inclinarse –antes de emitir la sentencia respectiva– a favor de ninguna de las partes. Si el juzgador favorece a una de las partes perjudicaría su rol de imparcialidad.

Cuando el juzgador se aparta de la acusación fiscal (utilizando la institución de la desvinculación procesal) para nuevamente calificar jurídicamente los hechos; estaría inclinándose a favor del Ministerio Público, ya que subsanaría un error que habría incurrido dicha parte al momento de tipificar los hechos materia de juzgamiento; con ello se configura un desmedro de su rol de juez imparcial.

Para reforzar el enunciado anterior, es necesario precisar que cuando el juez se desvincula de la acusación fiscal lo hace siempre con el fin posterior de condenar al acusado; nunca dicha facultad va a ser utilizada por el juzgador con el fin de absolver, debido a las repercusiones que generaría, es decir el cuestionamiento primero hacia la persona juez (corrupción) y segundo respecto a la “impunidad” que se desembocaría.

Por lo tanto, la desvinculación procesal resulta ser una institución que solamente es utilizada a favor del Ministerio Público, demostrando así una inclinación a favor de una de las partes; que no solo vulnera el principio de imparcialidad sino también el principio de igualdad procesal y el principio de presunción de inocencia.

3.4. DEFICIENCIAS DEL ACUERDO PLENARIO N° 04-2007/CJ-116 Y DE LA CASACIÓN N° 659-2014-PUNO.

Acuerdo Plenario N° 04-2007/CJ-116

El Acuerdo Plenario N° 04-2007-CJ-116 de fecha 16 de noviembre de 2007, fue emitido cuando en el Perú estaba vigente el Código de Procedimientos Penales de 1940, el cual adoptó un sistema procesal penal mixto, donde se evidenciaba mínimamente lo acusatorio y notoriamente el predominio de lo inquisitivo.

El Fundamento 12 del acuerdo plenario nos presenta el tema principal y establece los requisitos necesarios para la aplicación de la desvinculación, los cuales son:

1. El juez de oficio plantea la tesis de desvinculación en dos supuestos habilitados: nueva tipificación e incorporación de circunstancias agravantes.

2. Respeto del principio de contradicción y el derecho de defensa.
3. Solo es posible una desvinculación en los casos de manifiesto error.
4. El tipo legal objeto de condena en relación con el tipo legal materia de acusación ha de ser homogéneo.

Con ello el Acuerdo Plenario N° 04-2007-CJ-116 ha establecido una unidad de criterios para la postulación de la desvinculación; sin embargo el mismo presenta ciertas carencias que transgreden significativamente el sistema procesal instaurado en nuestro proceso penal actual (sistema acusatorio garantista con rasgos adversariales).

En primer lugar, en el fundamento decimo se ha señalado que *“(...) el Tribunal está sometido al principio de legalidad por el que ante un hecho concreto debe aplicar la norma que corresponda aún en contra de la pedida erróneamente por la acusación”*, dicha aseveración genera una transgresión al derecho de defensa del imputado, ya que, la balanza del órgano jurisdiccional se ve inclinada significativamente a una de las partes – “Ministerio Público”. Por lo tanto, el Acuerdo Plenario da mayor preponderancia al principio de legalidad frente al derecho de defensa del imputado, lo cual en un Estado Constitucional de Derecho y un Sistema Acusatorio Garantista Adversarial debería ser a contrario sensu; ya que el derecho de defensa es una garantía procesal general el cual permite un mejor desenvolvimiento del proceso penal.

En segundo lugar, en el fundamento once se ha establecido que *“(...) En ambos casos el referido artículo 285°-A del Código de Procedimientos Penales exige que el Tribunal lo indique a las partes, específicamente al acusado –que es lo que se denomina*

“plantear la tesis”-, y le conceda la oportunidad de pronunciarse al respecto, al punto que se autoriza a este último a solicitar la suspensión de la audiencia y el derecho de ofrecer nuevos medios de prueba. Aquí se concreta, como es obvio, el derecho de contradicción como sustento del derecho de previo conocimiento de los cargos.”. Frente a ello, se debe tener presente al momento que el juez postula la tesis de la desvinculación frente a un caso específico, el derecho de defensa del imputado se ve mermado, ya que no se le otorga un plazo razonable y adecuado para que pueda formular su defensa y presentar los medios de prueba frente a la nueva calificación jurídica.

Por último, el acuerdo plenario ha establecido que la tesis de la desvinculación se puede postular para variar la calificación jurídica planteada por el fiscal y para incorporar circunstancias agravantes. Por lo que, dichas facultades conferidas al órgano jurisdiccional genera una repercusión a la autonomía e independencia del Ministerio Público, ya que el juez ejerce funciones propias del órgano acusador.

Con ello, advertimos que el Acuerdo Plenario no tiene en cuenta que ya existen mecanismos por medio de los cuales el Ministerio Público posee la facultad de introducir a juicio un nuevo hecho o una nueva circunstancia que no se había mencionado en la acusación (Artículo 374° inciso 2 del CPP de 2004 – acusación complementaria), y/o establecer una tipificación alternativa de los hechos (Art. 336° inciso 2 literal b) y Art. 349° inciso 3 del CPP de 2004).

Casación N° 659-2014-Puno

Por medio de Casación N° 659-2014-Puno de fecha 10 de mayo del 2016, la Corte Suprema analiza si el Acuerdo Plenario N° 04-2007/CJ-116, que otorga alcances del artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales y brinda pautas para la institución de la desvinculación realizada por el juez, puede ser aplicable en casos que se tramiten bajo las normas del Código Procesal Penal de 2004.

Por lo que, conforme a los puntos 3.3 y 3.4 de la Casación, se precisa que en el Art. 285-A del C de PP de 1940 y el Art. 374 inciso 1 del CPP del 2004 subyacen la misma fórmula desvinculatoria de la subsunción jurídico penal original, por lo que el fundamento 12 del Acuerdo Plenario N° 04-2007/CJ-116 sería extensivo para ambas legislaciones procesales, por fundarse en institutos procesales “propios” del proceso penal, comunes a ambos Códigos que coexisten en la actividad jurisdiccional nacional.

Ello resulta en cierto sentido coherente, porque evidentemente podemos ver que ambos cuerpos normativos regulan la institución de la desvinculación procesal. La casación analiza este dilema desde un punto de vista “legal” (por no decir legalista), es decir, advierte que en ambos códigos se regula tal institución por tal motivo acepta la aplicación del acuerdo plenario en casos bajo el CPP de 2004.

Sin embargo, consideramos que era necesario analizar la concordancia de aquella institución con el sistema procesal adoptado por el CPP de 2004, es decir, la congruencia de la aplicación de la institución de la desvinculación dentro un sistema acusatorio garantista con rasgos adversariales.

Es evidente que para el C de PP de 1940 la desvinculación procesal es viable porque dicho código estaba bajo un sistema procesal mixto, pero al hablar del CPP de 2004 que adopta un sistema acusatorio garantista con rasgos adversariales dicha figura no encaja, por los argumentos ya señalados en acápites precedentes. Asimismo, consideramos que el legislador no debió incluir en CPP de 2004 dicha institución; al no encajar en los lineamientos del sistema procesal que se estaba instaurando en el Perú.

CAPÍTULO IV:

PROPUESTA

En primer lugar consideramos que debe derogarse artículo 374 inciso 1 del CPP de 2004 que desarrolla la institución de la desvinculación, por no encajar en un sistema procesal acusatorio garantista con rasgos adversariales. Pero estamos conscientes que ello generaría una resistencia en una parte de los aplicadores del derecho, por lo que consideramos que la propuesta más pertinente para contrarrestar los efectos de la desvinculación en los principios, garantías y derechos del proceso penal es la modificación de la norma, que garantice efectivamente un pronunciamiento fiscal, y que sea este el que decida en última fase sobre la acusación que será tomada en cuenta para emitir sentencia.

El texto del Artículo 374° inciso 1 del Código Procesal Penal de 2004 es el siguiente:

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

Por lo que la modificación del texto sería la siguiente manera:

*“Si en el curso del juicio, antes de la culminación de la actividad probatoria, el Juez Penal observa la posibilidad de una calificación jurídica de los hechos objeto del debate que no ha sido considerada por el Ministerio Público, deberá advertir al Fiscal y al imputado sobre esa posibilidad. Las partes se pronunciarán expresamente sobre la tesis planteada por el Juez Penal y, en su caso, propondrán la prueba necesaria que corresponda. Si alguna de las partes anuncia que no está preparada para pronunciarse sobre ella, el Juez Penal suspenderá el Juicio **otorgando un plazo razonable, no menor de cinco días, de acuerdo a la complejidad del caso** para dar oportunidad a que exponga lo conveniente. **Si el Ministerio Público rechaza la tesis planteada por el Juez Penal, entonces se tiene por no planteada dicha tesis. Pero si acepta la tesis planteada, la calificación jurídica primigenia se tendrá por desistida.**”*

CONCLUSIONES

1. La calificación jurídica de los hechos realizada por el juez al momento de desvincularse de la acusación fiscal vulnera el principio acusatorio, debido a que el juzgador al utilizar la institución de la desvinculación se inmiscuye en funciones propias del Ministerio Público, lo cual no encaja en un sistema procesal acusatorio garantista con rasgos adversariales.
2. La calificación jurídica de los hechos realizada por el juez al momento de desvincularse vulnera el derecho de defensa del imputado, ya que lo obliga a defenderse de dos acusaciones al mismo tiempo y del mismo modo afecta al imputado al no poseer un plazo razonable para plantear medios y estrategias idóneos frente a la tesis planteada por el juzgador.
3. La separación de la acusación fiscal por medio de la desvinculación procesal transgrede el principio de imparcialidad, ya que el juez se inclina a favor del Ministerio Público –adelantando opinión– para corregir la errónea tipificación de los hechos efectuado por el Fiscal.
4. El Acuerdo Plenario N° 04-2007/CJ-116 y la Casación N° 659-2014-Puno no analizan la concordancia de la figura de la desvinculación procesal dentro de un sistema acusatorio garantista con rasgos adversariales.
5. No es posible que un Sistema Acusatorio Garantista con Rasgos Adversariales; en el cual prima como característica principal la división de roles, el juez asuma las funciones encomendadas al fiscal. Es menester que el órgano acusador sea más eficaz

y diligente al momento de formular el Requerimiento de Acusación; ya que, la imputación efectuada no debe tener imprecisiones ni inexactitudes de la acción u omisión que se le atribuye al imputado, lo cual origina la trasgresión significativa al derecho de defensa del mismo con la aplicación de la Desvinculación Procesal.

6. Cuando el Juez de Juzgamiento se desvincula, planteando una “*acusación nueva*”, está en la práctica no pasa por ningún control de legalidad (que solo puede realizarse durante la etapa intermedia), lo cual deviene en arbitrario y contrario al Sistema Acusatorio Garantista con Rasgos Adversariales.
7. Al aplicarse la desvinculación procesal, el Juez de Juzgamiento extiende sus atribuciones y usurpa no solo las funciones del Fiscal sino también las funciones del Juez de Investigación Preparatoria.

RECOMENDACIONES

1. Resulta necesario evaluar y analizar la congruencia de la aplicación de otras instituciones –como la prueba de oficio– en el contexto del Sistema Acusatorio Garantista con Rasgos Adversariales, sistema procesal adoptado en el Perú por medio del Código Procesal Penal de 2004.
2. Es primordial que se promueva mayor capacitación dentro del Ministerio Público, con el fin de fortalecer su labor fiscal, a fin de que tipifiquen idóneamente los hechos materia de investigación.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Aguedo, R. (2014). La jurisprudencia vinculante y los acuerdos plenarios y su influencia en la adecuada motivación de las resoluciones judiciales. [Tesis Posgrado], Pontificia Universidad Católica Del Perú. Lima – Perú.
2. Álvarez, G. (2002). Metodología de la investigación jurídica: hacia una nueva perspectiva. Santiago-Chile: Danka.
3. Almanza, F. La prueba en el sistema acusatorio garantista – de tendencia adversarial del nuevo código procesal penal. [Internet]. Perú. [citado el 24 de marzo del 2017]. Disponible en:
http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2082_02_la_prueba_en_el_nuevo_codigo_procesal_penal.pdf.
4. Arbulú, V. (2015). Derecho Procesal Penal. Un enfoque doctrinario y jurisprudencial. Tomo II. Lima-Perú: Gaceta Jurídica S.A.
5. Arbulú, V. (2017). El proceso penal en la práctica. Manual del abogado litigante. Lima-Perú: Gaceta Jurídica S.A.
6. Arazamendi, L. (2010). La investigación jurídica: diseño del proyecto de investigación, estructura y redacción de tesis. Lima-Perú: Grijley.
7. Barranco, M. (2015). Hermenéutica y argumentación jurídica [Internet]. Disponible en:
https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/24958/TFM_MEADH_Oswaldo_Zavala_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y
8. Burgos, V. (2002). El proceso penal peruano: una investigación sobre su constitucionalidad. [Tesis Postgrado], Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima.

9. Baptista, M.; Fernández, C.; Hernández, R. (1991). Metodología de la investigación. (5ta ed). México: McCRAW-HILL.
10. Cafferata, J; Montero, J; Vélez, V, et al. (2004). Manual de Derecho Procesal Penal. (2da ed). Córdoba-Argentina: Ciencia, Derecho y Sociedad, UNC.
11. Calderón, L. (2015) Algunos comentarios a la desvinculación procesal en el CPP del 2004. Un análisis a partir de su evolución normativa; En Gaceta Penal & Procesal Penal, Tomo 78 (pp. 201-213). Lima-Perú: Gaceta Jurídica S.A.
12. Carrasco, S. (2005). Metodología de la investigación científica. Primera reimpresión. Lima-Perú: Editorial San Marcos.
13. Ccasa, G. (2015) Necesidad de la aplicación de la cesura de juicio oral como mecanismo procesal para optimizar los derechos constitucionales en el proceso penal en el Perú durante los años 2013-2014. [Tesis Pregrado]. Universidad Nacional de San Agustín. Arequipa – Perú.
14. Díaz, J. (2014). La Casación Penal. Doctrina y análisis de las casaciones emitidas por la Corte Suprema. Lima-Perú: Gaceta Jurídica S.A.
15. Franco Chico, C. (2015). Teorías y Técnicas Procesales. Los principios del proceso penal. Número 8. Lima-Perú: Ediciones BLG E.I.R.L.
16. Herrero, J. & Ramírez, W. (2009). Argumentación Jurídica. Lima-Perú: Ediciones Jurídicas.
17. León, E. (2016). Acusación alternativa y acusación complementaria Especial referencia a la facultad que otorga la norma procesal penal al juez (artículo 374.1 del CPP). Revista Gaceta Penal & Procesal Penal, Tomo 80 (pp.247-280), Lima-Perú: Gaceta Jurídica S.A.
18. Luján, M. (2013). Diccionario penal y procesal penal. Lima-Perú: Gaceta Jurídica S.A.

19. Nakazaki, C. (2017). El Derecho Penal y Procesal Penal desde la Perspectiva del abogado Penalista Litigante. Lima – Perú: El Búho E.I.R.L.
20. Neyra, J. (2010). Manual del Nuevo Proceso Penal & Litigación Oral. Lima-Perú: Idemsa.
21. Noguera I. (2003). Tesis Postgrado – Proceso de elaboración. Lima-Perú: Edit y Dist S.A.C.
22. Peña, A. (2009). El nuevo proceso penal peruano. Volumen 2. Lima-Perú: Gaceta Jurídica S.A.
23. Quiroz, C. (2013) El principio de congruencia y su relación con la acusación y la sentencia. [Tesis Postgrado], Universidad Andina Simón Bolívar, Loja-Ecuador.
24. Quiroz, W. (2017). Hacia la justificación constitucional de la figura de la desvinculación en el proceso penal, [Tesis Postgrado], Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima – Perú.
25. Quiroz, W. (1998). La investigación jurídica. Lima-Perú: IMSERGRAF EIRL.
26. Revilla, A. (2009). La calificación jurídica de la denuncia penal: Problemas y alternativas. En Revista Oficial del Poder Judicial. 3(5). Lima-Perú, disponible en:
<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/c0908e0045957c4a9803de7db27bf086/13.+Jueces+-+Ana+Mar%C3%ADa+Revilla+Palacios.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=c0908e0045957c4a9803de7db27bf086>
27. Rosas, J. (2013) Tratado de Derecho Procesal Penal. Análisis y desarrollo de las instituciones del Nuevo Código Procesal Penal. Volumen I. Lima-Perú: Instituto Pacífico S.A.C.
28. Salas, C. (2011). El proceso penal común. Lima-Perú: Gaceta Jurídica S.A.

29. San Martín, C. (2006). El derecho procesal penal. (2 ed.) Volumen I. Lima-Perú: Grijley E.I.R.L.
30. San Martín, C. (2015) Derecho Procesal Penal Lecciones. Lima-Perú: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales. Centro de Altos Estudios en Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales.
31. Solorzano, C. (2010). Sistema acusatorio y técnicas del juicio oral. (3ra ed). Bogotá-Colombia: Ediciones Nueva Jurídica.
32. Sandoval, C. (2002). Investigación Cualitativa. Bogotá-Colombia: ARFO.
33. Valdiviezo, A. (2011). Derecho Procesal Penal – Nuevo Proceso Penal. Lima-Perú: Gaceta Jurídica S.A.
34. Velázquez, A. & Rey, N. (2010). *Metodología de la investigación científica*. Lima: Editorial San Marcos.
35. Vélez, G. (2008). El Nuevo Código Procesal Penal: La necesidad del cambio en el sistema procesal peruano. [Internet]. disponible en:
http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080527_36.pdf.

ANEXOS

ANEXO: MATRIZ DE CONSISTENCIA

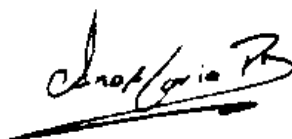
FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN	VARIABLES	METODOLOGÍA
PROBLEMA GENERAL	OBJETIVO GENERAL	HIPÓTESIS GENERAL	VARIABLE INDEPENDIENTE	<u>Método</u>
¿De qué manera la desvinculación procesal en el juicio oral afecta al sistema procesal del Código Procesal Penal de 2004, desde un aspecto teórico?	Determinar de qué manera la desvinculación procesal en el juicio oral afecta al sistema procesal del Código Procesal Penal de 2004, desde un aspecto teórico.	La desvinculación procesal afecta al sistema procesal del Código Procesal Penal de 2004 al no respetar los principios, garantías, y derechos consagrados en la Constitución, desde un aspecto teórico.	DESVINCULACIÓN PROCESAL <u>Dimensiones:</u> <ul style="list-style-type: none"> • Calificación de los hechos por parte del juez • Separación de la acusación fiscal 	_ General <ul style="list-style-type: none"> • Método Hermenéutico • Método Análisis-Síntesis • Método Dogmático • Método explicativo _ Especifico <ul style="list-style-type: none"> • Método Hermenéutico jurídico
PROBLEMAS ESPECÍFICOS	OBJETIVOS ESPECÍFICOS	HIPÓTESIS ESPECÍFICAS	VARIABLE DEPENDIENTE	<u>Tipos</u>

<p>1. ¿De qué manera la calificación de los hechos por parte del juez incide en el principio acusatorio, desde un aspecto teórico?</p> <p>2. ¿Cómo la calificación de los hechos por parte del juez vulnera al derecho de defensa, desde un aspecto teórico?</p> <p>3. ¿De qué manera la separación de la acusación fiscal incide en el principio de imparcialidad, desde un aspecto teórico?</p>	<p>1. Determinar de qué manera la calificación de los hechos por parte del juez incide en el principio acusatorio, desde un aspecto teórico.</p> <p>2. Determinar como la calificación de los hechos por parte del juez vulnera al derecho de defensa, desde un aspecto teórico.</p> <p>3. Determinar de qué manera la separación de la acusación fiscal incide en el principio de imparcialidad, desde un aspecto teórico.</p>	<p>1. La calificación de los hechos por parte del juez vulnera en el Principio acusatorio al no existir una efectiva separación de roles entre el juez y el fiscal en el juicio oral, desde un aspecto teórico.</p> <p>2. La calificación de los hechos por parte del juez vulnera el derecho de defensa al tener que defenderse el imputado de una doble acusación, desde un aspecto teórico.</p> <p>3. La separación de la acusación fiscal transgrede el principio de imparcialidad debido a que el juez suple la función fiscal corrigiendo la errónea tipificación de los hechos, desde un aspecto teórico.</p>	<p>SISTEMA PROCESAL</p> <p><u>Dimensiones:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Principio acusatorio • Derecho de defensa • Principio de imparcialidad 	<ul style="list-style-type: none"> • Investigación Básica • Investigación Jurídica • Investigación Propositiva <p><u>Nivel</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Explicativo <p><u>Diseño</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Explicativo <p><u>Técnicas de Recolección de Datos</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Análisis Documentario <p><u>Instrumento de Recolección de Datos</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Fichas resumen • Ficha textual. <p><u>Técnicas de Procesamiento y Análisis de Datos</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Los datos, que son las fichas, se procesaran por la hermenéutica que es a través de ellas se formará un marco teórico a fin de responder a las preguntas de investigación
---	---	--	---	--

COMPROMISO DE AUTORIA

En la fecha, yo **Ana María Palomino Domínguez**, identificada con DNI N° 77416819, domiciliada en la Av. Coronel Santiviáñez 1305 interior 4, Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Peruana Los Andes, me **COMPROMETO** a asumir las consecuencias administrativas y/o penales que hubiera lugar si en la elaboración de mi investigación titulada: “LA DESVINCULACIÓN PROCESAL DE LA ACUSACIÓN FISCAL EN EL JUICIO ORAL Y EL SISTEMA PROCESAL EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2004”, se haya considerado datos falsos, falsificación, plagio, etc. Y declaro bajo juramento que mi trabajo de investigación es de mi co-autoría y los datos presentados son reales y he respetado las normas internacionales de citas y referencias de las fuentes consultadas.

Huancayo, Julio del 2020

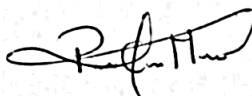


Ana María Palomino Domínguez
DNI N° 77416819

COMPROMISO DE AUTORIA

En la fecha, yo **Melina Zenaida Poma Cunyas**, identificada con DNI N° 77693266, domiciliada en el Psj. Montecarlos N° 163-C Cerrito de la Libertad – Huancayo – Junín, Bachiller Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Peruana Los Andes, me **COMPROMETO** a asumir las consecuencias administrativas y/o penales que hubiera lugar si en la elaboración de mi investigación titulada: “LA DESVINCULACIÓN PROCESAL DE LA ACUSACIÓN FISCAL EN EL JUICIO ORAL Y EL SISTEMA PROCESAL EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2004”, se haya considerado datos falsos, falsificación, plagio, etc. Y declaro bajo juramento que mi trabajo de investigación es de mi co-autoría y los datos presentados son reales y he respetado las normas internacionales de citas y referencias de las fuentes consultadas.

Huancayo, Julio del 2020



Melina Zenaida Poma Cunyas
DNI N° 77693266