

LA REDEFINICIÓN DEL OBJETO PROCESAL

**Mutación de la acusación, congruencia
y contradicción en el juicio penal**

Rafael Martín Martínez Vargas



Religación
Press

Rafael Martín Martínez Vargas

La redefinición del objeto procesal

*Mutación de la acusación, congruencia
y contradicción en el juicio penal*

Religación Press
[Ideas desde el Sur Global]

*Redefining the procedural subject matter.
Charge mutation, congruence, and cross-examination in criminal
trial*

*A redefinição do objeto processual.
Mutaç o da acusa o, congru ncia e contradit rio no processo
penal*

Religación Press

[Ideas desde el Sur Global]

Equipo Editorial

Editorial team

Ana B. Benalcázar

Editora Jefe / Editor in Chief

Felipe Carrión

Director de Comunicación / Scientific Communication Director

Melissa Díaz

Coordinadora Editorial / Editorial Coordinator

Sarahí Licango Rojas

Asistente Editorial / Editorial Assistant

Consejo Editorial

Editorial Board

Jean-Arsène Yao

Dilrabo Keldiyorovna Bakhronova

Fabiana Parra

Frisa María Antonieta Aliaga Guevara

Mateus Gamba Torres

Siti Mistima Maat

Nikoleta Zampaki

Silvina Sosa

Víctor Ancajima Miñán

.....

Religación Press, es parte del fondo editorial del Centro de Investigaciones
CICSHAL-RELIGACIÓN | Religación Press, is part of the editorial collection of the
CICSHAL-RELIGACIÓN Research Center |

Diseño, diagramación y portada | Design, layout and cover: Religación Press.

CP 170515, Quito, Ecuador. América del Sur.

Correo electrónico | E-mail: press@religacion.com

www.religacion.com

Disponible para su descarga gratuita en | Available for free download at

<https://press.religacion.com>

Este título se publica bajo una licencia de Atribución 4.0 Internacional (CC BY 4.0)

This title is published under an Attribution 4.0 International (CC BY 4.0) license.



El presente libro tiene el aval del Centro de Investigaciones en Ciencias y Humanidades desde América Latina - CICS HAL.



Título: La redefinición del objeto procesal. Mutación de la acusación, congruencia y contradicción en el juicio penal

Derechos de autor | Copyright: Rafael Martín Martínez Vargas

Primera Edición | First Edition: 2026

Editorial | Publisher: Religación Press

Materia Dewey | Dewey Subject: 345 - Derecho penal

Clasificación Thema | Thema Subject Categories: LNFx - Proceso penal

BISAC: LAW027000

Público objetivo | Target audience: Profesional / Académico | Professional / Academic

Colección | Collection: Derecho

Soporte | Format: PDF / Digital

Publicación | Publication date: 2026-10-22

ISBN: 978-9907-845-35-8

Nota obra derivada: El libro retoma y amplía los hallazgos y aportes presentados en la tesis original: "Supuestos para la aplicación de la desvinculación procesal en circunstancias modificativas de la responsabilidad penal" presentada ante la Universidad Nacional de Trujillo (Perú) por Rafael Martín Martínez Vargas en 2018.

Note: The book takes up and expands the findings and contributions presented in the original dissertation: "Supuestos para la aplicación de la desvinculación procesal en circunstancias modificativas de la responsabilidad penal" presented to the Universidad Nacional de Trujillo (Perú) by Rafael Martín Martínez Vargas in 2018.

[APA 7]

Martínez Vargas, R. M. (2026). *La redefinición del objeto procesal. Mutación de la acusación, congruencia y contradicción en el juicio penal*. Religación Press. <https://doi.org/10.46652/ReligacionPress.487>

Revisión por pares

El presente libro constituye el resultado de un riguroso proceso de investigación académica, cuya calidad metodológica y solidez argumental han sido validadas mediante un sistema de revisión por pares externos implementado bajo el protocolo de doble ciego, bajo la supervisión del Centro de Investigaciones en Ciencias y Humanidades desde América Latina (CICSHAL). Como garantía de transparencia y rigor científico, los informes de evaluación realizados por los especialistas designados se conservan en el archivo institucional de la editorial, a disposición de las instancias que así lo requieran.

Peer Review

This book is the result of a rigorous academic research process, whose methodological quality and argumentative solidity have been validated through an external peer-review system implemented under a double-blind protocol, under the supervision of the Center for Research in Sciences and Humanities from Latin America (CICSHAL). As a guarantee of transparency and scientific rigor, the evaluation reports prepared by the designated specialists are preserved in the publisher's institutional archives, available to any party that may require them.

Autor

AUTHOR

Rafael Martín Martínez Vargas

Universidad de Trujillo | Trujillo | Perú
<https://orcid.org/0000-0002-1757-062X>
rmartinezv@pj.gob.pe
rmv3626@gmail.com

Doctor en Derecho y Ciencias Políticas. Maestro en Derecho con mención en Derecho Penal y Ciencias Criminológicas. Con estudios en Maestría en Derecho Civil y Comercial y Maestría en Gestión Pública.

Resumen

Este libro explora los límites y las posibilidades de la desvinculación procesal en el proceso penal peruano. A través de un recorrido que combina el análisis doctrinal, la revisión de la legislación comparada y el estudio de sentencias emitidas en Trujillo, se examina cómo los jueces pueden apartarse de la calificación jurídica contenida en la acusación sin vulnerar el derecho de defensa ni el principio acusatorio. La obra sostiene que la desvinculación no constituye una intromisión indebida del juzgador en la función acusadora, sino un mecanismo de corrección que permite adecuar la calificación a los hechos efectivamente probados. Se identifican los presupuestos que hacen posible esta conciliación y se propone una lectura que rescata el valor del contradictorio como garantía de una decisión judicial ajustada a derecho.

Palabras clave:

Desvinculación procesal; circunstancias modificativas; responsabilidad penal; derecho de defensa; principio acusatorio.

Abstract

This book explores the limits and possibilities of procedural decoupling in Peruvian criminal proceedings. Through a journey that combines doctrinal analysis, comparative legislation review, and the study of judgments issued in Trujillo, it examines how judges may depart from the legal classification contained in the indictment without violating the right to defense or the accusatory principle. The work argues that decoupling does not constitute an undue intrusion by the adjudicator into the prosecutorial function, but rather a corrective mechanism that allows the classification to be adjusted to the facts effectively proven. The premises that make this conciliation possible are identified, and a reading is proposed that rescues the value of adversarial debate as a guarantee of a judicial decision consistent with the law.

Keywords:

procedural decoupling; modifying circumstances; criminal liability; right to defense; accusatory principle.

Resumo

Este livro explora os limites e as possibilidades da desvinculação processual no processo penal peruano. Por meio de um percurso que combina a análise doutrinária, a revisão da legislação comparada e o estudo de sentenças proferidas em Trujillo, examina-se como os juízes podem afastar-se da qualificação jurídica contida na acusação sem vulnerar o direito de defesa nem o princípio acusatório. A obra sustenta que a desvinculação não constitui uma intromissão indevida do julgador na função acusatória, mas sim um mecanismo de correção que permite adequar a qualificação aos fatos efetivamente provados. Identificam-se os pressupostos que tornam possível essa conciliação e propõe-se uma leitura que resgata o valor do contraditório como garantia de uma decisão judicial ajustada ao direito.

Palavras-chave:

desvinculação processual; circunstâncias modificativas; responsabilidade penal; direito de defesa; princípio acusatório.

LA REDEFINICIÓN DEL OBJETO PROCESAL

Mutación de la acusación, congruencia y contradicción en el juicio penal

Contenido

Revisión por pares	7
Peer Review	7
Autor	8
Resumen	10
Abstract	11
Resumo	11
Prólogo	16

Capítulo 1	23
Cuando el juez reescribe la acusación. Los límites de la desvinculación procesal y los accidentes de la responsabilidad penal	23
Una herida abierta por el viejo sistema	24
Los ecos de un debate que no cesa	28
El repliegue del "juez que conoce el derecho" ante la palabra de las partes	32
El derecho de defensa no es lo que la doctrina dice que es	39
Los contornos de un derecho que se resiste a ser definido	45
Las garantías del derecho de defensa a lo largo del proceso penal	49
El rechazo a los derechos instrumentales y la distinción entre derecho y garantía	49
La preparación de la defensa como proyección del derecho en la investigación	51
La asistencia letrada como garantía del derecho de defensa	52
La función de asistencia	55
La función de representación	56
La función legitimante	59
Quién y cómo se prepara la defensa	62
La garantía del conocimiento de los cargos de imputación	62
La garantía del tiempo razonable para la preparación de la defensa	66
La garantía de los medios adecuados para la preparación de la defensa	70
La garantía de vinculación entre la acusación y la formalización	79
El contenido y alcance del inciso 2 del artículo 349 del NCPP	83
¿Se vulnera el derecho de defensa cuando se formaliza por un tipo penal y se acusa por otro?	86

Los factores que determinan la modificación de la calificación jurídica en la acusación	91
Factores independientes a los hechos formalizados	91
Factores dependientes a los hechos formalizados	94
Sobre la vinculación subjetiva y objetiva entre la acusación y la formalización	99
Las teorías naturalistas y normativistas del hecho procesal	102
Críticas a las teorías naturalistas	104
Teorías normativistas del hecho	106
Críticas a las teorías normativas	109
La adopción de teorías normativas por la Corte Suprema y su rechazo	110
Las conclusiones sobre el hecho procesal	122
La garantía de la vinculación fáctica y su contribución a la preparación de la defensa	124
La garantía del ofrecimiento de fuentes de prueba	124
La desvinculación procesal como garantía en la etapa de juzgamiento	129
Los pronunciamientos de la Corte Interamericana y del Tribunal Europeo sobre la modificación de la calificación jurídica	138
Las circunstancias modificativas de responsabilidad penal en la desvinculación procesal	141
Definición y clasificación	141
Las circunstancias agravantes y atenuantes y su aplicación en nuestra legislación procesal	142
Las circunstancias agravantes y atenuantes en el derecho comparado	150
La doctrina y jurisprudencia española	150
La doctrina y jurisprudencia de Italia	155
La doctrina y jurisprudencia de Colombia	158
Capítulo 2	166
El taller donde se fabrican las certezas. Decisiones metodológicas para leer la desvinculación procesal	166
El territorio que se elige mirar	167
Las reglas del juego. Métodos que ordenan la mirada	169
El trabajo con las fuentes. Cómo se recogió y procesó la información	170
Las herramientas del registro. Entre la fidelidad y la interpretación	172
El mapa de las variables. Qué se midió y cómo se tradujo en indicadores	175

Capítulo 3	180
Los pliegues de la práctica. Lo que las sentencias revelan sobre la desvinculación procesal	180
El mapa de los presupuestos que hacen posible la conciliación	181
Los delitos donde la desvinculación encontró su hogar más frecuente	183
La interpretación equivocada como motor principal de las reconducciones	186
El espejo de otros ordenamientos. Cómo se regula la desvinculación más allá de las fronteras	188
Capítulo 4	194
Los hilos que teje la práctica. Cuando la desvinculación procesal dialoga con las circunstancias modificativas	194
El presupuesto de la incorrecta calificación jurídica y su huella en las sentencias	195
El segundo y tercer presupuesto. La interpretación equivocada y la discrepancia razonable	199
La casación que ilumina el error iuris y la necesidad de enmendarlo	203
El espejo de la legislación comparada. Ocho ordenamientos frente a la desvinculación	205
Capítulo 5	210
El balance de un recorrido. Lo que queda después de mirar las sentencias	210
Las razones que hicieron posible la conciliación	211
El hurto agravado como destino frecuente de las reconducciones	212
La interpretación equivocada como motor principal de las reconducciones	214
El espejo de la legislación comparada	215
Referencias	219

PRÓLOGO

El taller donde se fabrican las certezas

Todo proceso penal configura un escenario complejo de reconstrucción e interpretación de hechos pasados a través del filtro de las normas jurídicas. En el marco del juicio oral, se confrontan dos vectores fundamentales del Estado constitucional: de un lado, la potestad persecutoria ejercida por el Ministerio Público a través del requerimiento acusatorio; de otro, la garantía de intangibilidad de las posiciones de la defensa que ampara al ciudadano imputado. En esta dinámica, la acusación fiscal opera como una hipótesis provisional, formulada sobre la base de los actos de investigación previa.

No obstante, cuando los medios de prueba son sometidos al contradictorio y a la inmediación en la audiencia, la adecuación típica inicial proyectada por el persecutor penal puede resultar desvirtuada o insuficiente. El juzgador se encuentra entonces ante una disyuntiva hermenéutica e institucional: si la prueba actuada corrobora la comisión de un ilícito penal cuya calificación técnica difiere de la propuesta en la acusación, procede dilucidar si corresponde la absolución por deficiencia de tipificación o si, por el contrario, resulta jurídicamente admisible reorien-

tar el título de imputación sin lesionar el principio acusatorio ni la prohibición de indefensión.

Esta obra aborda de manera sistemática la institución de la desvinculación procesal regulada en el artículo 374.1 del Código Procesal Penal de 2004. La figura no se agota en una mera regla de técnica procesal; constituye una norma de adecuación dogmática cuya aplicación exige delimitar con precisión la correlación entre la acusación y la sentencia, el objeto del proceso y la tutela del derecho de defensa del imputado.

El repliegue del *iura novit curia* ante la contradicción

Históricamente, la aplicación del aforismo *iura novit curia* otorgó al juez la facultad de subsumir los hechos planteados en el marco normativo que estimase pertinente, bajo la premisa de la aportación de parte del material fáctico y la reserva judicial del derecho. Sin embargo, en el diseño del modelo acusatorio adversarial adoptado en el ordenamiento procesal penal peruano, esta potestad sufre una modulación sustancial en salvaguarda de las garantías del proceso.

El presente estudio examina cómo el postulado *iura novit curia* ya no opera en forma incuestionada ni inaudita parte. Si durante la actividad probatoria el órgano juris-

diccional advierte la posibilidad de una calificación jurídica distinta de los hechos objeto de debate no considerada por el fiscal, asume el deber normativo de formular la pretensión de tesis a las partes. Esta comunicación no constituye un prejuizgamiento sobre el fondo, sino una exigencia impuesta por el principio de contradicción.

El análisis delimita rigurosamente que el deber de comunicación procesal opera en beneficio de la exacta aplicación del derecho sustantivo y la debida estructuración del contradictorio. Asimismo, la investigación sostiene que el derecho de defensa penal es una categoría subjetiva exclusiva del sujeto pasivo de la imputación. Por consiguiente, la validez de la desvinculación se halla supeditada al mantenimiento estricto de la base fáctica acusada y al otorgamiento de un plazo razonable que permita al imputado y su defensa letrada readecuar su hipótesis de descargo.

Las deficiencias de la tipificación y el ajuste de la punibilidad

El texto examina los factores determinantes de la divergencia entre la imputación originaria y la sentencia. Se analizan de forma analítica los errores de subsunción en que incurre el Ministerio Público, las divergencias de interpretación dogmática en torno a las categorías del delito (tales como las fronteras entre autoría y participación, o entre dolo eventual y culpa consciente) y las imprecisio-

nes en la delimitación de los hechos de la investigación preparatoria.

Un eje analítico de la obra radica en la articulación entre la desvinculación procesal y las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal —agravantes y atenuantes, genéricas o específicas—. Al ser presupuestos de carácter accidental que inciden en la medición de la intensidad del delito y la determinación judicial de la pena, estas circunstancias requieren necesariamente de un sustrato fáctico introducido oportunamente al proceso.

El juzgador penal se halla impedido de emplear la desvinculación para incorporar de oficio hechos desfavorables no acusados por la Fiscalía. Su ámbito de actuación queda circunscrito al marco de los hechos objeto de debate. No obstante, cuando del desarrollo probatorio se desprende una menor entidad del injusto o la concurrencia de circunstancias atenuantes que favorezcan al imputado, corresponde al órgano jurisdiccional graduar el *quantum* de la sanción conforme a los principios de legalidad y proporcionalidad penal.

La evidencia empírica en Trujillo y el análisis normativo comparado

Para sustentar sus tesis teóricas, la investigación recurre a una metodología cuantitativa y cualitativa sobre la jurisprudencia de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, analizando sentencias emitidas por los juzgados penales colegiados de Trujillo entre los años 2016 y 2018.

Los resultados del trabajo empírico permiten identificar patrones recurrentes en la praxis procesal peruana. El estudio demuestra que la incorrecta interpretación jurídica de los hechos por parte del Ministerio Público constituye la causa principal de las recalificaciones procesales en el juzgamiento. Asimismo, la investigación evidencia que el delito de hurto agravado representa el tipo penal de mayor incidencia en la aplicación de la desvinculación, operando como una figura de degradación frecuente frente a acusaciones por robo agravado en las que no se llega a acreditar la violencia o la amenaza sobre la víctima.

Adicionalmente, el trabajo integra un examen de derecho comparado, evaluando el tratamiento procesal de la desvinculación en ordenamientos iberoamericanos como Argentina, Chile, Venezuela, Costa Rica, República Dominicana, España, Ecuador y Honduras. Este contraste sistemático permite ponderar la diversidad de soluciones normativas frente a la tensión entre el principio de co-

rrelación y la búsqueda de la verdad de los hechos en el proceso penal.

La obra que se presenta no es una exposición meramente descriptiva del texto normativo, sino un estudio dogmático e integrador sobre los límites del poder jurisdiccional de recalificación jurídica. Elaborado a partir de la investigación dogmática y el análisis de la práctica de los tribunales, este trabajo se ofrece a la comunidad jurídica como un aporte doctrinal dirigido a jueces, fiscales, docentes universitarios y abogados defensores.

Su lectura plantea una reflexión técnica sobre las exigencias formales y materiales de la desvinculación procesal, orientada a consolidar una praxis judicial en la que la búsqueda de una decisión ajustada al derecho penal sustantivo sea compatible con las garantías del debido proceso en el Estado constitucional.

Capítulo 1

Cuando el juez reescribe la acusación. Los límites de la desvinculación procesal y los accidentes de la responsabilidad penal

LA REDEFINICIÓN DEL OBJETO PROCESAL

Mutación de la acusación, congruencia y contradicción en el juicio penal

Una herida abierta por el viejo sistema

En la práctica del Código de Procedimientos Penales de 1940, el policía realizaba la subsunción de los hechos al tipo penal en el Atestado Policial, y esa calificación jurídica solía acompañar al acusado hasta la condena, pues el juicio de adecuación efectuado por el policía se reproducía, una y otra vez, desde la Formalización de la Denuncia hasta la Sentencia Condenatoria. Este proceder fue uno de los factores que condujo a absoluciones forzadas e incorrectas, ya que al estar mal calificados los hechos en el Auto de Apertura, la instrucción se desarrollaba únicamente en torno a esos tipos penales, de manera que la Sala Penal Sentenciadora, al advertir en juicio el error de calificación contenido en el Auto de Apertura y en la Acusación, no podía hacer otra cosa que absolver, pues el artículo 288, inciso 3, de ese mismo cuerpo legal sancionaba con nulidad el supuesto en que se hubiera condenado por un delito que no fue materia de la instrucción o del juicio oral, o se hubiera omitido instruir o juzgar un delito que apareciera de la denuncia, de la instrucción o de la acusación.

Un mecanismo de solución a esa problemática surgió aproximadamente desde 1996 con la aplicación de la figura de la Determinación Alternativa, a la que se denominaba “Principio”, y se sostenía que, apelando a él, el

Juez podía cambiar en la sentencia la calificación jurídica contenida en la acusación y en el Auto de Apertura, siempre que cumpliera ciertos requisitos determinados por la doctrina y la jurisprudencia, tales como la homogeneidad del bien jurídico protegido, la inmutabilidad de los hechos y las pruebas, la preservación del derecho de defensa, la coherencia entre los elementos fácticos y normativos y la favorabilidad.

Posteriormente, mediante Decreto Legislativo N° 959, de fecha 17 de agosto de 2004, se incorporó al ACPP el artículo 285-A, redactado en los siguientes términos: “(...) 2. En la sentencia, no se podrá modificar la calificación jurídica del hecho objeto de la acusación, salvo que la sala previamente haya indicado al acusado esa posibilidad y concedido la oportunidad para defenderse (...). 3. Se procederá de la misma forma si en el debate se advierte circunstancias modificativas de la responsabilidad penal no incluidas en la acusación que aumenten la punibilidad o justifiquen la imposición de una medida de seguridad (...)”. A partir de la dación del artículo 285-A, el Tribunal o Sala Sentenciadora debía comunicar al acusado el cambio de calificación jurídica, esto es, lo que se denomina “tesis de desvinculación”, para poder condenarlo con arreglo a esa nueva calificación; en otros términos, el acusado no podía ser condenado por un título jurídico distinto al contenido en la acusación sin que se le hubiera permitido, en audiencia, contradecir la nueva calificación

jurídica. La tesis de desvinculación se impuso, así, como requisito previo para que el Tribunal condenara por un título jurídico no contenido en la acusación y, por ende, tampoco en el Auto de Apertura.

Desde su incorporación al ACPP, la tesis de desvinculación ha generado, y sigue generando, muchas dificultades entre los operadores del derecho, y fue materia de múltiples discusiones y acuerdos, tales como la segunda ponencia desarrollada en el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal, “Desvinculación de la acusación fiscal y el carácter vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional”, celebrado en la ciudad de Trujillo el 11 de diciembre de 2004; el Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia, celebrado el 30 de septiembre de 2005; el Pleno Jurisdiccional Regional, realizado en Moquegua el 15 de octubre de 2006, donde se presentó la ponencia “Oportunidad de la desvinculación de la acusación fiscal y denuncia fiscal suficiente”; y, por último, el Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema, realizado en Lima el 16 de noviembre de 2007, en el que se adoptó, entre otros, el Acuerdo Plenario N° 4-2007/CJ-116, vigente hasta el día de hoy.

Siendo ese el escenario de la tesis de desvinculación en el ACPP, el legislador del Código Procesal Penal de 2004 persistió en ella al regularla en el artículo 374.1, según

el cual, si durante el juicio, antes de la culminación de la actividad probatoria, el juez penal observa la posibilidad de una calificación jurídica distinta 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. Cabe resaltar que, si bien el legislador del NCPP ha persistido en la tesis de desvinculación, es fácil observar que entre el artículo 374.1 del NCPP y el artículo 285-A del ACPP existen grandes diferencias, de modo que los acuerdos plenarios emitidos hasta ahora no pueden ser utilizados para la aplicación de la tesis de desvinculación en el NCPP, dado que fueron emitidos para dar coherencia a su aplicación en las prácticas del ACPP. Aunado a la falta de un acuerdo plenario que oriente a los jueces sobre la correcta aplicación de la tesis de desvinculación en el NCPP, resulta preocupante que la doctrina nacional del NCPP no se haya pronunciado sobre ella, no obstante ser cuestionada de antigüedad por lesionar el derecho de defensa, el derecho de igualdad entre las partes, el principio acusatorio o el derecho a un juez imparcial.

Por ello resulta necesario un estudio que establezca los supuestos de aplicación de la tesis de desvinculación que concilien con las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal en cuanto a la aplicación del derecho. La tesis de desvinculación no es otra cosa que la comunicación a las partes procesales sobre una distinta calificación jurídica de los hechos, de manera que la facultad del

Tribunal para calificar los hechos de manera distinta debe conciliar con las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal en cuanto a la aplicación del derecho.

Los ecos de un debate que no cesa

Entre el material informativo más relevante en el que se han desarrollado las aristas en las que se sustenta este trabajo de investigación se encuentran los siguientes. Aguilar Avilés (2014), en “Algunas consideraciones generales sobre la tesis de desvinculación procesal II”, señala que la tesis de desvinculación procesal es una instituta jurídica presente en casi todos los ordenamientos jurídicos que abrazan el sistema continental o romano francés de interpretación y aplicación del Derecho. Aunque esta figura parece haber desaparecido durante el sistema procesal inquisitivo, su presencia en el sistema acusatorio mixto de enjuiciamiento criminal es notoria, y sobre los fundamentos teóricos y prácticos esenciales de esta figura versa el presente artículo, en el que, en una primera parte, se abordan los elementos teóricos, mientras que en la segunda se abordan los fundamentos prácticos de manera comparada.

Así también, Revilla Palacios (2009), en “La Calificación Jurídica de la denuncia penal: Problemas y Alternativas”, enfatiza no solo en la problemática referida a la califica-

ción jurídica, sino también en las alternativas de solución, justamente donde participa la desvinculación procesal. En tal sentido, el autor señala que las deficiencias en la formulación de la denuncia penal, avaladas por el auto de apertura de instrucción, terminan por conducir a una posterior declaración de nulidad luego de un prolongado proceso, por lo que se hace imperativo que el operador jurisdiccional justifique debidamente su examen y calificación, pues, sin que ello signifique negar la titularidad de la acción penal al Ministerio Público, le compete al juez realizar el control de legalidad y, en tal sentido, evaluar si en el escrito de promoción de la acción penal se ha realizado una adecuada subsunción de los hechos que identifican al injusto penal imputado y, en su caso, señalar la fundamentación jurídica pertinente, con la limitación de que al hacerlo se evite variar los hechos. Esto contribuirá a eliminar los excesivos costos y la sensación de impunidad generados por las referidas deficiencias técnicas.

Escobar Antezano (2009), en “Problemas en la aplicación de la desvinculación procesal. Principio de determinación alternativa: alcances del artículo 285-a del Código de Procedimientos Penales”, refiere que la desvinculación de la calificación jurídica permite a la sala o al juzgado penal apartarse de la calificación jurídica dada por el representante del Ministerio Público, mientras no se altere el hecho punible propuesto por este. Es importante determinar quién es el titular de la delimitación del hecho punible y

de la calificación jurídica; el artículo 285-A recién se incorporó en el año 2004, lo que no ha impedido desarrollar con anterioridad el ámbito dogmático y jurisprudencial. Asimismo, nuestro ordenamiento dispone que se declare nulo cuando se condena por hecho que no ha sido materia de la acusación fiscal, es decir, no ha sido objeto de proceso, de conformidad con el artículo 298, por consiguiente, la identificación de la fundamentación fáctica solo comprende el hecho natural, y este no viene dado por la calificación jurídica ni por la entidad o cuantía de la pena pedida por un acaecer histórico, individualizado en su unidad natural y no en la jurídico penal, del que se pretende sacar una consecuencia jurídica penal, cualquiera que ella sea.

Recordemos también que, en España, el artículo 733 de la LECRIM, para el procedimiento ordinario, otorga al Tribunal la posibilidad de plantear a las partes la conocida doctrinalmente como tesis de desvinculación, es decir, una calificación jurídica del hecho punible distinta a la mantenida por estas. El fundamento de la tesis de desvinculación es complejo, pues la interpretación jurisprudencial de los principios constitucionales “ad hoc” ha venido a complicar el tema; en principio se afirmaba que la tesis de desvinculación era un acto inquisitivo del órgano jurisdiccional y, por ello, una alteración del principio acusatorio. Pero esta facultad excepcional, de que el Tribunal usará con moderación, no se extiende a las causas por delitos que solo pueden perseguirse a instancia de parte, ni tam-

poco es aplicable a los errores que hayan podido cometerse en los escritos de calificación, así respecto a la apreciación de las circunstancias atenuantes y agravantes, como en cuanto a la participación de cada uno de los procesados en la ejecución del delito público que sea materia de juicio, y es también, y al mismo tiempo, una concreción del principio de contradicción (Tesis de desvinculación del artículo 733 LECr, 2014).

Finalmente, Pérez Toro (2012), en “La desvinculación de la acusación fiscal en el nuevo modelo procesal penal decreto legislativo 957”, señala que el Nuevo Modelo Procesal contenido en el decreto legislativo 957, que se afirma como acusatorio adversarial, y en el que el impulso procesal está en manos de las partes, sin embargo, la figura de la desvinculación contradice los principios de esta norma procesal. Como ya se ha manifestado líneas arriba, el órgano facultado constitucionalmente es el Ministerio Público para formular la acusación y sobre la misma se llevará a cabo el juicio oral, como así lo establece el artículo 356 del Código Procesal; sin embargo, la realización de una nueva calificación sobre la base de nuevos hechos en el juicio oral faculta al órgano jurisdiccional a realizar una nueva calificación y sobre la misma se emite sentencia. A todas luces el inciso 1 del artículo 374 de la norma procesal contenida en el Decreto Legislativo 957 tiene visos de inconstitucional, ya que el juicio oral únicamente se llevará a cabo previa acusación penal, facultad conferida

al Ministerio Público; sin embargo, con la desvinculación por parte del Juez Penal de la acusación penal, se estaría sentenciando a un procesado sin previa acusación por parte del órgano competente.

El repliegue del “juez que conoce el derecho” ante la palabra de las partes

En este apartado se estudia el principio *iura novit curia*, principio que habilita al órgano colegiado o Juez Penal a calificar los hechos objeto de debate de manera distinta a como lo hicieron las partes del proceso, y primero se estudia desde su contenido básico y absoluto, es decir, sin tener en cuenta sus límites o restricciones, con el fin de que, al estudiar en segundo lugar el principio de contradicción, quede claro que el artículo 374.1 del NCPP busca equilibrar el principio *iura novit curia* con el principio de contradicción, siendo estos principios, a nuestro entender, los fundamentos del artículo bajo estudio. También se estudiará el derecho de defensa, pero ello se hará en el siguiente capítulo, pues se demostrará que este derecho no es uno de los fundamentos del artículo 374.1 del NCPP, apartándonos de la doctrina nacional y extranjera que considera que el derecho de defensa sí es uno de los fundamentos de la llamada tesis de desvinculación. Además de ello, los temas que se tocarán al tratar el derecho de defensa serán abordados cuando se analice en extenso

el artículo 374.1 del NCPP y las circunstancias modificativas de responsabilidad penal, por ello es que su estudio, además de importante, es necesario para los fines de la presente investigación.

La excesiva tendencia de los abogados a extenderse ante el Tribunal con consideraciones jurídicas ha sido tradicionalmente tenida como la razón de la aparición del aforismo *iura novit curia*, y suele señalarse que un Juez, cansado de las disquisiciones jurídicas de un abogado, le interrumpió diciendo “*Venite ad factum. Curia novit ius*” (dame los hechos, el juez conoce el derecho). El principio *iura novit curia* así expuesto expresa una técnica procesal de distribución de tareas entre el juez y las partes, en efecto, en el ámbito del proceso desempeña la importante función de sintetizar las funciones de los sujetos procesales: mientras que a las partes les corresponde delimitar los hechos y probarlos (*Venite ad factum*), al Juez de Juzgamiento le corresponde aportar de oficio el derecho y la investigación del Derecho o prueba del Derecho aplicable al caso (*Iura novit ius*).

Desde esta perspectiva, la función del aforismo se centra en los poderes del juez frente a las partes en relación con los materiales jurídicos (Ezquiaga Ganuza, 2000, p. 26). Desde este punto de vista, la manifestación más importante del aforismo *iura novit curia* en su vertiente de aportación de oficio del Derecho aplicable es la no vinculación

del Juez a las alegaciones jurídicas de las partes, debido a que se presume que el órgano jurisdiccional conoce aquel (Montero Aroca et al., 1998, p. 236). De lo dicho parecería desprenderse que las partes deberían pura y simplemente abstenerse de realizar alegaciones sobre la calificación jurídica, limitando su actividad a las cuestiones factuales; sin embargo, la realidad es que las partes no solo de hecho entran en cuestiones jurídicas, sino que también lo hacen de Derecho, ya que las propias leyes procesales les obligan a ello, aunque es opinión común entre los procesalistas que esos fundamentos jurídicos no integran el objeto del proceso ni vinculan al Juez a la hora de estimar o desestimar la pretensión¹.

Pero aparezcan o no en los fundamentos jurídicos en los que las partes sustentan su posición, la no vinculación del Juez a los mismos implica, al menos, estas tres consecuencias, siguiendo a Ezquiaga Ganuza (2000, pp. 27-28): aunque las dos partes del proceso estén de acuerdo en admitir la existencia de una norma que realmente no existe, el Juez no podrá tenerla en cuenta; aunque las dos partes del proceso estén de acuerdo en silenciar la existencia de una norma que realmente existe, el Juez no podrá por ello dejar de aplicarla; y el Juez puede alterar la calificación jurídica de los hechos efectuada por las partes.

1 En adelante nosotros nos referiremos al inciso 1 del artículo 374 del NCPP como desvinculación procesal.

El *iura novit curia* estaría indicando, en esta segunda función, los poderes de las partes frente al Juez en relación con los materiales jurídicos del proceso, eximiéndoles de la carga de la prueba del Derecho aplicable, tarea que, cuando sea necesaria, es emprendida por el órgano jurisdiccional. De modo que el principio *iura novit curia* no excluye la práctica de la prueba en relación con las normas jurídicas, sino que lo que estaría expresando es que a las partes no les son de aplicación las reglas generales sobre la carga de la prueba; es decir, mientras que las reglas de la carga de prueba les son aplicables a las partes en cuanto a los hechos, en virtud del principio *iura novit curia* la investigación del Derecho y la prueba del mismo corresponderían al Juez. Esta posición privilegiada de las partes en relación con la innecesariedad de la prueba del Derecho suele ser unánimemente considerada como la manifestación más típica del aforismo *iura novit curia*, por tanto, la presunción *iura novit curia* exime a las partes de la carga de probar el Derecho en el que se sustentan sus pretensiones.

Tal como hemos visto, el principio *iura novit curia* en su máximo esplendor supone la no vinculación del Juez a las calificaciones jurídicas realizadas por las partes; no obstante, este principio no puede ser aplicado en el marco del proceso penal de manera absoluta, pues debe conciliar con otros que rigen en el mismo sistema, ya que de lo contrario el Juez de Juzgamiento podría modificar en la sen-

tencia las calificaciones jurídicas que las partes realizaron sobre los hechos. Pero una fuerza de igual o mayor magnitud se contrapone a ello: el principio de contradicción. En efecto, el principio de contradicción exige que todo aquello que conformará la sentencia, hechos y Derechos, haya sido debatido por las partes o, al menos, que hayan contado con esa posibilidad, de manera que no sería posible que de súbito el Juez de Juzgamiento modifique en la sentencia los términos jurídicos que fueron objeto de debate.

De ahí que afirmemos que el legislador del NCPP ha equilibrado los poderes del Juez en cuanto a la aplicación del Derecho y el principio de contradicción mediante la fórmula denominada “tesis de desvinculación”, “desvinculación procesal”, “desvinculación jurídica” o simplemente “tesis”, regulada en el artículo 374.1 del NCPP².

Pero además de servir como límite o restricción, el principio de contradicción complementa al principio *iura novit curia*, pues de algún modo u otro, mediante la contradicción del Derecho introducido a debate por el Juez Penal en aplicación del artículo 374.1 del NCPP, este o bien puede darse cuenta de su error o bien se convencerá de que su apreciación jurídica de los hechos fue la correcta, lo cual será analizado con más detalle en el siguiente punto.

2 En adelante nosotros nos referiremos al inciso 1 del artículo 374 del NCPP como desvinculación procesal.

Montero Aroca (2008, p. 379) sostiene que cuando se habla del principio de contradicción se está haciendo referencia más bien a un modo de organizar el proceso en el que se respete el derecho de defensa; en este sentido, el principio de contradicción debe entenderse como un mandato dirigido al legislador para que, en las leyes conformadoras de los distintos procesos, estos queden regulados de modo que se respete el derecho de defensa. Por tanto, se parte de considerar la contradicción entre las partes como el más eficaz instrumento técnico para garantizar la exacta aplicación del Derecho objetivo en el caso concreto, instrumento puesto, sí, al servicio de las partes, pero también en interés general de la justicia, y se atiende a que el instrumento técnico se convierta en constitucional, y desde él puede declararse la inconstitucionalidad de la ley que regule sin respetar el principio.

Compartimos con Montero que el principio de contradicción se encuentra dirigido al legislador para que organice un proceso contradictorio, pero no compartimos que lo que se busca con ello es el respeto al derecho de defensa, tanto más si este derecho no le corresponde a todas las partes del proceso, menos aún al Ministerio Público, lo que haría pensar, si siguiéramos la posición de Montero en este extremo, que el legislador de 2004 ha diseñado un proceso contradictorio al servicio únicamente del acusado y del Ministerio Público, lo cual es un error. El proceso contradictorio no busca la protección del derecho de de-

fensa ni de ningún otro derecho, sino del interés general de la justicia; por ello es que, para nosotros, cuando la contradicción se dirige a los materiales de hecho se busca garantizar la certeza del resultado de la actividad probatoria, y cuando la contradicción se dirige a los materiales jurídicos se busca garantizar la exacta aplicación del Derecho, y en ambos casos, tal como lo sostenemos, el principio de contradicción no busca el respeto del derecho de defensa sino del interés general de la justicia.

De modo que cuando el legislador exige la aplicación del artículo 374.1 del NCPP no busca garantizar el derecho de defensa de las partes, sino la exacta o la correcta aplicación del Derecho, pues a pesar de que el aforismo *iura novit curia* es traducido y entendido en ocasiones como un conocimiento efectivo del Derecho vigente por parte del Juez, nadie parece dispuesto a defender que este conoce realmente todo el Derecho, y el Juez puede encontrarse no solo con un problema de desconocimiento del Derecho aplicable, sino también con un problema de desconocimiento de su constitucionalidad, derogación o entrada en vigor de una disposición o de una norma.

Ante esta realidad, el legislador del NCPP exige, en primer lugar, que la acusación contenga la calificación jurídica de los hechos y regula la posibilidad de que la contraparte contradiga esa calificación jurídica, con ello se facilita la tarea del Juez a la hora de aplicar el Derecho, pues de los

argumentos de las partes en cuanto al Derecho aplicable al caso o de la contraposición de las partes al respecto, el Juez puede hacer un mejor análisis del Derecho aplicable; y, en segundo lugar, exige que el Juez de Juzgamiento ponga en conocimiento a las partes sobre las modificaciones de las calificaciones jurídicas contenidas en la acusación, en aplicación del artículo 374.1 del NCPP, permitiéndoles ofrecer prueba en contrario, y esta prueba no se refiere a la acreditación de hechos, como erróneamente entiende la doctrina nacional, sino del Derecho que invocan, con todo ello el Juez podrá darse cuenta de su error, en el supuesto en que se haya equivocado, o fortalecer su posición. Desde esta perspectiva, el artículo 374.1 se erige como un eficaz instrumento técnico para garantizar la exacta aplicación del Derecho objetivo en el caso concreto, complementando, entonces, al principio *iura novit curia*.

El derecho de defensa no es lo que la doctrina dice que es

Desde una perspectiva dogmática, es decir, desde su ubicación en los textos legales, el derecho de defensa penal es un derecho fundamental debido a que se encuentra reconocido formalmente en la Constitución Política del Perú de 1993, específicamente en el artículo 139.14, en el cual se consagra “El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso”. Pero tam-

bién desde una perspectiva teórica, es decir, puramente formal o estructural, el derecho de defensa penal es un derecho fundamental, y ello aun en el supuesto de no estar reconocido formalmente en la Constitución³.

En efecto, siguiendo a Ferrajoli (2006, p. 37), desde una perspectiva teórica “son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados de status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar (...)”. La característica de universalidad del derecho de defensa penal parecería indicar que alcanza a todas las partes del proceso penal: llámese fiscalía, actor civil o tercero civil; sin embargo, ello no es así, puesto que no a todas las partes del proceso penal les asiste el derecho de defensa, sino solo al imputado, de manera que la característica de universalidad del derecho de defensa penal debe entenderse de la siguiente manera: el derecho de defensa penal le asiste a todo ciudadano a quien se le atribuye la comisión de un hecho delictivo cuya acción sea de ejercicio público.

3 (...) una definición teórica (...), prescinde de la circunstancia de hecho de que tales derechos se encuentren formulados en cartas constitucionales o leyes fundamentales, e incluso del hecho de que aparezcan enunciados en normas de derecho positivo. En otras palabras, no se trata de una definición dogmática, (...). Conforme a esto, diremos que son fundamentales los derechos adscritos por un ordenamiento jurídico a todas las personas físicas en cuanto tales, en cuanto ciudadanos o en cuanto capaces de obrar. (FERRAJOLI, 2006, p. 37)

La doctrina mayoritaria, partiendo de una definición amplia del derecho de defensa, entendido como defensa de un derecho o interés legítimo frente a la expectativa de una decisión estatal sobre él, sea porque se pretende algo o porque, al contrario, nos oponemos a esa pretensión, rechaza que el derecho de defensa le asista al representante del Ministerio Público, puesto que desde esta perspectiva del derecho de defensa, como limitación al poder estatal, al Ministerio Público solo le correspondería un conjunto de facultades o armas para cumplir su función persecutoria (San Martín Castro, 2003, p. 120). Así mismo, desde la misma definición amplia del derecho de defensa, la doctrina afirma que este derecho no solo se limita a la protección del imputado, sino que también les asiste a las demás partes del proceso, tales como el actor civil o tercero civil (Maier, 2009, p. 307).

Nosotros no estamos de acuerdo con la doctrina mayoritaria con respecto al argumento para rechazar el derecho de defensa en la función fiscal, y tampoco estamos de acuerdo con que el derecho de defensa le asista a las demás partes del proceso penal: actor civil y tercero civil. Para nosotros, fiscalía no goza del derecho de defensa debido a que este derecho solo le corresponde al sujeto pasivo de la acción penal, en tanto y en cuanto es a quién se le atribuye la comisión de un hecho delictivo perseguible oficialmente. Sobre la base del mismo fundamento con el que acabamos de rechazar el derecho de defensa

en la función fiscal, también rechazamos que el actor civil y el tercero civil sean acreedores del derecho de defensa penal; sin embargo, aquí debemos detenernos un instante. La doctrina nacional que se adhiere a la definición amplia de Maier sobre el derecho de defensa, entendido como defensa de un derecho o interés legítimo frente a la expectativa de una decisión estatal sobre él, también se adhieren a la doble dimensión que sobre el derecho de defensa realiza Carocca Pérez: como derecho subjetivo y como garantía del proceso. Evidenciándose en esta clasificación, en específico, en la dimensión subjetiva, la falta de justificación externa (ausencia de justificación fáctica y jurídica) para considerar al tercero civil y al actor civil acreedores del derecho de defensa penal (Carocca Pérez, *Garantía Constitucional de la defensa procesal*, 1998). Ello lo demostraremos a continuación.

Siguiendo a Caroca Pérez (1998, pp. 20-22)⁴, el derecho de defensa penal, desde su dimensión subjetiva, es visto como un derecho fundamental que pertenece a todas

4 Cabe señalar que se “advierde dos dimensiones del derecho de defensa: a) como derecho subjetivo; y, b) como garantía del proceso. En lo que respecta a la primera dimensión, es visto como un derecho fundamental que pertenece a todas las partes del proceso, cuyas notas características son su irrenunciabilidad (la parte no puede decidir que no se le conceda la oportunidad de defenderse) y su inalienabilidad (no puede ser dispuesta por su titular, ni su ejercicio puede serle sustraído ni traspasado a terceros. En cuanto a su segunda dimensión, de carácter objetivo institucional, la defensa constituye un verdadero requisito para la validez de proceso, siempre necesaria, aunque al margen o por sobre la voluntad de la parte para la validez del juicio.

las partes del proceso, cuyas notas características son su irrenunciabilidad (la parte no puede decidir que no se le conceda la oportunidad de defenderse) y su inalienabilidad (no puede ser dispuesta por su titular, ni su ejercicio puede serle sustraído ni traspasado a terceros). En este argumento se evidencia una ausencia de justificación fáctica, por cuanto la parte agraviada del ilícito penal puede decidir si accionar o no civilmente en el proceso penal; es decir, puede decidir que se le conceda o no la oportunidad de “defender” sus intereses en el proceso penal. Puede también, en el caso en que se haya constituido en actor civil, renunciar a su derecho de acción civil; es decir, puede disponer de su derecho de acción.

También se evidencia, en ese mismo argumento, una ausencia de justificación jurídica, debido a que rige sobre la pretensión civil el principio dispositivo, y porque las normas que regulan el proceso penal de 2004 permiten,

por un lado, la iniciación⁵ y continuación⁶ del juicio oral⁷ sin la presencia efectiva del actor civil y del tercero civil; y por otro, sanciona con tenerse por abandonada la constitución en parte en caso el actor civil no concurra a las audiencias del juicio oral, lo que de ninguna manera puede suceder con el imputado (con respecto a la instalación del juicio oral⁸) y su abogado defensor (con respecto a todo el juicio oral, desde su instalación hasta los alegatos de clausura es imprescindible su presencia⁹).

5 Artículo 369, inciso 1 establece que “La audiencia solo podrá instalarse con la presencia obligatoria del Juez Penal o, en su caso, de los jueces que integran el Juzgado Penal Colegiado, del Fiscal y, con las prevenciones fijadas en el artículo 366º, del acusado y su defensor”. Mientras que el inciso 2, preceptúa que “El Juez Penal verificará la correcta citación a las partes, así como la efectiva concurrencia de los testigos y peritos emplazados. La inasistencia de las demás partes y de los órganos de prueba citados no impide la instalación de la audiencia. (...)”.

6 Artículo 359.7 regula que “Cuando el actor civil o el tercero civil no concurra a la audiencia o a las sucesivas sesiones del juicio, éste proseguirá sin su concurrencia, sin perjuicio de que puedan ser emplazados a comparecer para declarar. (...)”.

7 Artículo 359.7 establece que “(...) Si la inconcurrencia es del actor civil, se tendrá por abandonada su constitución en parte”.

8 El artículo 349.1 del Código Procesal de 2004 establece, con respecto a la instalación de la audiencia, que “La audiencia sólo podrá instalarse con la presencia obligatoria del Juez Penal o, en su caso, de los Jueces que integran el Juzgado Colegiado, del Fiscal y, con las prevenciones fijadas en el artículo 366º, del acusado y su defensor”. Por su parte el artículo 359.4, del mismo texto, establece que “si el acusado que ha prestado su declaración en el juicio o cuando le correspondiere se acoge al derecho al silencio, deja de asistir a la audiencia, ésta continuará sin su presencia y será representado por su defensor (...)”.

9 El artículo 359.4, del Código Procesal de 2004, establece que “cuando el defensor del acusado, injustificadamente, se ausenta de la audien-

De manera que no a todas las partes del proceso penal les asiste el derecho de defensa penal, sino solo al imputado. Adquiere mayor solidez nuestra postura si a lo dicho le agregamos que tiene respaldo jurisprudencial. En efecto, la Corte Suprema de Justicia de Lima, en R.N. N° 4728-2006, de fecha catorce de mayo de dos mil ocho, en su fundamento décimo, dejó sentado que el derecho constitucional de defensa lo ejerce el imputado y su abogado defensor, de forma verbal o escrita, ante la autoridad competente; por lo tanto, ese derecho no es atribuible a la parte civil, a quien no se le imputa la comisión del delito, todo lo contrario, es la víctima de esa acción ilícita.

Los contornos de un derecho que se resiste a ser definido

Sobre el derecho de defensa, tal como hemos visto, se ha dicho mucho, pero a la vez no se ha dicho nada cierto. La razón de las incorrectas clasificaciones, creemos, responde a que no se ha definido, de manera clara y precisa, al derecho de defensa; se le ha otorgado un contenido genérico con el fin, suponemos, de proteger al imputado

cia o no concurra a dos sesiones consecutivas o a tres audiencias no consecutivas, sin perjuicio de que, en ambos casos, a la segunda sesión se disponga la intervención de un abogado defensor de oficio, se le excluirá de la defensa. El abogado defensor de oficio continuará en la defensa hasta que el abogado nombre otro defensor". Por su parte el artículo 396.1, del mismo texto, establece que "(...) la sentencia será leída ante quienes comparezcan".

de las mayores vulneraciones; sin embargo, en la práctica procesal, se niega su vulneración por no poderse precisar de qué manera ha sido vulnerado. Por ello, nosotros, partiendo de una definición genérica del verbo defenderse, definiremos al derecho de defensa penal, definición sobre la base del cual buscaremos su proyección en las etapas del proceso.

En un sentido general, pre jurídico y natural, el verbo defenderse significa rechazar por sí mismo una agresión (Carocca Pérez, 2005, p. 85). Si trasladamos este concepto general al ámbito del derecho procesal penal, podemos definir al derecho de defensa como la facultad del sujeto pasivo de la acción penal, quien es el que sufre el ataque (agresión) a sus bienes jurídicos más importantes (entre ellos, su libertad), de llevar a cabo un conjunto de actividades tendientes a acreditar su inocencia o cualquier circunstancia capaz de excluir o atenuar su responsabilidad penal (lucha por su supervivencia social) (Binder, 2000).

La definición acabada de dar no es arbitraria, responde al denominador común de las definiciones del derecho de defensa en doctrina, claro está cuando ésta hace referencia concreta al imputado, pues tal como lo dijimos líneas arriba para la doctrina mayoritaria el derecho de defensa les asiste a todas las partes del proceso penal, menos al Ministerio Público. Así tenemos al argentino Vélez Mariconde (1986, p. 377), quién menciona que la defensa del

imputado, desde un punto de vista subjetivo, es el derecho subjetivo público individual de acreditar su inocencia o cualquier circunstancia capaz de excluir o atenuar su responsabilidad (...).

Al respecto Jauchen (2009, p. 151) lo define como el insoslayable derecho subjetivo individual, de carácter público, de intervenir en el proceso penal en todo momento, de probar y argumentar en él, por sí y por medio de abogado todas las circunstancias de hecho y fundamentos de Derecho que desvirtúen la acusación, con el propósito de obtener una declaración de eximición o atenuación de la responsabilidad penal atribuida. Clariá Olmedo (1998, pp. 61-62), refiere que “Sustancialmente, la defensa del imputado es oposición a la incriminación, en cuanto se alega la inocencia o una atenuación de responsabilidad. Se niegan los elementos de la imputación o se contraponen afirmaciones, pruebas y alegaciones tendientes a desvirtuarlos”.

Está claro que se hace referencia concreta al imputado, pues tal como lo dijimos líneas arriba para la doctrina mayoritaria el derecho de defensa les asiste a todas las partes del proceso penal, menos al Ministerio Público. Esta definición, además, le otorga contenido y alcance exacto al derecho de defensa: el derecho de defensa no es sino la facultad del imputado de llevar a cabo un conjunto de actividades tendientes a acreditar su inocencia u otra cir-

cunstancia que excluya o atenúe su responsabilidad penal. Esta definición, también, es una definición funcional, dinámica, acorde con lo que sucede en la práctica procesal: el Ministerio Público construye una hipótesis inculpativa (pretende desvirtuar el derecho de presunción de inocencia del imputado), mientras que el imputado, sobre la base del derecho de defensa, construye una hipótesis defensiva (pretendiendo acreditar su inocencia o cualquier circunstancia que excluya o atenúe su responsabilidad penal). Esta definición, por último, al tener un contenido y alcance exacto, permite identificar cuándo es vulnerado el derecho de defensa: el derecho de defensa será vulnerado cuando al imputado no se le conceda la posibilidad real de acreditar su inocencia u otra circunstancia que excluya o atenúe su responsabilidad penal.

En este sentido, compartimos las dudas del maestro Montero Aroca (2008, p. 176), sobre el Principio de Objetividad que debe de regir sobre la actividad del Ministerio Público, así pues, el mencionado autor refiere: “Si la dirección en la realización de la actividad investigadora es monopolio del fiscal, el cual prepara sólo su acusación, no el juicio oral, ¿quién preparará el juicio oral desde el punto de vista de la defensa? Lo dicho antes para los demás acusadores se presenta aquí de modo más grave, si cabe, cuando se trata del imputado y su defensa. ¿Quién realizará la investigación que precisa la defensa? Es inútil querer convencernos de que el fiscal, que es siempre una

parte parcial que se mueve por criterios de persecución de intereses generales, va a tirar piedras contra su propio tejado realizando motu proprio los actos de investigación que interesan a la defensa de su acusado (...)"

Las garantías del derecho de defensa a lo largo del proceso penal

El rechazo a los derechos instrumentales y la distinción entre derecho y garantía

En doctrina se suele afirmar que el derecho de defensa cuenta con otros derechos que no son más que una derivación de aquél (Neyra Flores, 2010, p. 195); en otros términos, se afirma que el derecho fundamental de defensa penal se integra con todo un catálogo de derechos también fundamentales de carácter instrumental (Gimeno Sendra et al., 1996, p. 210). Estos derechos fundamentales e instrumentales al derecho de defensa penal, a decir de esta doctrina (San Martín Castro, 2015, p. 120), se podrían sintetizar en los siguientes: el derecho a ser informado de los cargos de imputación, el derecho a contar con un abogado defensor, el derecho a contar con un tiempo adecuado para la preparación de la defensa y el derecho a contar con medios adecuados para la preparación de la defensa.

Sin embargo, a nuestro entender, todos estos “derechos instrumentales” no son más que las garantías del derecho

de defensa. Existe, pues, en doctrina, una confusión entre los términos derechos y garantías, lo cual no solo supone un problema de dicción, sino que, además, con ello se pone en riesgo la concretización en lo fáctico de los primeros por ausencia de las segundas (ausencia por considerar como derechos a las que son sus garantías), puesto que, por definición, garantía es el nexo que disminuye la distancia estructural entre derecho y eficacia (Ferrajoli, 2004, p. 25); de modo que todo derecho fundamental, para que se efectivice en la práctica, necesita de garantías.

En efecto, los derechos fundamentales, así como los demás derechos, siguiendo a Ferrajoli (2004, p. 43), consisten en expectativas positivas o negativas a las que corresponden obligaciones (de prestaciones) o prohibiciones (de lesión). Desde esta perspectiva, las garantías serán, para Ferrajoli y para nosotros, tanto las prestaciones como las prohibiciones. Convenimos en llamar, separándonos en este punto de Ferrajoli (2004, p. 43), garantías positivas a las obligaciones del Estado de “dar u otorgar” algo al ciudadano para la realización en lo fáctico de sus derechos; mientras que llamaremos garantías negativas a las “autolimitaciones” del Estado para no lesionar los derechos del ciudadano.

La preparación de la defensa como proyección del derecho en la investigación

Para determinar la función de las garantías del derecho de defensa en la etapa de investigación preparatoria es necesario, en primer lugar, saber la proyección de aquél en esta fase procesal; y para determinar la proyección del derecho de defensa en la Etapa de Investigación Preparatoria (EIP), debemos hacer un conjunto de inferencias partiendo de la definición del derecho de defensa aquí defendida. Dijimos que sobre la base del derecho de defensa el imputado cuenta con la posibilidad de desencadenar un conjunto de actividades tendientes a acreditar su inocencia o cualquier circunstancia capaz de excluir o atenuar su responsabilidad penal.

Ahora bien, reparemos en el término “acreditar” de la definición del derecho de defensa. Si acreditar, en sentido estricto, es probar afirmaciones en juicio oral; y si para probar afirmaciones, previamente, se debe introducir a juicio fuentes de prueba (Palacio Lino, 2000, p. 22); y si la actividad de introducción de fuentes de prueba, normalmente, se realiza en la Etapa Intermedia, a través de los distintos medios de prueba (Devis Echandía, 2000, p. 22); y si para introducir fuentes de prueba en la Etapa Intermedia, en principio, se tiene que buscarlos y acopiarlos; y si la búsqueda y acopio de fuentes de prueba, por excelencia, se lleva a cabo en la Etapa de Investigación

Preparatoria; y si, por último, la actividad de búsqueda y acopio se denomina preparación (Oré Guardia, 2005, p. 9). Por consiguiente, la proyección del derecho de defensa en la etapa de investigación preparatoria consistirá en la facultad del imputado de prepararse para un eventual juicio oral, buscando y acopiando fuentes de prueba con los cuales acreditará en juicio su inocencia u otra circunstancia capaz de excluir o atenuar su responsabilidad penal.

Sobre la base de lo dicho anteriormente, al derecho de defensa, en tanto derecho fundamental, le corresponde también garantías positivas y garantías negativas para su realización en lo fáctico. Y siendo que en la EIP la proyección del derecho de defensa penal consiste en la facultad del imputado de prepararse para un eventual juicio oral, buscando y acopiando fuentes de prueba con los cuales acreditará en juicio su inocencia u otra circunstancia capaz de excluir o atenuar su responsabilidad penal, entonces, todas las garantías del derecho de defensa, positivas y negativas, en la EIP, tendrán como función garantizar la concretización en lo fáctico de la preparación de la defensa.

La asistencia letrada como garantía del derecho de defensa

Debe quedar en claro que la elección de un abogado defensor público o privado, conocido como derecho de

defensa formal, puede deberse a distintos factores, siendo uno de ellos el que imputado no letrado, en nuestro medio, está imposibilitado de ejercer su propia defensa, siendo otro, el que el imputado con calidad de abogado defensor no pueda ejercer su propia defensa debido a la presión psicológica y anímica causada por la puesta en peligro de su libertad (mediante la imputación). Siendo así, la asistencia y representación letrada se erige como una garantía del derecho de defensa en los supuestos en los que su titular, el imputado, no lo pueda ejercer.

Ante la acción penal el ordenamiento le concede al imputado un derecho de signo contrario: el derecho de defensa (Gimeno Sendra, 2007, p. 486). Siguiendo la línea del autor Vásquez Rossi (1995, p. 286), quien señala que frente al derecho a la acusación, al ejercicio de la acción en el proceso penal (derecho a obtener la tutela judicial efectiva) cuyos titulares son las partes acusadoras, el ordenamiento jurídico inevitablemente ha de reconocer un derecho de signo contrario: el derecho del sujeto pasivo del proceso, del acusado o del imputado a obtener también la tutela efectiva por medio de una adecuada defensa. De igual forma el español Moreno Catena (2008, p. 77), establece que: “Frente al derecho a la acusación se reconoce un derecho de signo contrario: el derecho del acusado a articular una adecuada defensa, a repeler esta agresión que pone en cuestión sus bienes jurídicos más importantes, entre ellos, su libertad”.

Sin embargo, el imputado no podrá, por una parte, enfrentarse en igualdad con el representante del Ministerio Público (en adelante MP); y por otra, preparar su defensa. Ello debido a su falta de conocimiento sobre el derecho en general y sobre el derecho penal sustantivo y procesal en particular (en el supuesto que el imputado no sea letrado), o porque no pueda sustraerse de la carga psicológica y anímica que supone la puesta en peligro de su libertad (en el supuesto que el imputado sea letrado). De ahí que el Estado le otorgue al imputado la garantía de asistencia y representación letrada, asistencia y representación que garantiza, de un lado, la concretización del derecho de igualdad; y de otro, la concretización del derecho de defensa. Respecto de ello podemos decir que, la defensa (por la exigencia de igualdad) implica también la equivalencia de conocimientos jurídicos (Cafferata Nores, 2000, citado en Pico Junoy, 1993, p. 106).

El autor español Pedráz Penalva (2000, p. 241), refiriéndose a sentencias del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo español, refiere que el derecho a la asistencia letrada es un derecho subjetivo público que configura el contenido esencial e indispensable del derecho de defensa y que tiene por finalidad, al igual que las demás garantías del derecho en que se integran, la efectiva realización de los principios de igualdad de armas y de contradicción. Ahora bien, para precisar el contenido y alcance exacto de la garantía de asistencia y representación letrada,

debemos estudiar de manera separada las funciones que cumple el abogado defensor en el marco del proceso penal, estas funciones son: función de asistencia, función de representación y función legitimante del proceso.

La función de asistencia

La función de asistencia letrada consiste en la comunicación con el imputado fuera y dentro del proceso, con la finalidad de orientarlo de manera objetiva acerca de su situación legal, de instruirlo acerca del material fáctico-jurídico formulado en su contra y de guiarlo en la búsqueda de fuentes de prueba a su favor. Para Claría Olmedo (1998, p. 86), esta función se cumple cuando el abogado defensor asiste material y técnicamente con el consejo, instruyéndolo en la apreciación de los hechos y pruebas, con el patrocinio jurídico en lo sustancial y formal.

Para el profesor argentino Vásquez Rossi (2008, p. 226), la función de asistencia se manifiesta a través de la experiencia, de la serenidad, del enfoque objetivo de la situación, del asesoramiento sobre la situación legal y del consejo durante la comunicación con el imputado fuera del proceso o dentro de él. Esta función de asistencia se desenvuelve en diferentes aspectos que contribuyen a delimitar con fuertes trazos de peculiaridad del defensor penal, y debe ser entendida no sólo como el aporte de ne-

cesidades aclaratorias teóricas y prácticas, sino también como indicaciones precisas para el mejoramiento de la situación del imputado.

La función de asistencia se traduce, desde un inicio y hasta el fin de su actuación, en el asesoramiento al imputado en forma integral, esto es, informarle, ilustrarle, explicarle, aconsejarle, cuál es su situación legal y procesal; de qué forma debe explicar ante el tribunal los hechos; si es conveniente que declare o se niegue a hacerlo total o parcialmente, y en suma, asesorarlo permanentemente sobre la conducta, expresiones, explicaciones, aclaraciones, objeciones, y demás derechos y deberes que tiene frente a cada acto procesal y en cada etapa del proceso, sugiriéndole siempre cuál es la postura que debe adoptar por ser la que más puede favorecerlo (Jauchen, 2009, p. 162).

La función de representación

La función de representación se advierte, en cambio, cuando el defensor actúa en el proceso sin la presencia efectiva del imputado para hacer valer sus intereses jurídicos en forma efectiva (Claría, 2008, p. 87). Puesto que la mayoría de los actos procesales presuponen del conocimiento especializado sobre la materia, conocimiento del cual carece, cuando éste no es abogado, o no pueda ser utilizado por el imputado, cuando sea letrado, pero no puede sustraerse de la carga psicológica que supone la

posible pérdida de su libertad, y del cual goza su abogado defensor público o privado (al menos en teoría). Por ello es que la presencia física de aquél no es necesaria en estos actos, ni siquiera es necesaria su aprobación; por ejemplo, cuando el abogado público o privado deduce excepciones.

El autor Jauchen (2009, p. 163), menciona que la representación se ejerce, por ejemplo, cuando propone u ofrece prueba que tiendan a favorecer al imputado; cuando verbalmente o por escrito se dirige al órgano jurisdiccional o al Ministerio Fiscal efectuando instancias impugnativas de nulidad, oponiendo excepciones dilatorias o perentorias, solicitando el sobreseimiento, interponiendo recursos, etcétera; cuando es destinatario de notificaciones de resoluciones judiciales; cuando asiste a la realización de algún acto definitivo e irreproducible; durante el debate oral la representación es autónoma cuando el imputado se niega a asistir a la audiencia, es expulsado de la sala, o alejado de ella mientras declaran los coimputados.

Es en cumplimiento a su función de representación que el abogado defensor elige la estrategia de defensa con la cual afrontará el proceso penal. El tipo de defensa que elija puede enmarcarse en la defensa basada en la exposición de contra hipótesis o en la basada en la confutación de la hipótesis incriminatoria. Esta es una clasificación que la doctrina, específicamente la italiana, dentro de la cual enmarca la actividad del abogado defensor en el marco del juicio oral: uno basado en la exposición de contra hipóte-

sis (Traversi, 2005, p. 57) y otro basado en la confutación de la hipótesis acusatoria (Traversi, 2005, p. 56). Sin embargo, nada obsta para que también describan la actividad del abogado defensor en la etapa de investigación preparatoria. Efectivamente, pues una vez que fiscalía emite la Disposición de formalización de la Investigación Preparatoria (en adelante formalización), el abogado defensor puede buscar el sobreseimiento a favor de su patrocinado a través de dos formas: cada una de las cuales engasta o bien en la defensa de confutación o bien en la defensa de contra hipótesis. Para que no quede duda al respecto, veamos sino las formas utilizadas por la defensa para obtener el sobreseimiento.

La primera es atacando la coherencia lógica de la hipótesis inculpativa o la credibilidad del agraviado y de los testigos cuyas declaraciones la corroborarían. Esto último se dará cuando, por ejemplo, el abogado defensor los interroga y logra que se contradigan en sus propias afirmaciones, generando dudas sobre la credibilidad de los testigos o del agraviado. Esta primera forma de afrontar la EIP engasta en la línea defensiva basada en la confutación de la hipótesis inculpativa. La segunda es introduciendo mediante la declaración del imputado una historia alternativa a la imputación fáctica contenida en la formalización. La misma que deberá ser probada, probar en sentido amplio, mediante fuentes de prueba: las que logró acopiar o las que serán acopiadas en el transcurso de la fase de

investigación preparatoria. Esta forma de afrontar la EIP se enmarca dentro del tipo de defensa basado en la exposición de contra hipótesis.

Respecto de la prueba, el autor Miranda Estrampes (1997, p. 16), señala que la prueba como comprobación o verificación de la exactitud no es una actividad que se realice en el campo del derecho, sino que es, ante todo, una actividad del ser humano que tiene aplicación en otras ciencias extrajurídicas, incluso, en la vida cotidiana. Es una actividad que se realiza en todas las facetas o áreas en donde se desenvuelve la personalidad humana, y tiene, por consiguiente, un carácter metajurídico o extrajurídico. De lo dicho se desprende que cuando el abogado defensor pretende acreditar, en sentido amplio o estricto, la inocencia de su patrocinado sea en la EIP, sea en el juicio oral, siempre necesitará acopiar fuentes de prueba, esto es, preparar la defensa; pues solo así se puede probar, en sentido amplio y estricto, alguna hipótesis defensiva contraria a la hipótesis incriminatoria.

La función legitimante

La defensa técnica, además de ser una garantía de los derechos del imputado, es una garantía del proceso democrático. De aquí que se exija que la asistencia y representación letrada no sea ilusoria o teórica, sino real y efectiva, dado que los derechos de igualdad, de defensa

y de presunción de inocencia, derechos que el abogado defensor está llamado a garantizar (efectivizar), no son derechos subjetivos privados sino públicos y conforman, además, la piedra angular sobre la base del cual se erige todo proceso democrático. Por ello es que la asistencia y representación letrada es necesaria aún al margen de la voluntad del imputado, pero sólo cuando aquella es real y efectiva se legitima el proceso penal y la sanción penal; en otros términos, el hecho de que el abogado defensor realice una actividad simplemente formal o ilusoria acarrea como consecuencia la vulneración de la función legítima del proceso a la par que del derecho de defensa.

La doctrina de la asistencia y representación letrada eficiente es fruto de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). En efecto, para este Tribunal la presencia física del letrado no legitima el proceso penal, sino solo su participación efectiva¹⁰.

Esta doctrina ha sido acogida por varios países, entre

10 La doctrina del TEDH sobre el derecho de defensa ha supuesto avances muy importantes en su salvaguarda y promoción, estimando un número importante de demandas por vulneración del art. 6.3.c) del CEDH. Conforme a esta doctrina “el objetivo primordial del Convenio consiste en proteger derechos no teóricos ni ilusorios, sino concretos y efectivos” (STEDH de 9 de octubre de 1979, caso Airey), “de forma que el nombramiento de un abogado no asegura, por sí mismo, la efectividad de la asistencia que puede proporcionar al acusado” (STEDH de 24 de noviembre de 1993, caso Imbrioscia).

ellos, España¹¹, Argentina¹², Colombia¹³, Bolivia¹⁴, Perú¹⁵ (Concordante con Sentencia Avalos Rodríguez y Robles Briceño) (Ávalos Rodríguez & Robles Briceño, 2008, pp. 122-133), entre otros.

11 El Tribunal Constitucional Español en SSTC 18/1995, SSTC 162/1993, SSTC 132/1992 y SSTC 178/1991, sostuvo que “el derecho fundamental de la asistencia letrada debe ser real y efectiva y no meramente formal e ilusoria”.

12 Cf. CSJN, fallos: 189:34. Caso Rojas Molina. “se han violado reglas esenciales del procedimiento; el acusado ha sido condenado sin ser oído, puesto que el defensor que se le designó no ha dicho una sola palabra en la defensa del acusado (...) Toda estructura del Código de Procedimientos demuestran la necesidad de una defensa efectiva”.

13 Tanto la casación N° 27283-Sistema Acusatorio Colombiano C/. ÓMAR BENJAMÍN DÍAZ VELA, como la Sentencia que condena a OMAR BENJAMÍN DÍAZ VELA, declararon la nulidad del proceso, porque el defensor del vinculado no ejerció adecuadamente el cargo para el cual fue designado, al extremo que en el juicio no presentó su teoría del caso ni controvertió las pruebas, tan sólo habló de manera “torpe e incoherente”.

14 El Tribunal Constitucional de Bolivia en la sentencia del 29 de marzo de 2005, emitida en el proceso de hábeas corpus 2005-11029-23-RHC, sostuvo que el defensor de oficio violó el derecho a la defensa del contumaz, al no interrogar a los testigos de cargo, no realizar control de la prueba de cargo, no ofrecer prueba de descargo, no formular alegatos. Sostuvo, en definitiva, que “el mero acto de presencia del abogado vulnera el derecho a la defensa”.

15 Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de la Libertad. Proceso Penal N° 2009-00186-0-1601-SP-PE-1. Sentencia de fecha diecinueve de octubre del año de 2009. En la cual se declara la Nulidad de la sentencia condenatoria por defensa meramente simbólica (infracción del derecho a la defensa técnica) del procesado.

Quién y cómo se prepara la defensa

La preparación de la defensa presupone del conocimiento especializado sobre temas penales y procesales, por ejemplo, teoría general de la prueba, teoría general del delito y técnicas de litigación, en específico, sobre cómo preparar un caso. Ello hace que la preparación de la defensa recaiga necesariamente sobre la figura del abogado defensor. Con respecto al cómo, el abogado defensor puede dirigir la preparación y/o realizar por cuenta propia la búsqueda y acopio de fuentes de prueba. Dirige cuando materialmente no es él quien acopia las fuentes de prueba, pero sí las ordena; por ejemplo, le solicita al imputado documentales o testigos, o le solicita a fiscalía la realización de actos de investigación. En cambio, realiza por cuenta propia la preparación de la defensa cuando es él mismo quien investiga y acopia las fuentes de prueba.

La garantía del conocimiento de los cargos de imputación

Acabamos de precisar que quien prepara la defensa no es sino el abogado defensor, ya que para ello es necesario conocer sobre temas penales y procesales; de ahí que la asistencia y representación letrada se erija como una garantía para la preparación de la defensa. No obstante, para que el abogado defensor pueda preparar la defensa

es necesario, además, que conozca los cargos de imputación; pues la búsqueda de fuentes de prueba no se hace al azar ni a ciegas, sino que está orientada por la imputación fáctica contenida en la formalización. Por ende, el conocimiento de los cargos de imputación será otra garantía para la preparación de la defensa, la cual estudiaremos en este punto.

Si bien el art. 139.15 de la Constitución Política (CP) establece que las personas detenidas deben ser informadas inmediatamente y por escrito de las causas o razones de su detención, el TC, máximo intérprete de la CP, ha establecido que este artículo debe ser interpretado de manera extensiva; de modo que no sólo las personas detenidas cuentan con esta garantía, sino todas aquellas sobre las que pesa una imputación de carácter delictivo (EXP. 8125-2005-PHC/TC, Caso Jeffrey Immelt; EXP. 8123-2005-PHC/TC, Caso Nelson Jacobo Guzmán)¹⁶.

Sentado entonces de que a toda persona a quien se le atribuye la comisión de un hecho delictivo se le debe poner en conocimiento inmediato de los cargos de imputación formulados en su contra, cabe ahora preguntarnos lo si-

¹⁶ El TC sostuvo: "Se debe señalar que, a pesar del tenor literal de esta norma constitucional, de la que pareciera desprenderse que el derecho del imputado se limita al momento de su propia detención, lo cierto es que esta toma de conocimiento constituye la primera exigencia del respeto a la garantía constitucional de la defensa que acompaña a lo largo del proceso en todas las resoluciones del mismo".

guiente: ¿Cuál es el rigor de esa comunicación? La CP sólo establece que la comunicación debe darse de manera inmediata y por escrito, pero no precisa cuál debe ser rigor en cuanto al contenido de la información. En reparo de este vacío, el NCPP, en el Art. IX del Título Preliminar (TP), preceptúa que toda persona tiene el derecho a que se le comunique detalladamente de la imputación formulada en su contra.

Por la expresión “detalladamente” debemos entender tanto la comunicación del hecho punible, de sus circunstancias, así como de los elementos de convicción habidos en contra del imputado. Por hecho punible se debe entender al hecho concreto que puede ser penalizado por estar recogido de manera abstracta en un tipo penal; por circunstancias, el tiempo, lugar y modo (Cubas Villanueva, 1998, citado en Infantes Vargas, 2006, p. 163), realización del hecho punible, así como también las circunstancias de relevancia penal (por ejemplo, el sustrato fáctico que configura las circunstancias modificativas de responsabilidad penal); por elementos de convicción, todo material objetivo y subjetivo que corrobora la imputación fáctica. Este es el alcance garantista que le damos a la expresión “detalladamente”.

Sentando entonces que a todo imputado se le debe poner en comunicación inmediatamente y por escrito de los hechos, circunstancias y elementos de convicción formu-

lados en su contra, cabe ahora preguntarnos: ¿Se agota en un solo acto procesal la garantía del conocimiento de los cargos de imputación? El TC ha establecido que esta garantía acompaña al imputado durante todo el desarrollo del Proceso Penal (Concordante con EXP. 8125-2005-PHC/TC, Caso Jeffrey Immelt; EXP. 8123-2005-PHC/TC, Caso Nelson Jacobo Guzmán). Esto, a nuestro entender, es un acierto, pues la naturaleza dinámica de la investigación preparatoria incide muchas veces en el aspecto fáctico y subjetivo de la formalización, modificándolos.

En efecto, la EIP tiene como finalidad, por un lado, practicar las diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible, esto es, determinar si es que el hecho delictivo descrito en la formalización ocurrió o no en la realidad (y si realmente sucedió), si se realizó tal y como se describe en ella o de manera distinta, es decir, bajo otras circunstancias (y en cualquiera de estos supuestos también tiene como finalidad), descubrir hechos delictivos conexos; por otro lado, practicar las diligencias necesarias para la averiguación de los autores, cómplices o encubridores. De manera que tanto el relato fáctico como los sujetos imputados incluidos en la formalización pueden ir variando o ampliándose a consecuencia de la actividad investigadora. En esto consiste la naturaleza dinámica de la EIP y por ello la garantía del conocimiento de los cargos de imputación también debe ser dinámica.

De esto último, y en cumplimiento a lo previsto en la CP, TP del NCPP y de lo establecido por el TC, se infiere la siguiente obligación para el órgano persecutor: el órgano encargado de la EIP, fiscalía, debe poner en conocimiento a la defensa de manera inmediata, detallada y por escrito de las modificaciones o ampliaciones fácticas y subjetivas surgidas a propósito de la actividad investigadora. Ahora bien, dándose cumplimiento a esta garantía aún no es posible afirmar que la preparación de la defensa este plenamente asegurada. Pues de ocurrir, por ejemplo, que se sucedan, sin un lapso de tiempo razonable, las disposiciones de formalización y conclusión de la investigación, y el escrito acusatorio (mal llamado requerimiento acusatorio), no es posible afirmar que el abogado defensor pudo preparar la defensa de su patrocinado, ya que no contó con un tiempo razonable para ello. Entonces, el tiempo razonable será otra garantía para la preparación de la defensa, la misma que estudiaremos enseguida.

La garantía del tiempo razonable para la preparación de la defensa

La garantía del tiempo razonable para la preparación de la defensa se encuentra prevista tanto en el NCPP como en los Instrumentos Internacionales. El Art. IX del TP del NCPP, preceptúa que toda persona tiene el derecho a que se le conceda un tiempo razonable para que prepare su

defensa. En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP), párrafo b) del inc. 3 del art. 14, refiriéndose al derecho de la persona acusada de un delito, preceptúa: “b) A disponer del tiempo (...) para la preparación de su defensa”. Y en la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH) en el art. 8, inc. 2) parágrafo c), refiriéndose a las garantías judiciales, establece como una de ellas: “La concesión al inculpado del tiempo (...) adecuado para la preparación de su defensa”.

Sobre la base de los principios de “buena fe¹⁷” (Jauchen, 2009, p. 53) y “pro homine¹⁸” (García et al., 2002, p. 103), reglas de interpretación hermenéutica de los Tratados Internacionales, la expresión “acusado” al que se refiere el PIDCP, que denota el estatus jurídico del sujeto pasivo en una etapa posterior a la investigación (Ascencio Mellado,

17 “1) El principio de buena fe que impone como método interpretativo de cualquier tratado el artículo 31 de la Convención de Viena al disponer que: “Todo tratado debe interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objetivo y fin”.

18 “En este sentido se ha pronunciado la Corte IDH, identificando expresamente al principio pro homine como principio de interpretación extensiva de los derechos humanos y restrictivos de sus limitaciones. También calificada doctrina caracteriza al principio como criterio hermenéutico que impone acudir a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria.

2008, p. 57), debe interpretarse de manera extensiva, en el sentido de abarcar a toda persona sobre la que recae una imputación de carácter delictivo, es decir, sin importar la fase procesal en la que se encuentre; tal como lo dispone la CADH, cuando emplea el término inculpado, el cual puede utilizarse con carácter general y omnicomprensivo (Ascencio Mellado, 2008, p. 57) o tal como lo dispone el art. IX, TP del NCPP: “toda persona tiene derecho...”.

Hacemos hincapié en ello porque hay quienes creen que con la acusación el abogado defensor del acusado puede preparar la defensa, ya que se le corre traslado para que en diez días ofrezca los medios de prueba de cara al juicio oral. Lo cual es un error, pues el ejercicio de la actividad defensiva no se inicia con la acusación, ni con la imputación; el derecho a emprender las actividades de defensa se reconoce desde el mismo momento en que el ciudadano es objeto de una indagación (Pava Lugo, 2009, p. 45).

El ofrecimiento de medios probatorios es una actividad posterior en el tiempo a la preparación: averiguación e investigación (Miranda Estrampes, 1997, p. 18). En efecto, el NCPP cuenta con etapas bien definidas, siendo su lógica de cada una la siguiente. La primera etapa (la EIP) es una etapa de preparación, indagación y búsqueda; la segunda etapa (etapa intermedia), de ofrecimiento y cuestionamiento; y la tercera etapa (juicio oral), de corroboración de afirmaciones. De manera que la garantía que esta-

mos estudiando será desconocida cuando al imputado se le niega la posibilidad de contar con un tiempo razonable para que su abogado prepare su defensa en la EIP.

Ahora bien: ¿cuánto es el tiempo adecuado para la preparación de la defensa? Este tema no ha sido estudiado por la doctrina, sólo se afirma que el tiempo adecuado dependerá de la gravedad del delito, las dificultades para obtener evidencias, entre otros factores (Guevara Paricana, 2007, p. 88). A ello, más que agregar, queremos precisar dos aspectos importantes para los objetivos de nuestro trabajo. En primer lugar, se debe tener presente que la garantía del tiempo razonable para la preparación de la defensa sucede a la comunicación de los cargos de imputación. Ello supone que el tiempo para la preparación de la defensa deberá correr a partir de la formalización, primer acto de imputación formal, pero deberá extenderse cada vez que ésta sea modificada o ampliada fáctica o subjetivamente.

Segundo, debe tenerse en cuenta, además, que los plazos en el proceso penal se encuentran establecidos a favor del sujeto pasivo de la acción penal. Esta garantía no se efectiviza con el mero cumplimiento de formalidades, puesto que el derecho a ser oído y producir oportunamente su descargo debe ser garantizado a costa de sacrificar los plazos procesales, que en principio se encuentran establecidos a favor del sujeto sometido a proceso, desprendiéndose de ello que no deberían perjudicarlo (Chaia, 2010,

p. 288). De modo que aún en sacrificio aquellos plazos, la investigación debe extenderse cuando lo solicite el titular del derecho a ser investigado en un plazo razonable (Pastor, 2002, p. 65), siempre, claro está, atendiendo a los criterios de necesidad y proporcionalidad.

Hasta aquí ya hemos visto que el abogado defensor es quien realiza la preparación de la defensa y que para ello es necesario el conocimiento de los cargos de imputación y un tiempo razonable para su preparación. Sin embargo, no podrá realizar una adecuada preparación o compilación de fuentes de prueba si es que, por un lado, carece de facultades jurídicas para exigir, por ejemplo, la colaboración de las agencias estatales, y por otro, el imputado no cuenta con recursos económicos para costearla. Entonces, la tercera garantía que estudiaremos a continuación será: el otorgamiento de los medios adecuados para la preparación de la defensa.

La garantía de los medios adecuados para la preparación de la defensa

La garantía de los medios adecuados para la preparación de la defensa se encuentra prevista en Instrumentos Internacionales, tales como el PIDCP, párrafo b) del inc. 3 del art. 14, refiriéndose al derecho de la persona acusada de un delito, preceptúa: “b) A disponer (...) de los medios adecuados para la preparación de su defensa”; y la CADH,

en el art. 8, inc. 2) parágrafo c), el cual prescribe: “La concesión al inculpado (...) de los medios adecuados para la preparación de su defensa”.

Desde el momento en que aparece la noción de interés público junto a la existencia del ilícito penal, las sociedades se organizaron de manera tal que la titularidad del ius persecuendi pasó del directamente ofendido por el delito a manos del Estado. Se impuso, de esta manera, el principio de oficialidad y de legalidad en la persecución de los ilícitos penales. Y con ello, el sistema inquisitivo (Ascencio Mellado, 2008, p. 9). En este sistema, el imputado dejó de ser parte del proceso para convertirse en objeto de escrutinio (Jauchen, 2009, p. 19), sin posibilidad alguna de defenderse, pues tenía que luchar contra quién ostentaba el jus persecuendi y el jus puniendi al mismo tiempo. Es decir, la garantía de perseguir los hechos delictivos y de la búsqueda de la verdad material se arbitró a través del sistema inquisitivo, en donde el órgano judicial asumía las funciones investigadoras, acusadoras y juzgadoras (Armenta Deu, 1995, p. 22).

Su situación varió mucho debido al cambio jurídico y político que supuso la revolución francesa (Vélez Mariconde, 1986, pp. 136-137), ya que, si bien el ideario inquisitivo se mantuvo, tuvo, eso sí, que compartir etapas con su antagónico: el ideario acusatorio. Se creó, de esta manera, el primer híbrido procesal de la historia: el sistema mixto.

En donde el principio inquisitivo debía regir de manera exclusiva en la atapa de instrucción, mientras que el acusatorio debía hacer lo propio en el juicio oral.

En la primera etapa del proceso mixto, la instrucción, existe ciertas limitaciones al derecho de defensa, debido a que su lógica es equilibrar la supuesta diferencia que existe entre el imputado y el investigador. Dado que se afirmó, y aún se afirma (Díaz Cabiale, 1996, p. 309), que el primero entra a la instrucción con ventaja sobre el segundo¹⁹. Esta afirmación se sustenta en dos supuestos eventuales de hecho. El primero consiste en que el imputado, en el eventual caso que haya cometido el delito que se le atribuye, conoce al detalle los hechos, mientras que el instructor ni siquiera sabe si es que estos han ocurrido en la realidad, y aun cuando contara con elementos para acreditar su realización en lo fáctico, tiene que reconstruirlo sobre la base de datos muchas veces indiciarios. El segundo consiste en que el imputado, en el eventual caso de no haber cometido el delito que se le atribuye, puede defenderse en juicio sin mayores complicaciones. Por tales razones se le negó y niega al imputado, en el marco del sistema mixto, la po-

19 En los sistemas llamados “adversariales” también se cree que el imputado entra con ventaja al proceso. En última instancia y simplificando para entender el juego de la presunción de inocencia, el proceso adversarial respondería al esquema siguiente: ventaja de quien comete el delito al actuar por sorpresa—ventaja de la acusación en la fase preliminar en la obtención de fuentes de prueba y aseguramiento del material irrepetible—ventaja de la defensa al jugar a su favor la presunción de inocencia.

sibilidad de participar activamente en la instrucción. Ello para que las partes, acusado y acusador, se enfrenten en igualdad de armas en la fase de juzgamiento.

Pero como sucede con todo ser mixto (Vélez Mariconde, 1986, p. 141), el principio inquisitivo, que debía regir solo en la etapa de instrucción, logró salvar las barreras impuestas por el proceso mixto, posicionándose en la fase de juzgamiento y desplazando a un segundo plano al principio acusatorio. De esta forma, el acusado, quien debía enfrentarse en igualdad de armas con el acusador, no sólo se enfrentó a él, sino también al juez de juzgamiento (Neyra Flores, 2010, p. 109).

Muchos cambios se produjeron desde entonces. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ayudó mucho, en primer lugar, a corregir la idea del juez activo: Juez que remplace la función del órgano acusador cuando éste lo necesita. Se les relegó a funciones estrictamente jurisdiccionales, decisoras. El principio de imparcialidad adoptó otra naturaleza: la pasividad o neutralità (Díaz Cabbiale, 1996, p. 416), basada en la doctrina de las apariencias²⁰.

20 En realidad, es muy relativo que se pueda considerar a la práctica de actividad probatoria como supuesto de pérdida de imparcialidad. Lo que ha sucedido es que el concepto de imparcialidad del órgano jurisdiccional se ha sustituido por otro distinto, el de "neutralità", que responde a un esquema procesal determinado. Así cuando se afirma que el órgano jurisdiccional

Respecto de ello, Montero Aroca (1999, p. 218), critica la doctrina del TEDH, “la doctrina de la apariencia”, diciendo: El paso siguiente tiene que consistir en percatarse de que afirmaciones como la de que “en esta materia incluso las apariencias pueden revestir una cierta importancia” (caso Piersack), o “no sólo hay que hacer justicia, sino que ha de parecer también que se hace” (caso Delcourt y De Cubber), son mera literatura.”

En segundo lugar, a corregir la lógica errada de que el imputado, por haber cometido o no el hecho que se le atribuía, contaba en la investigación con cierta ventaja a su favor, y que por ello no debía participar sino hasta el juicio oral. La historia del proceso penal es la historia de los errores y horrores (Ferrajoli, 2001, p. 603), las condenas a inocentes ha sido la constante desde siempre²¹.

Razón por la cual se exige ahora que el imputado participe activamente desde las primeras diligencias, pues una forma de paliar el índice de estos errores es permitiéndole al imputado la demostración de su propia inocencia. Siendo así, el derecho de defensa y el principio de igualdad de

al practicar actividad probatoria pierde la imparcialidad, lo que en realidad se quiere decir es que deja de ser neutral, perdiendo su condición de árbitro.

21 Si la historia de las penas es una historia de horrores, la historia de los juicios es una historia de errores; y no sólo de errores, sino también de sufrimientos y vejaciones cada vez que en el proceso se ha hecho uso de medidas instructoras directamente aflictivas, desde la tortura hasta el abuso moderno de la prisión preventiva.

armas debían regir no sólo en la fase de juzgamiento, sino en todo el proceso penal. Así las cosas, el ideario inquisitivo se hizo insostenible como ordenador de la fase de instrucción.

A propósito de los irrefutables cuestionamientos al Sistema Mixto originario, muchos países optaron por acoger otro sistema de enjuiciamiento; otros pocos, en modificar su sistema mixto, al punto de desnaturalizar su esencia, su lógica. Es así que, con referencia al proceso mixto español, el maestro Díaz Cabiale (1996, p. 263), sostiene: Sin embargo, en nuestro sistema acusatorio mixto al introducir las distintas reformas de la instrucción en la LE-Crim. desde el 78 y favorecer la actuación del imputado y su conocimiento de lo que va aconteciendo en el sumario se ha llegado a producir una situación tremendamente paradójica, ya que, en la actualidad, una fase inquisitiva pensada para provocar una desigualdad entre las partes en el proceso penal no es tal, fruto de las reformas y, por el contrario, se convierte en una fase muchísimo más garantista e igualitaria entre las partes que el resultado de aplicar una concepción puramente acusatoria (...).

Sin embargo, en ambos casos no se rechazó el principio de oficialidad, aunque se relajó el de legalidad (Cafferrata Nores, 2005, citado por Bovino, 2005, p. 25). Los que optaron por un nuevo paradigma procesal se inspiraron en los aspectos más resaltantes de los sistemas llamados

“adversariales”. No hasta el punto de igualarlos, pues al juez de juzgamiento se le permitió intervenir de manera restringida y subsidiaria en materia probatoria, pero intervención, al fin y al cabo; se mantuvo, eso sí, incólume su poder en la aplicación de la ley, en virtud del principio *iura novit curia*. Se creó, de esta manera, el segundo híbrido procesal de la historia: los llamados sistemas “acusatorios depurados” (Del Rio Ferreti, 2006, p. 109) o “adversariales edulcorados” (Díaz Cabiale, 1996, p. 263). Cada ordenamiento ha diseñado un sistema acusatorio depurado distinto a los otros, eso hace imposible estudiarlos de manera conjunta. Ello se debe a que en la medida que se iban adoptando nuevas formas se les iban presentando problemas que solucionar. Soluciones que dependieron de la cultura jurídica, política y económica de cada país.

En efecto, cuando se decidieron todos, por ejemplo, por entregarle la dirección de la investigación al MP, la razón no fue sino liberar al juez de instrucción de la carga psicológica que suponía el investigar y decidir (Schmidt, 2006, p. 193), pero al mismo tiempo surgió otro problema que solucionar: la desigualdad económica y jurídica entre fiscalía y el imputado a la hora de preparar sus casos de cara al juicio oral. En los sistemas mixtos, el juez de instrucción es quien prepara el juicio para las partes del proceso. Cuenta para ello con poder coercitivo, el respaldo institucional de los distintos organismos, agencias y medios del Estado. El paso de este sistema a un acusatorio depurado

supuso la entrega de aquellas facultades al MP. Lo que dejaba al imputado en clara desigualdad, pues en el caso de no contar con recursos económicos no podría preparar su defensa (desigualdad económica); y aun cuando contara con aquellos recursos su abogado defensor no podría recabar cierta información por carecer de facultades jurídicas para ello (desigualdad jurídica).

Ante ello, los ordenamientos decidieron optar por una de las siguientes opciones: otorgarle al abogado defensor las mismas prerrogativas con las que cuenta el MP en la fase de investigación u obligar a este órgano estatal a realizar los actos de investigación que la defensa le solicite. El legislador del NCPP, consiente de nuestra realidad económica, ha optado por el segundo camino, esto es, obliga al MP a realizar los actos de investigación que la defensa le solicite. Esta obligación no es sino la garantía del otorgamiento de los medios adecuados para la preparación de la defensa. Pues sobre la base de esta obligación, el abogado defensor podrá solicitar al MP que realice los actos de investigación que él no pueda realizarlos: por falta de recursos económicos y/o facultades jurídicas.

¿En dónde se encuentra regulada dicha obligación? Esta obligación se encuentra regulada en los artículos 337.4 y 337.5 del NCPP. En efecto, el artículo art. 337.4 establece que “Durante la investigación, tanto el imputado como los demás intervinientes podrán solicitar al Fiscal todas

aquellas diligencias que consideren pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos. El fiscal ordenará que se lleven a efecto aquellas que estimare conducentes”. Mientras que el art. 337.5, preceptúa que “Si el Fiscal rechazare la solicitud, instará al Juez de la Investigación Preparatoria a fin de obtener un pronunciamiento judicial acerca de la procedencia de la diligencia. El Juez resolverá inmediatamente con el mérito de los actuados que le proporcione la parte y, en su caso, el Fiscal”.

Ahora bien, y luego de estudiar las garantías de asistencia y representación letrada, conocimientos de los cargos de imputación, tiempo y medios adecuados para la preparación de la defensa, cabe preguntarnos: ¿dándose cumplimiento a las garantías del derecho de defensa estudiadas hasta este punto, es posible afirmar que con su cumplimiento la preparación de la defensa estará plenamente asegurada? Con un ejemplo podemos afirmar que no. El ejemplo es el siguiente: Fiscalía dispone la formalización de la investigación imputando la realización de un hecho delictivo que se subsume en supuesto fáctico descrito en abstracto por el tipo de Robo. Sobre la base del relato fáctico contenido en la formalización el abogado defensor prepara la defensa: realizando actos de investigación por cuenta propia y/o dirigiendo la preparación. Concluida la EIP, fiscalía requiere la apertura del juicio oral mediante el escrito acusatorio, en el cual relata un hecho delictivo que se subsume en el supuesto fáctico del tipo de viola-

ción sexual. En este caso, pese haberse dado cumplimiento a las garantías de representación letrada, conocimiento de cargos, tiempo razonable y medios adecuados, el Fiscal ha saboteado eficazmente la preparación de la defensa al acusar por un acontecimiento delictivo distinto al que fue materia de investigación. Por esta razón es que la acusación sólo debe referirse tanto a los hechos y circunstancias incluidos en la formalización. Esta garantía es la garantía de la vinculación fáctica entre la formalización y la acusación. Garantía que se encuentra regulada en el artículo 349.2 del NCPP, pero dado que su regulación se encuentra dentro de los dispositivos que regulan la etapa intermedia, abordaremos su estudio junto con las garantías del derecho de defensa que ofrecen los preceptos normativos reguladores de la Etapa intermedia.

La garantía de vinculación entre la acusación y la formalización

Las garantías del derecho de defensa tienen como función efectivizar la preparación de la defensa, así como concretización posibilidad de que el abogado defensor pueda acreditar la inocencia de su patrocinado o cualquier circunstancia que atenúe su responsabilidad penal. Sobre esta base precisaremos las garantías del derecho de defensa en la etapa intermedia. La Etapa intermedia inicia con la Disposición de Conclusión de la Investigación.

El Fiscal tiene 15 días a partir de la conclusión de la investigación preparatoria para requerir sobreseimiento o formular acusación o formular un requerimiento mixto. La etapa intermedia, entonces, es una etapa de crítica a los requerimientos del Ministerio Público, pero también es una etapa de ofrecimiento de las fuentes de prueba que se actuarán en juicio, en caso el Fiscal formule acusación. De ahí que el artículo que regula la posibilidad de que el abogado defensor ofrezca sus fuentes de prueba se erige como una garantía del derecho de defensa.

Por otro lado, y tal como lo dijimos líneas arriba, en la etapa intermedia se encuentra un inciso que garantiza la preparación de la defensa, éste inciso se encuentra en el artículo 349° del NCPP. En efecto, el artículo 349° del NCPP cuenta con 4 incisos, el primero referido al contenido formal de la acusación, el segundo al material, el tercero a la calificación alternativa o subsidiaria y el cuarto referente a la obligación de Fiscal de indicar las medidas coercitivas subsistentes, así como la posibilidad de solicitar la variación y el dictado de medidas coercitivas. En este apartado solo analizaremos el inciso 2 del artículo 349, por cuanto con su estudio abarcaremos el estudio del inciso 1 y 3, por un lado, y por otro, porque el inciso 1 y 3 no son incisos problemáticos, existe doctrina y jurisprudencia consolidada en el sentido de que la acusación debe contener una exposición clara y precisa de los hechos (in-

ciso 1), así como jurisprudencia del Tribunal Constitucional legitimando las calificaciones alternativas (inciso 3). Tampoco estudiaremos el inciso 4 porque su contenido no tiene relación directa ni siquiera indirecta con el derecho de defensa.

¿La vinculación entre la acusación y la formalización es una manifestación del principio de congruencia o correlación entre la acusación y la sentencia o es una garantía más del derecho de defensa? El art. 349º del NCPP regula lo concerniente al contenido de la acusación. El inciso 1 del artículo en mención hace referencia al contenido formal del escrito acusatorio; el inciso 2, en cambio, al material. Pues mientras que el primero da cuenta del cómo debe ser presentado el escrito acusatorio; el segundo, por su parte, responde a quién y sobre qué puede acusarse. Con respecto al inciso 2, un sector de la doctrina (Horvitz Lennon y López, 2004, p. 26), la mayoritaria, sostiene que es una manifestación del principio de congruencia o correlación entre la acusación y la sentencia; el otro sector (Del Rio Ferreti, 2006, pp. 557-558), el minoritario, sostiene, en cambio, que es una garantía procesal del derecho de defensa. Para nosotros, la vinculación entre la acusación y la formalización no puede ser una manifestación del principio de congruencia o correlación entre la acusación y la sentencia. Para nosotros, la vinculación entre la acusación y la formalización es una garantía del derecho

de defensa. Esta afirmación la basamos en los siguientes argumentos.

En primer lugar, no es lo mismo hablar de congruencia y de correlación, pues los principios que rigen el proceso civil y los del proceso penal²² provocan que la vinculación de la sentencia con la demanda y con la acusación, respectivamente, asuman un contenido notoriamente diferente (Montón Redondo et al., 1997, pp. 321-322²³).

De ahí que para diferenciarla de la congruencia civil se suele hablar de correlación penal (Ezquiaga Ganuzas, 2000, p. 58). Es más, el artículo 397º del NCPP se sumilla: “Correlación entre la acusación y la sentencia”. Razones por las cuales, en materia procesal penal, nos debemos referir al principio de correlación para significar la vinculación de la sentencia con la acusación.

En segundo lugar, el principio de correlación (dicho sea de paso: es un sub-principio del principio acusatorio)

22 Una de las características que imprime el principio acusatorio al sistema de enjuiciamiento nacional es: (...) b) Que no puede condenarse por hechos distintos de los acusados ni ha persona distinta de la acusada (...). Principio de correlación. SSTC EXP N° 2005-2006-PHC/TC, EXP. N° 1939-2004-HC, EXP. 3390-2005-HC.

23 “Nuestro sistema procesal civil se basa en el principio dispositivo, pues el juez puede brindar tutela jurídica sólo a iniciativa de parte (nemo iudex sino actore), y por lo mismo, resulta vigente el principio de congruencia procesal, por el cual (...) se exige al juez que no omita, altere o exceda las peticiones contenidas en el proceso que resuelve”. Cas. N° 1453-99-Cono Norte, Sala Civil de la Corte Suprema. Lima, 06 dic. 1999 (El peruano, 20 ene. 2000, p. 4603).

(Gómez, 1999, pp. 14-15), supone en esencia que el acto del acusador (la acusación) imponga límites a los poderes de decisión del juzgador (la sentencia). Es por ello que, sobre la base de este principio, el juez no puede pronunciarse por hechos y circunstancias no descritos en la acusación (art. 397.1 NCPP). Por lo tanto, no forma parte del principio acusatorio en general y del principio de correlación en particular la vinculación de la acusación con la formalización, pues éste último acto procesal no limita los poderes de ningún juez, sino los del propio órgano que lo emitió, fiscalía (García Caveró, 2011).

El contenido y alcance del inciso 2 del artículo 349 del NCPP

El inciso 2 del artículo 349 se encuentra redactado en los siguientes términos: “La acusación sólo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la Disposición de formalización de la Investigación Preparatoria, aunque se efectúe una distinta calificación jurídica”. De esta premisa normativa se colige dos cosas. Primero, que los términos de comparación son la formalización y la acusación. Segundo, que la acusación no se encuentra vinculada a la formalización en cuanto a la calificación jurídica, pero sí en cuanto a los hechos (vinculación fáctica) y en cuanto al sujeto imputado (vinculación subjetiva). Sobre la base del contenido y alcance del inciso 2 del artículo 349 del

NCPP, a continuación, realizaremos algunas precisiones sobre los términos de comparación, sobre la calificación jurídica y sobre la vinculación subjetiva y fáctica.

El inciso 2 del artículo 349 establece que la acusación se encuentra vinculada fáctica y subjetivamente a la formalización. De lo cual se podría inferir, *prima facie*, que los hechos y las personas incluidas en la formalización no pueden ser modificados hasta la acusación; sin embargo, líneas arriba precisamos que la naturaleza dinámica incide en la formalización, modificándola fáctica y subjetivamente. También precisamos que estas modificaciones debían ser puestas en conocimiento del imputado. Esto quiere decir que debe existir un acto de imputación posterior a la formalización y previo a la acusación. Resta precisar, entonces, cuál o cuáles son estos actos de imputación.

Ante el descubrimiento de hechos o circunstancias autores o partícipes no tenidos en cuenta en la formalización, fiscalía emplea la Disposición de Ampliación de la Investigación Preparatoria (en adelante disposición ampliatoria) para incluirlos a la investigación formalizada. Éste es el acto de imputación posterior a la formalización y previo a la acusación, acto procesal que, dicho sea de paso, no se encuentra regulado en artículo alguno del NCPP, pero ello no supone, automáticamente, la lesión de algún principio o derecho. En efecto, pues su homólogo, el auto ampliatorio de instrucción, tampoco se encuentra regulado

en artículo alguno del Código de Procedimientos Penales de 1940 (en adelante ACPP) y aun así fue y es utilizado en las prácticas del ACPP. Pero la razón más contundente para que la disposición ampliatoria sea utilizada sin reparos, pese a su falta de regulación, es que mediante ella se materializa la garantía del conocimiento de los cargos de imputación.

Ahora bien, la existencia de la disposición ampliatoria, si bien es un acto de imputación posterior a la formalización y previo a la acusación, no es un acto autónomo, pues de ser así el inciso 2 del artículo 349 resultaría ser impreciso, en el sentido de no regular que la acusación se encuentra vinculada fáctica y subjetivamente a la formalización y a la disposición ampliatoria. La disposición ampliatoria cumple, entre otras cosas, el fin de delimitar con precisión el objeto del proceso, fijado en esencia en la formalización; es decir, la disposición ampliatoria sirve a la formalización. Por ello, aun cuando en el trámite de la investigación preparatoria fiscalía haga uso de la disposición ampliatoria, una o varias veces, la acusación siempre estará vinculada a la formalización, teniendo en cuenta, claro está, las modificaciones fácticas y subjetivas contenidas en la disposición ampliatoria o en las disposiciones ampliatorias.

¿Se vulnera el derecho de defensa cuando se formaliza por un tipo penal y se acusa por otro?

La doctrina procesalista nacional, en su mayoría, sostiene que la variación de la calificación jurídica no supone un menoscabo al derecho de defensa. Así tenemos a Gálvez Villegas et al. (2008, p. 696), quién sostiene que puede cambiarse la calificación, en la acusación, al considerar hechos o circunstancias omitidas. El autor, Del Río Labarthe (2010), señala que el artículo 394.2 regula, a diferencia de los anteriores, un requisito de carácter negativo, que puede ser entendido como un límite objetivo de la acusación: ésta sólo puede referirse a hechos y personas incluidos en la Disposición de la formalización de la Investigación Preparatoria, lo único que puede hacer el fiscal es efectuar una calificación jurídica distinta a la de la Disposición, pero no puede variar los hechos ni las personas contenidas en ella.

Entre otros, podemos citar a Sánchez Velarde (2009, p. 162), quien refiere que la calificación jurídica puede ser modificada en la acusación sin que ello suponga afectación alguna al derecho de defensa, ya que precisamente existe la posibilidad del control de la acusación en la audiencia especial de la fase intermedia. Un ejemplo en el que se podría modificar la calificación jurídica sin afectar el derecho de defensa, nos ilustra Pablo Sánchez, es cuan-

do en la formalización se califica el hecho como Robo Simple y en la acusación como Robo Agravado. Por su parte, nuestro máximo intérprete de la Constitución, en contra de la posición de Pablo Sánchez, sostuvo, a propósito de las prácticas del ACPP, que el derecho de defensa sí es menoscabado cuando al imputado se le instruye por tipos básicos y es acusado, sin mediar un auto ampliatorio, por tipos agravados (Avalos Rodríguez y Robles Briceño, 2008, pp. 65-70) (EXP. N° 1939-2004-HC/TC). De manera que el ejemplo propuesto por Pablo Sánchez como uno que no vulneraría el derecho de defensa es justamente un ejemplo típico de su vulneración, según el TC.

De ambas posturas nos sale al paso la siguiente interrogante: ¿se vulnera el derecho de defensa si la calificación jurídica contenida en el auto de apertura o formalización es modificada en la acusación? Líneas arriba estudiamos las garantías para asegurar el derecho de defensa en la EIP, y cuando estudiamos la garantía del conocimiento de los cargos de imputación no hicimos mención del conocimiento de los títulos de imputación, sino sólo al conocimiento de los hechos, circunstancias y elementos de convicción. Ello no significa que hayamos incurrido en omisión, pues para nosotros basta el conocimiento fáctico y de su fundamento para que se satisfaga la garantía del conocimiento de los cargos de imputación en la etapa de investigación preparatoria.

Sostenemos nuestra afirmación basándonos en la lógica de las etapas. En juicio oral se lleva a cabo el contradictorio, esto es, el debate sobre los hechos, las circunstancias, la pena, la calificación jurídica, en fin, sobre todo lo que contendrá o podría contener la sentencia. En la EIP, en cambio, no se lleva a cabo el debate contradictorio sobre todo lo que podría contener la acusación, sino solamente se lleva a cabo la preparación de los casos, y para ello basta el conocimiento fáctico detallado y su fundamento. Entonces, ¿por qué se exige que el relato factual contenido en la formalización este calificados jurídicamente? Fiscalía debe calificar jurídicamente el relato factual en la formalización no por exigencia del derecho de defensa, sino por exigencia del principio de legalidad procesal. En efecto, el principio de legalidad procesal, cuya máxima se encuentra recogida en el art. 2 inc. 24, literal d, de la CP, y redactada bajo los siguientes términos: “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley...”. Condiciona las facultades de fiscalía para dar inicio al proceso penal en contra de una persona determinada, en el sentido de que sólo cuando los hechos constituyan delito (Carhuanchu Mucha, 2005, p. 71), podrá formalizar la investigación; y ello solamente es contrastable en la medida en que se subsuman en un determinado tipo penal. En el caso de invocación pura y simple del principio de legalidad penal, resulta fácil y sin discusión que el proce-

sado deduzca la excepción si se le está procesando por un comportamiento absolutamente atípico.

Ahora bien: ¿por qué la calificación jurídica es modificada en la acusación? Las razones o factores que conllevan a que fiscalía modifique la calificación jurídica en la acusación es la respuesta a todos los problemas relacionados con este tema, o al menos supone su aclaración y precisión. Pero antes de precisar los factores que conllevan a la modificación de la calificación jurídica en la acusación, debemos dar respuesta a la siguiente interrogante: ¿qué debemos entender por calificación jurídica? De acuerdo con una opinión extendida entre los juristas la calificación jurídica de un hecho es un tipo de interpretación de hechos, que se realiza desde las normas jurídicas. Calificar un hecho es subsumir al hecho individual dentro de una categoría prevista en una norma jurídica (Gonzáles Lagier, 2005, p. 41). Sobre la base de esta definición, podemos afirmar que calificar jurídico-penalmente un hecho concreto es adecuarlo dentro de un determinado tipo penal (Muñoz Conde y García Arán, 2004, p. 254), dentro de una determinada forma de participación y dentro de un específico grado de ejecución; pues los tipos, la participación y los grados de ejecución no son sino categorías penales previstos en la ley penal.

Sin embargo, esta forma amplia de entender la calificación jurídica penal no es la manejada por el inciso 2 del

artículo 349° NCPP, pues aquí se hace referencia a la calificación jurídica en sentido estricto, esto es, como adecuación del hecho al tipo (tipicidad). Ello lo colegimos de los artículos 336° inc. 2 y 349° inc. 2, ambos del NCPP, que regulan el contenido de la formalización y de la acusación, respectivamente. En efecto, haciendo una interpretación sistemática, tenemos que el inciso 2 del artículo 349° le faculta a fiscalía a modificar la calificación jurídica realizada en la formalización. Entonces, para saber qué calificación jurídica puede ser modificada en la acusación, tenemos que saber, en principio, qué calificación jurídica es la que contiene la formalización. El inciso 2 del artículo 336°, literal b, sólo exige que fiscalía “tipifique” los hechos, es decir, que encuadre la conducta en un tipo penal determinado. En consecuencia, lo único que podría modificarse en la acusación es el tipo penal mas no las formas de participación y los grados de ejecución, ya que la tipificación es la única calificación que debería estar comprendida en la formalización. No obstante, en la práctica puede suceder algo distinto, pues sobre la base del principio general del derecho “lo que no está prohibido está permitido”, los fiscales bien podrían calificar en la formalización la forma de participación y el grado de ejecución. Los mismos que podrían, al igual que los tipos penales, ser modificados en la acusación. Por ello, cuando estudiemos los factores que conllevan a que la calificación jurídica contenida en la formalización sea modificada en

la acusación, nos referiremos a la calificación jurídica en sentido amplio.

Los factores que determinan la modificación de la calificación jurídica en la acusación

Estos factores los podemos dividir en dos grupos: “factores independientes a los hechos formalizados” y “factores dependientes a los hechos formalizados”. La diferencia entre uno y otro consiste en que en el primer grupo la modificación de la calificación jurídica hecha en la acusación no es consecuencia de la modificación del relato factual contenido en la formalización, mientras que en el segundo grupo la modificación de la calificación jurídica en la acusación si es consecuencia de la modificación fáctica contenida en la formalización.

Factores independientes a los hechos formalizados

a. Errónea calificación jurídica realizada en la formalización

Este supuesto se da cuando fiscalía califica el hecho formalizado de manera errónea, es decir, subsume el relato fáctico contenido en la formalización en una categoría jurídico penal que no le corresponde. Pero a la hora de acusar se da cuenta de su error y lo subsana. En conse-

cuencia, sin haberse modificado el relato fáctico en lo absoluto, fiscalía modificó en la acusación la calificación jurídica contenida en la formalización.

b. Discrepancia en la interpretación jurídica de los hechos y/o circunstancias

Bajo este supuesto se encuadran los casos en los cuales un mismo relato fáctico puede ser calificado de manera distinta. Esto sucede cuando se pretende encuadrar la acción del agente dentro de una específica forma de participación (surge aquí los problemas relacionados, sobre todo, entre coautor y cómplice, y entre cómplice primario y secundario; pues no existen criterios contundentes para delimitar estas figuras). Respecto de la discrepancia en doctrina a la hora de calificar la acción del agente como coautor o cómplice, por ejemplo: el que sujeta a la mujer mientras otro accede carnalmente. Así pues, para el maestro Zaffaroni (2009, p. 141), el que sujeta a la mujer será cooperador necesario o cómplice necesario, entre todos. Mientras que para otros será coautor, entre ellos (Jescheck, 2002, p. 728).

Respecto de la discrepancia en la delimitación de cómplice primario y secundario; existe en doctrina, por lo menos, tres teorías que intentan distinguirlos: a) El criterio concreto; b) el criterio abstracto; c) la teoría de los bienes escasos (Donna et al., 2002, pp. 117-120). Existe también discrepancias, cuando se pretende tipificar la conducta

del agente como delito doloso o culposo (nos referimos al problema de delimitación entre dolo eventual y culpa consiente), entre algunos autores que han tratado hondamente este tópico tenemos a Lorenzo Copello (1999) y Díaz Pita (1994). Por último, también encontramos disidencias, cuando se pretende calificar una circunstancia agravante (nos referimos a aquellas agravantes que más parecen juicio de valor, aunque la doctrina haya hecho denodados esfuerzos por dotarlos de sustrato fáctico, por ejemplo, el asesinato por ferocidad, placer, crueldad).

Por ello, compartimos la opinión del profesor Castillo Alva (2000, p. 180), cuando señala que: No se exagera cuando se afirma que el legislador lejos de mejorar la redacción del asesinato ha terminado empeorándolo al oscurecer profundamente su contenido. En plena lógica con el planteamiento que venimos sosteniendo en la obra, creemos que lo más conveniente sería la eliminación de esta circunstancia al carecer de un correlato objetivo idóneo que lo haga contrastable empíricamente. Y en todo caso si se persiste en dar cobijo legislativo a fórmulas oscuras y poco claras como la ferocidad o el placer, la mejor vía es instaurar la referencia a los móviles fútiles.

Sobre la base de estas discrepancias de orden interpretativo, fiscalía a la hora de acusar puede o bien modificar la calificación jurídica o bien persistir con la realizada en la formalización. Ello dependerá de si acoge la posición de

un sector de la doctrina que discrepa del otro en cuanto a la interpretación jurídica de los hechos y/o circunstancias. No se trata entonces de un error de subsunción, como en el supuesto anterior, ya que tanto la calificación jurídica realizada en la formalización como en la acusación, aún distinta, son correctas, claro está, desde distinta perspectiva dogmática.

c. Por omisión de calificación de hechos y/o circunstancias descritas en la formalización

Bajo este factor se encuadran los casos en los cuales fiscalía califica parte del relato fáctico formalizado, dejando sin calificar otros hechos o circunstancias de relevancia penal. Pero luego, en la acusación, se da cuenta de su omisión y recalifica el relato fáctico. El resultado no es otro que la modificación de la calificación jurídica en la acusación, no obstante, no haberse modificado el relato factual descrito en la formalización en lo más mínimo.

Factores dependientes a los hechos formalizados

a. Modificación en la acusación del relato fáctico comprendido en la formalización. modificación en el sentido de variar en la acusación cualquiera de los elementos fácticos descritos en la formalización

Con un ejemplo podemos explicar mejor en qué consiste este factor: Fiscalía formaliza la investigación sobre la base del siguiente acontecimiento: “A” pagó a “B” para que éste robara un reloj de oro que llevaba puesto “P”. “B” redujo a golpes a “P”, logrando, de esta forma, sustraerle su reloj. El latrocinio se cometió entre las 4 y 5 de la tarde. El Fiscal califica este suceso como robo simple; la conducta de “A” como instigador; y la de “B” como autor.

Caso 1: en la acusación, fiscalía sostiene que el robo no se cometió entre las 4 y 5 de la tarde, sino entre las 7 y 8 de la noche. Calificando el hecho como robo agravado, debido a la circunstancia agravante contendía en el art. 189.2: “durante la noche...” Caso 2: en la acusación, fiscalía sostiene que “A” y “B” redujeron a golpes a “P”, robándole su reloj de oro. Calificando el hecho como robo agravado, por la circunstancia contenida en el art. 189.4: “con el concurso de dos o más personas”. Y modificando la calificación personal respecto a “A”, de instigador a coautor. En el primer caso, lo que originó que en la acusación se modificara la calificación jurídica fue la variación de la circunstancia temporal de realización del hecho punible; en el segundo, fue la variación de la acción de uno de los agentes. Entonces, un factor que origina que en la acusación se modifique la calificación jurídica es la variación en ella de los hechos y/o circunstancias comprendidas en la formalización.

b. Modificación en la acusación del relato fáctico comprendido en la formalización. modificación en el sentido de ampliar en la acusación elementos fácticos no comprendidos en la formalización

Siguiendo la modalidad anterior, pero esta vez haremos dos ejemplos para ilustrar de mejor manera en qué consiste este factor: Primer ejemplo: Fiscalía formaliza la investigación preparatoria sobre la base del siguiente suceso: “A” entró a la casa de “D”, quien se encontraba en el interior. Logrando sustraer algunos de sus bienes, entre ellos, un televisor marca SONY. El hecho sucedió durante la noche. Fiscalía califica este evento como Hurto Agravado (sustracción + agravante: casa habitada y durante la noche). Caso 1: en la acusación, fiscalía sostiene que “A” entró a la casa de “D”, quien se encontraba en el interior. “A”, luego de reducir con violencia a “D”, logró sustraer algunos de sus bienes, entre ellos, un televisor marca SONY. El hecho sucedió durante la noche. Calificando el hecho como Robo Agravado (sustracción + violencia + circunstancia agravante: durante la noche y casa habitada).

Segundo ejemplo: Fiscalía formaliza la investigación preparatoria sobre la base del siguiente suceso: “A”, con fecha 29 de noviembre del 2010, demandó reivindicación ante el Primer Juzgado Civil de Trujillo. Ofreciendo como medio probatorio, a sabiendas, un documento privado falso. Fiscalía califica la conducta de “A” como autor del delito

de uso de documento privado falso. Caso 1: en la acusación, fiscalía sostiene que “A”, con fecha 29 de noviembre del 2010, demandó reivindicación ante el Primer Juzgado Civil de Trujillo. Ofreciendo como medio probatorio, a sabiendas, un documento privado falso. Y con fecha 2 de diciembre del mismo año hizo lo mismo, es decir, ofreció el mismo documento privado falso, pero esta vez ante el Segundo Juzgado Civil de Trujillo, en donde demandó desalojo. Fiscalía califica la conducta de “A” como autor del delito continuado de uso de documento privado falso. En el primer caso, la acusación recoge el mismo relato fáctico comprendido en la formalización, pero agrega una circunstancia fáctica, que es la que al final origina el cambio de calificación jurídica; en el segundo caso, la acusación también recoge el mismo relato fáctico comprendido en la formalización, pero agrega un hecho conexo, que es el que al final ocasiona la modificación de la calificación jurídica. La diferencia con el factor anterior es que aquí el relato fáctico comprendido en la formalización no ha sido variado en la acusación, sino solamente ampliado.

c. Modificación en la acusación del relato fáctico comprendido en la formalización. modificación en el sentido de quitar o amputar en la acusación algún elemento fáctico comprendido en la formalización

Dentro de estos supuestos se encuentran los casos en los que la modificación de la calificación jurídica es consecuencia de la alteración, en el sentido de amputar o quitar, elementos fácticos comprendidos en la formalización. Veamos mejor dos ejemplos. Primer ejemplo: Fiscalía formaliza la investigación preparatoria sobre la base del siguiente suceso: “A” entró a la casa de “D”, quien se encontraba en el interior. “A”, luego de reducir con violencia a “D”, logró sustraer algunos de sus bienes, entre ellos, un televisor marca SONY. El hecho sucedió durante la noche. Calificando el hecho como Robo Agravado (sustracción + violencia + circunstancia agravante: durante la noche y casa habitada). Caso 1: en la acusación, fiscalía sostiene que “A” entró a la casa de “D”, quien se encontraba en el interior. Logrando sustraer algunos de sus bienes, entre ellos, un televisor marca SONY. El hecho sucedió durante la noche. Fiscalía califica este evento como Hurto Agravado (casa habitada y durante la noche).

Segundo ejemplo: Fiscalía formaliza la investigación preparatoria sobre la base del siguiente suceso: “A”, con fecha 29 de noviembre del 2010, demandó reivindicación ante el Primer Juzgado Civil de Trujillo. Ofreciendo como medio probatorio, a sabiendas, un documento privado falso. Y con fecha 2 de diciembre del mismo año hizo lo mismo, es decir, ofreció el mismo documento privado falso, pero esta vez ante el Segundo Juzgado Civil de Trujillo, en donde demandó desalojo. Fiscalía califica la conducta de

“A” como delito continuado de uso de documento privado falso. Caso 1: en la acusación, fiscalía sostiene: “A”, con fecha 29 de noviembre del 2010, demandó reivindicación ante el Primer Juzgado Civil de Trujillo. Ofreciendo como medio probatorio, a sabiendas, un documento privado falso. Fiscalía califica la conducta de “A” como autor del delito de uso de documento privado falso. En el primer caso, en la acusación se quitó una circunstancia descrita en la formalización, que es lo que al final originó el cambio de calificación jurídica; en el segundo caso, en la acusación se amputó un hecho comprendido en la formalización, que es lo que al final ocasionó la modificación de la calificación jurídica.

Sobre la vinculación subjetiva y objetiva entre la acusación y la formalización

No existen mayores complicaciones, ni en doctrina ni en la práctica, a la hora de identificar cuando una persona ha sido acusada sin haber estado comprendida en la formalización. Por ello es que pasaremos de inmediato a lo que sí ha generado y genera complicaciones en doctrina y en la práctica del nuevo código procesal penal, nos referimos a la vinculación fáctica entre la formalización y la acusación. La acusación sólo puede referirse a hechos incluidos en la formalización (inciso 2 del artículo 349). De esta premisa inferimos, sobre la base del alcance de la

expresión “hechos incluidos”, que el hecho acusado debe contener hechos y circunstancias descritos en la formalización. Ello no quiere decir que el hecho acusado sea una copia del hecho formalizado, sino solamente que en la acusación no pueden ampliarse o variarse los elementos fácticos comprendidos en la formalización; ello supone que es posible que en la acusación se quite o ampute elementos fácticos comprendidos en la formalización, puesto que con esta última clase de modificación factual aún se sigue respetando la vinculación fáctica entre la acusación y la formalización, en el sentido de que la acusación sigue estando referido a los hechos incluidos o comprendidos en la formalización.

Para explicar esta afirmación es necesario referirnos al objeto del proceso, pues dado que la doctrina mayoritaria considera que la vinculación entre la formalización y la acusación es una manifestación del principio de correlación, la doctrina y la Corte Suprema trasladan el alcance del sub-principio de correlación, esto es, la sentencia se encuentra vinculada fácticamente a la acusación sólo en cuanto al objeto del proceso, a la vinculación entre la acusación y la formalización, sosteniendo que en virtud del principio acusatorio la acusación se encontraría vinculada fácticamente a la formalización sólo en cuanto al objeto del proceso. De aquí la necesidad del estudio del objeto del proceso en este apartado.

No existe uniformidad en la doctrina en cuanto a determinar los elementos que conformarían el objeto del proceso. Para un sector de la doctrina lo conforman tanto el hecho procesal como el sujeto pasivo de la acción penal. Para otro sector, en cambio, únicamente lo compone el hecho procesal. Compartimos la postura del segundo sector de la doctrina, la que afirma que el objeto del proceso está conformado únicamente por el hecho procesal. La razón que nos lleva a inclinarnos a este sector de la doctrina es la siguiente: desde una perspectiva teórica-práctica, la investigación preparatoria ha de tener un objeto, el mismo que no puede cambiar sustancialmente. Regla que solo puede cumplirse con respecto al relato factual contenido en la formalización, pero no en cuanto al imputado, puesto que aun cuando la formalización contenga un imputado, eso no impide que se incluya a otros durante la tramitación de la investigación (cuando, por ejemplo, se formaliza investigación en contra de “X” y a propósito de los actos de investigación se descubre que el delito fue cometido por “Y”. A este último se lo incluirá a la investigación mediante la disposición ampliatoria). El hecho de que con la acusación se fije a los acusados, en el sentido de que estos no podrán ser modificados en el juicio oral, no pasa porque opere, recién aquí, el principio de inmutabilidad del objeto del proceso, sino porque, de no ser así, se vulneraría el derecho de defensa del nuevo acusado, al no haber contado con un tiempo razonable y medios adecuados para la

preparación de su defensa, preparación que se efectiviza en la etapa de investigación preparatoria, tal como lo estudiamos líneas arriba.

Ahora bien, cuando la doctrina hace referencia al objeto del proceso se refiere a él como hecho procesal o hecho objeto del proceso, lo cual no debe confundirse con el relato fáctico comprendido o en la formalización o en la acusación, más por el contrario, el hecho procesal o hecho objeto del proceso sería la esencia de normativa de ese relato fáctico, claro está si se acepta la teoría normativa del hecho para la identificación del objeto del proceso. A propósito de ello cabe precisar que existen distintas teorías del hecho procesal que han tratado de delimitar su contenido mínimo. Estas teorías son la teoría naturalista y la teoría normativista. El acogimiento de una u otra teoría repercutirá a la hora de precisar el alcance del objeto del proceso (el hecho mínimo o esencial inmutable a lo largo del proceso penal). Por ello las estudiaremos a continuación.

Las teorías naturalistas y normativistas del hecho procesal

Según la teoría naturalista, el hecho jurídicamente relevante (hecho procesal) no es un tipo penal concreto, es decir, no es una determinada figura delictiva (Ascencio Mellado, 1991, citado en Cucarella, 2003, p. 124), sino el

acontecimiento o “trozo de la vida” en cuanto con arreglo a un criterio puramente natural (Gómez Orbaneja, 1947, citado en Cucarella, 2003, p. 124). En la identificación del hecho procesalmente relevante se prescinde de cualquier valoración o aspecto jurídico para atender, exclusivamente, al hecho desde un punto de vista natural. Dentro de esta teoría naturalista existen dos corrientes: la subjetiva y la objetiva.

a. Teoría naturalista subjetiva

La teoría subjetiva parte de la consideración de que, si la voluntad es única, el hecho es único; pluralidad de voluntades, por el contrario, implica pluralidad de actos (Gómez Orbaneja, 1947, citado en Cucarella, 2003, p. 125). Es decir, la apreciación de los hechos jurídicamente relevantes debe hacerse atendiendo al elemento psicológico o volitivo de la persona a la que se le imputa la realización de esos hechos (Gutiérrez De Cabiedes, 1974, citado en Cucarella, 2003, p. 125). Es la voluntad de esa persona la que permite dotar de unidad a esos hechos, habida cuenta de que el “trozo de la vida” de una persona sobre el que versa un proceso está integrado a su vez, por un conjunto de hechos interrelacionados entre sí y difícilmente reconducibles a la unidad (Ascencio Mellado, 1991, citado en Cucarella, 2003, p. 125). Así se concluye que un conjunto de hechos que estén inspirados por el mismo elemento vo-

litivo constituye un conjunto, una unidad fáctica a efectos procesales (Cucarella, 2003, p. 125).

b. Teoría naturalista objetiva

Esta variante de la teoría naturalista prescinde por completo del aspecto volitivo o intencional del acusado. Es decir, se atiende a lo que “haya ocurrido externamente, fuera de la mente del inculpado” (Cucarella, 2003, p. 125). Para esta teoría lo que permite reducir a la unidad el conjunto de hechos en los que ha participado el imputado son aspectos objetivos tales como el tiempo y lugar de su realización (Cucarella, 2003, p. 132). De este modo, las circunstancias espacio-temporales adquieren relevancia esencial en la identificación de los hechos jurídicamente relevantes desde un punto de vista procesal, y por lo tanto, esos aspectos espacio-temporales son elementos de identificación del objeto procesal (Cortés Domínguez, 1975, citado en Cucarella, 2003, p. 125). Como se ha indicado “sólo así es posible reducir a la unidad la pluralidad de elementos fácticos que integran un acaecer real”. (Gómez Colomer, 2017, citado en Cucarella, 2003, p. 127).

Críticas a las teorías naturalistas

La insuficiencia de la construcción de la teoría naturalista subjetiva se evidencia cuando, por un lado, un

hecho imputado en forma dolosa no podría ser modificado, en el tránsito del proceso, a la modalidad culposa (o viceversa); y, por otro, de condenarse por un hecho en su modalidad dolosa se podría iniciar otro proceso con ese mismo hecho imputándoselo en la modalidad culposa (o viceversa), dado que los hechos, desde esta posición, serán distintos. La insuficiencia de la teoría naturalista objetiva, por su parte, se revela en que cualquier cambio en las circunstancias de actividad, tiempo o lugar llevaría a la alteración del hecho imputado y con él al cambio del objeto del proceso (Montero Aroca, 2008, p. 330). Por ejemplo, las lesiones inferidas a un sujeto sería un hecho distinto al de su muerte meses después producto de las lesiones.

En definitiva, el problema fundamental que ofrece la teoría naturalista, en sus dos vertientes, es que no se ajustan a la naturaleza dinámica del proceso. En un sistema mixto, relato factual puede ser modificado no sólo en la fase de instrucción, sino también en la fase de juzgamiento, en armonía con el principio de investigación judicial. En un sistema acusatorio depurado, como el que inspira al Código Procesal Penal de 2004, el relato factual contenido en la formalización puede ser variado y/o ampliado en la EIP, a propósito de la actividad investigadora, de modo que, si se adoptara la teoría naturalista, el relato factual no podría ser modificado en sus aspectos accidentales o

volitivos, porque se tendría por modificado el objeto del proceso. Ante las carencias de la teoría naturalista, la dogmática procesal se levantó y sostuvo que de una u otra forma el hecho siempre debe tener alguna referencia normativa al Derecho Penal, pues sin la ayuda de estas normas “no puede ser resuelto el problema procesal de la unidad o pluralidad del hecho” (Gómez Orbaneja, 1947, citado en Cucarella, 2003, p. 130). Sobre la base de estos postulados surgen las teorías normativas del hecho.

Teorías normativistas del hecho

Éstas presentan un punto de contacto con los defensores de las teorías naturalistas, en el sentido de que no debe confundirse el hecho jurídicamente relevante fundamentado de la acción y de la pretensión penal, con un determinado y concreto tipo penal (Cucarella, 2003, p. 129). El hecho procesal, pues, no es un hecho entendido como un delito o crimen, sino una factura con individualidad propia (Ascencio Mellado, 1991, citado en Cucarella, 2003, p. 108), pero no se puede hacer dejación de la idea de que se trata de una relación de Derecho penal en tanto hecho jurídico imputado a una persona (Florián, 1931, citado en Ascencio Mellado, 1991, p. 109), por lo que su identificación requiere siempre de referencias normativas en tanto sólo son procesalmente relevantes aquellos hechos de los que se afirma o pretende una consecuencia

jurídica determinada (Ascencio Mellado, 1991, citado en Cucarella, 2003, p. 109). Dentro de las teorías normativas podemos encontrar diferentes orientaciones, las mismas que analizaremos a continuación.

a. Teoría del objeto normativo

Para LIU, el hecho permanecerá inalterable siempre que subsista en el tránsito de sus variaciones lo que denomina su objeto normativo—equivalente a la esencia del tipo penal de referencia -, objeto normativo que no es exclusivo de un específico tipo penal, sino que es común a varios de ellos en tanto que constituye la esencia de los mismos (Ascencio Mellado, 1991, citado en Cucarella, 2003, p. 110). Sobre la base de esta teoría, que pone el acento en los actos típicos, no habría problema alguno para pasar, por ejemplo, de lesiones a homicidio en la medida en que hay una identidad parcial del acto de agresión, o de robo a hurto por la similitud de la acción de apropiación. Esta teoría también permite explicar los cambios a los grados de ejecución, esto es, el paso de un delito en grado de tentativa a uno consumado, ya que entre ambos existe identidad en los actos ejecutivos. Lo único que los diferencia es una circunstancia: el resultado. No obstante, esta teoría se muestra insuficiente para dar respuesta a los cambios en la forma de participación (participación en sentido amplio), por ejemplo, de autor a cómplice; puesto

que, al estar pensados los tipos penales para la autoría, resultan los objetos normativos de la complicidad diferentes a aquéllos. De modo que bajo esta teoría el cambio de autor a cómplice (o viceversa), de cómplice primario a secundario (o viceversa), de instigador a autor directo (o viceversa) supondrían una modificación sustancial del hecho procesal. De aquí que surja en su auxilio la teoría del bien jurídico.

b. Teoría del bien jurídico

Para esta teoría el hecho objeto del proceso, además de ser el trozo de la vida de una persona, es un hecho contemplado en función del bien jurídico protegido, lesionado por él (Prieto Castro y Gutiérrez De Cabiedes, 1976, citado en Cucarella, 2003, p. 132). De esta forma se entiende que es posible variar las formas de participación porque, si bien las conductas atendiendo a los actos de ejecución no son las mismas, todas se dirigen a lesionar un mismo bien jurídico (Cucarella, 2003, p. 132). Es decir, tanto autor, autor mediato, instigador, cómplice primario y secundario, en una misma escena delictiva, vulneran el mismo bien jurídico. Por otra parte, esta teoría también da respuesta al cambio de robo a receptación (o viceversa) o de hurto a receptación (o viceversa), pues, pese que los actos típicos son distintos, en todos estos casos el bien jurídico es el mismo. Ahora bien, dentro de la teoría nor-

mativa del hecho, podemos encontrar dos orientaciones diferentes. La primera es la que sostiene que el bien jurídico protegido sirve para la identificación de los hechos jurídicamente relevantes, en los casos en los que la teoría del objeto normativo sea insuficiente; es decir, esta teoría tendría carácter subsidiario en relación con la del objeto normativo. La segunda orientación otorga a la teoría del bien jurídico protegido un carácter complementario (no subsidiario) de la teoría del objeto normativo; es decir, tanto el bien jurídico como el objeto normativo identificarían el objeto del proceso. (Cucarella Galiana, 2003, p. 133).

Críticas a las teorías normativas

No existen reparos en doctrina, sobre todo en la española, en aceptar a la teoría del objeto normativo como criterio eficaz para identificar el objeto del proceso. Pero lo mismo no ocurre con la teoría normativa del bien jurídico, ya que un sector importante de esa misma doctrina la descalifica como criterio identificador del objeto del proceso, sea que actúe de forma alternativa o subsidiaria al objeto normativo. Sin embargo, en ello no radica el principal problema de estas teorías normativas, sino en que ambas resultan insuficientes para garantizar el derecho de defensa si es que son aplicadas, por ejemplo, en la correlación fáctica entre la acusación y la sentencia. Efec-

tivamente, pues según el principio acusatorio, el hecho contenido en la acusación debe ser el mismo al hecho contenido en la sentencia (principio de correlación fáctica); de modo que, si aplica las teorías normativas del hecho en la aplicación del principio de correlación, el juez tendría un amplio margen para modificar el hecho acusado sin que con ello se pueda alegar una vulneración a dicho principio. Por ejemplo, podría acusarse por un relato fáctual que se subsume en el tipo de hurto y condenar, luego de que el juez en la sentencia lo modifique, por uno que se subsume en el tipo de receptación, dado que, desde la perspectiva de la teoría del bien jurídico, el hecho procesal no habría sido modificado. Por ello es que, para conciliar la aplicación de las teorías normativas y el derecho de defensa, se tuvo que utilizar la llamada “tesis de desvinculación”, esto es, se le impidió al juez condenar por un tipo penal distinto, con un correlato fáctico también distinto, si es que previamente no lo ha sometido a debate.

La adopción de teorías normativas por la Corte Suprema y su rechazo

El 13 de noviembre de 2009 todos los vocales supremos de las Salas Penales Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema, dando cumplimiento a lo dispuestos por el artículo 22 y 116 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se reunieron en pleno jurisdiccional y dictaron, entre

otros, el Acuerdo Plenario N° 6-2009/CJ-116, que fija criterios para el control de la acusación. Cabe precisar que la Corte Suprema no hace mención expresa a la adopción de las teorías normativas como criterios para la aplicación de la vinculación fáctica entre la acusación y la formalización, pero es fácil deducirlo de su tenor, ahora que conocemos en qué consisten y cuáles son sus alcances. Veamos entonces de donde se desprende la imposición de las teorías normativas en la vinculación fáctica entre la formalización y la acusación.

En el considerando 7º del acuerdo, refiriéndose a los hechos que fundamentan la acusación, se estableció lo siguiente: Formalmente, además de su carácter escrito, la acusación debe describir de modo preciso, concreto y claro los hechos atribuidos al imputado (...), con mención fundamentada del resultado de las investigaciones. Desde el derecho penal, los hechos que la fundamentan deben ser los que fluyen de la etapa de investigación preparatoria. (...) Nótese que la Corte Suprema no dice que los hechos que fundamentan la acusación deben ser los que se encuentran incluidos en la formalización (tal como lo regula el inciso 2 del art. 394), sino que, más bien, los hechos que la fundamentan la acusación deben ser los que fluyen de la etapa de investigación preparatoria. Es decir, que la acusación no necesariamente debe referirse a los términos fácticos de la formalización, sino también a los

hallazgos de la actividad investigadora. Esto, a nuestro entender, sirve como base para la adopción de las teorías normativas. Las cuales se desprenden del siguiente fundamento.

En el fundamento 8°, refiriéndose a los títulos de imputación contenidos en la acusación, se dejó establecido lo siguiente: Una regla expresa sobre esa vinculación relativa del fundamento jurídico de la causa de pedir se encuentra en el artículo 349°.2 del NCPP, que incluso autoriza un cambio en la calificación jurídica, siempre – claro está – con pleno respeto del principio acusatorio, que exige en este nivel, de un lado, identidad esencial – es decir, total o parcial – entre los hechos de ejecución delictiva investigados y acusados, y, de otro lado, respeto de la homogeneidad del bien jurídico protegido por el ordenamiento sustantivo. Cuando la Corte Suprema se refiere a la identidad parcial entre los actos de ejecución delictiva investigados y acusados no hace sino referirse a la teoría del objeto normativo; y cuando se refiere a la homogeneidad del bien jurídico, está haciendo referencia a la teoría del bien jurídico. Lo que no queda claro es si la teoría del bien jurídico deberá ser utilizada de manera complementaria o subsidiaria al objeto normativo.

En el punto anterior sostuvimos que la aplicación de las teorías normativas del hecho en la vinculación fáctica entre la acusación y la formalización lesiona el derecho de

defensa, aunque no precisamos en qué casos. Por ello, a continuación, precisaremos los casos en los cuales la aplicación de las teorías normativas del hecho en la vinculación fáctica entre la acusación y la formalización lesiona el derecho de defensa. Todo ello para rechazar los criterios de aplicación impuesto por la Corte Suprema.

A) El derecho de defensa y los casos en los que el relato fáctico de la acusación varía elementos fácticos comprendidos en la formalización

Caso 1: se formaliza investigación preparatoria imputándose el siguiente acontecimiento: “A” pagó la suma de 25 mil dólares a “B”, “C”, “D” y “E” para que usurpen una propiedad ubicada en “X”. Fiscalía califica la participación de “A” como instigador; la de B”, “C”, “D” y “E” como coautores del delito de usurpación. Caso 1.1: Fiscalía sostiene en la acusación que “A”, B”, “C”, “D” y “E” usurparon la propiedad ubicada en “X”. Fiscalía califica la participación de todos como coautores. Análisis: recordemos que para la teoría normativa del bien jurídico todas las formas de participación en un mismo escenario delictivo vulneran el mismo bien jurídico, por lo tanto, forman una unidad, un mismo objeto. De modo que, en el presente caso, pese a existir una variación fáctica, el hecho descrito en la acusación, desde la perspectiva normativa, es el mismo que el descrito en la formalización.

Pero si esta modificación no supone una alteración al objeto del proceso, sí, por el contrario, vulnera el derecho de defensa. Efectivamente, pues nadie que se defiende de instigador se defiende de haber participado de manera directa. Por ejemplo, imaginemos que la defensa de “A” se preparó para demostrar en juicio que no realizó ningún pago, es decir, que no hubo aquella influencia psicológica sobre B”, “C”, “D” y “E” que caracteriza a la instigación. Para tal fin acopió durante la fase de investigación fuentes de prueba que demostrarían que “A”, padre de 5 hijos, ni en 20 años de trabajo como cobrador de ómnibus pudo haber ahorrado el dinero que supuestamente pagó. En este caso, al modificarse los hechos de manera tal que se modificó su participación, de instigador a coautor, se ha saboteado la preparación de la defensa de “A”, por ende, se le ha vulnerado su derecho de defensa.

Caso 2: se formaliza investigación preparatoria imputándose el siguiente acontecimiento: entre las 4 y 6 de la tarde, “A”, en compañía de “B” y “C”, mediante violencia redujeron a “X” para sustraerle su reloj. Fiscalía califica el hecho como robo agravado; la participación de A”, B” y “C” como coautores. Caso 2.2: Fiscalía sostiene en la acusación que entre las 8 y 9 de la noche, “A”, en compañía de “B” y “C”, mediante violencia, redujeron a “X” para sustraerle su reloj. Fiscalía califica el hecho como robo agravado; la participación de A”, B” y “C” como coautores. Análisis: tanto para la teoría del objeto normativo como

para la teoría del bien jurídico, las circunstancias espacio-temporales no son elementos a tenerse en cuenta para la identificación del objeto del proceso. Por lo tanto, el relato fáctico descrito en la acusación, pese haberse modificado la circunstancia tiempo, es el mismo que el descrito en la formalización.

Sin embargo, esta modificación en cuanto al tiempo sí supone una vulneración al derecho de defensa. En efecto, pues supongamos que la defensa de “A” preparó su caso para acreditar en juicio que entre las 4 y 6 de la tarde estuvo en un lugar distinto en compañía de “R” y “Z”, sus testigos. Tesis que de nada sirve si lo que se tiene que acreditar, ahora, no es la presencia de “A” en otro lugar entre las 4 y 6 pm, sino la presencia de “A” en otro lugar entre las 8 y 9 de la noche. En consecuencia, el cambio en cuanto al tiempo de realización del hecho punible sabotó la preparación de la defensa de “A”, por ende, se le vulneró su derecho de defensa.

B) El derecho de defensa y los casos en los que el relato fáctico de la acusación amplía elementos fácticos al relato factual comprendido en la formalización

Caso 3: se formaliza investigación preparatoria imputándose el siguiente acontecimiento: “A” golpeó a “B” con un bastón en distintas partes de su cuerpo, dejándolo

en coma. Fiscalía califica la conducta de “A” como autor del delito de lesiones graves. Caso 3.3: Fiscalía sostiene en la acusación que “A” con un bastón golpeó a “B” en distintas partes de su cuerpo dejándolo en coma; del cual nunca despertó, pues “B” murió a consecuencia de los golpes inferido por “A”, quien, dicho sea de paso, pudo prever el resultado. Fiscalía califica la conducta de “A” como autor del delito de lesiones seguidas de muerte. Análisis: según la teoría del objeto normativo, el hecho será el mismo siempre que subsista en el tránsito de sus variaciones la acción típica; de modo que quedan el nexo causal y el resultado. Bajo este criterio, la ampliación fáctica producida en la acusación no supone un cambio sustancial, ya que entre las lesiones y entre las lesiones seguidas de muerte existe la misma acción típica; por lo tanto, estamos en presencia de los mismos hechos, normativamente hablando. Sin embargo, existe vulneración al derecho de defensa. Pues la defensa no pudo prepararse con respecto al nexo causal y al resultado muerte. Es decir, no pudo preparar su caso para acreditar en juicio que la muerte no fue producto de los golpes, sino de una negligencia médica, por ejemplo.

Caso 4: Fiscalía formaliza la investigación preparatoria sobre la base del siguiente suceso: “A”, con fecha 29 de noviembre de 2010, demandó reivindicación ante el primer juzgado civil de Trujillo. Ofreciendo como medio probatorio, a sabiendas, un documento privado falso. Fiscalía

califica la conducta de “A” como autor del delito de uso de documento privado falso. Caso 4.4: en la acusación, fiscalía sostiene “A”, con fecha 29 de noviembre de 2010, demandó reivindicación ante el primer juzgado civil de Trujillo. Ofreciendo como medio probatorio, a sabiendas, un documento privado falso. Y con fecha 2 de diciembre del mismo año hizo lo mismo, es decir, ofreció el mismo documento privado falso, pero esta vez ante el segundo juzgado civil de Trujillo, en donde demandó desalojo. Fiscalía califica la conducta de “A” como autor del delito continuado de uso de documento privado falso. Análisis: en este caso existe una unidad procesal entre los hechos ocurridos el 29 de noviembre y 2 de diciembre. Esta unidad o identidad procesal se debe a que las diversas acciones vulneran un mismo bien jurídico. Debido a esta conexión, cada hecho individual pierde su autonomía propia como hecho procesal para venir a concurrir en un solo delito y un solo hecho procesal junto con los demás episodios con los que está en conexión continuada.

Sin embargo, en este caso también se vulnera el derecho de defensa; pues si bien ambos hechos forman una unidad procesal, el imputado sólo se preparó en cuanto al primer hecho, al ocurrido el 29 de noviembre del 2010, y no con respecto al segundo, al ocurrido el 2 de diciembre del mismo año. Tanto más si es que el tribunal puede romper esa unidad y devolverle la autonomía procesal a cada hecho, es decir, puede dar por no probado el primer hecho

y por probado el segundo. Acontecimiento del cual “A” no se preparó.

Caso 5: Fiscalía formaliza la investigación preparatoria sobre la base del siguiente suceso: el día 29 de noviembre de 2009, “A” y “B” se encontraban libando licor en la licorería “X”. Siendo aproximadamente las 5 pm, lo que en un inicio fue una amena conversación se transformó en discusión y luego en pelea. “A”, al verse vencido, sacó su arma de fuego y disparó contra “B”, causándole la muerte. Fiscalía califica la conducta de “A” como autor del delito de homicidio. Caso 5.5: Fiscalía sostiene en la acusación que el día 29 de noviembre de 2009, “A” y “B” se encontraban libando licor en la licorería “X”. Siendo aproximadamente las 5 pm, lo que al principio era una amena conversación se transformó en discusión y luego en pelea. “A”, al verse vencido sacó su arma de fuego y disparó contra “B”, causándole la muerte. Siendo que además, la bala, que salió del cuerpo de “B”, impacto en el brazo de “C”, causándole heridas graves. “C” se encontraba a unos 200 metros de la licorería. Fiscalía califica la conducta de “A” como autor del concurso ideal heterogéneo: homicidio (artículo 106, Código penal) y lesiones culposas graves (artículo 124, Código penal).

Análisis: para la teoría normativa del objeto normativo, el hecho será el mismo en tanto y en cuanto la acción sea la misma; y ello, aunque sean plurales los resultados

o bienes jurídicos infringidos. De manera que en el presente caso, según la teoría del objeto normativo, el hecho descrito en la acusación es el mismo que el descrito en la formalización. Sin embargo, el derecho de defensa en este caso ha sido menoscabado, pues la defensa de “A” no se pudo preparar con respecto al segundo resultado. No pudo preparar su defensa para demostrar en juicio, por ejemplo, que la bala que produjo la lesión de “C” no salió de su arma, que “C” estuvo en una distancia imposible de ser alcanzado por el disparo, que “C” no estuvo en el lugar donde dijo haber estado, etc.

Caso 6: Fiscalía formaliza la investigación preparatoria sobre la base del siguiente suceso: el día 29 de noviembre de 2008, “A”, forzando la cerradura de la puerta de ingreso, logró adentrarse a la casa de “B”, quien se encontraba durmiendo. En circunstancias que se aprestaba a retirarse con una laptop fue capturado por “B”; exactamente a las 7 pm. Fiscalía califica el hecho como tentativa de hurto agravado. Caso 6.6: Fiscalía sostiene en la acusación que el día 29 de noviembre de 2008, “A”, forzando la cerradura de la puerta de ingreso, logró adentrarse a la casa de “B”, quien se encontraba durmiendo. Logrando sustraer una impresora; y cuando regresó por la laptop que había dejado en la sala, fue capturado por “B”; exactamente a las 7 pm. Se logró determinar de qué “A” sustrajo, en principio, una impresora por las declaraciones de los testigos, vecinos de “B”; quien no se había percatado de la sustrac-

ción de su impresora hasta que los testigos declararon en la EIP. Fiscalía califica la conducta de “A” como autor del delito de hurto agravado.

Análisis: como se podrá advertir, los hechos descritos en la formalización y los descritos en la acusación no son los mismos, ontológicamente hablando, ya que en la formalización falta el resultado del delito de hurto. Sin embargo, para las teorías normativas, al concurrir el objeto normativo y el bien jurídico, el hecho descrito en la acusación es el mismo al descrito en la formalización. Veamos cómo se vulnera el derecho de defensa en el presente caso. La defensa de “A”, debido a que no se le comunicó oportunamente de la ampliación a los hechos descritos en la formalización, no pudo prepararse como para acreditar en juicio, por ejemplo, que “A”, a las 6:30 pm, fue visto por última vez por amigos y extraños fuera de su casa; que de su casa hasta la casa de “B” transcurre 20 minutos en carro (el tiempo más rápido posible); que, en forcejear la puerta, subir al segundo piso y bajar al primer piso, mínimamente transcurre 10 minutos. Esto hace las 7 pm, hora en que fue capturado por “B”. De manera que es imposible que haya salido con una impresora y regresado por la laptop. Tesis defensiva que se corroboraría con el hecho de que la impresora nunca fue encontrada.

C) Casos en los que el relato factual de la acusación quita elementos fácticos comprendidos en la formalización

Caso 7: Fiscalía formaliza la investigación sobre la base del siguiente suceso: el día 29 de noviembre de 2008, “A”, forzando la cerradura la de la puerta de ingreso, logró adentrarse a la casa de “B”, quien se encontraba durmiendo. Logrando sustraer una impresora; y cuando regresó por la laptop que había dejado en la sala, fue capturado por “B” a las 7 pm. Fiscalía califica la conducta de “A” como autor del delito de hurto agravado. Caso 7.7: Fiscalía sostiene en la acusación que el día 29 de noviembre de 2008, “A”, forzando la cerradura de la puerta de ingreso, logró adentrarse a la casa de “B, quien se encontraba durmiendo. En circunstancias que se aprestaba a retirarse con una laptop fue capturado por “B”, a las 7 pm. Fiscalía califica el hecho como tentativa de hurto agravado.

Análisis: para las teorías normativas, el hecho será el mismo siempre que en el tránsito de sus modificaciones, ampliaciones o amputaciones fácticas subsista o bien el mismo bien jurídico vulnerado o bien la misma acción típica o bien ambos. Siendo así, en el presente caso, el hecho acusado es el mismo que el hecho formalizado, pues en ambos existe el mismo bien jurídico y la misma acción típica. En estos supuestos, esto es, en los supuestos en los

que el relato fáctico de la acusación quita elementos fácticos comprendidos en la formalización, no se vulnera el derecho de defensa, ya que el abogado defensor tuvo conocimiento de todos los elementos fácticos contenidos en la acusación por estar comprendidos en la formalización.

Las conclusiones sobre el hecho procesal

Luego de estudiar las distintas concepciones sobre el hecho, podemos precisar que la formalización de investigación preparatoria fija el hecho objeto del proceso o hecho procesal. El cual se encuentra dentro del relato factual contenido en la formalización, relato que puede ser variado, ampliado o amputado; y siempre que se mantenga inmutable su esencialidad, el hecho procesal será el mismo. La esencialidad del relato factual deberá ser identificado tanto por el objeto normativo como por el bien jurídico, actuando éste de manera subsidiaria a aquél. Entonces, el hecho procesal o hecho objeto del proceso debe ser entendido como el hecho histórico en su esencialidad normativa.

Ahora bien, en tanto que las teorías normativas del hecho no son compatibles con el derecho de defensa, aquellas no deben ser aplicadas en la vinculación fáctica entre la acusación con la formalización; puesto que el fiscal tendría un amplio margen para modificar en la acusación datos

fácticos si bien circunstanciales para el objeto del proceso, relevantes para el derecho de defensa. Por ello es que las teorías normativas del hecho no deben ser aplicadas en la vinculación fáctica entre la acusación y la formalización, sino que deberán ser utilizadas como límites a la utilización de la Disposición Ampliatoria, dado que mediante éste se podría modificar el hecho objeto del proceso, vulnerando el principio de inmutabilidad del objeto del proceso.

Luego de hacer un análisis teórico y práctico de la aplicación de las teorías normativas del hecho en la vinculación fáctica entre la acusación y la formalización, podemos concluir que la aplicación de las teorías normativas, por su alto grado de abstracción, le permite a fiscalía realizar cambios significativos al relato fáctico contenido en la formalización. Decimos cambios significativos porque los elementos que introduce o varía son relevantes para la preparación de la defensa. Por ello es que las teorías normativas no deben ser aplicadas en la vinculación fáctica, sino como límites en la Disposición Ampliatoria. Sobre la base de todo lo dicho, rechazamos los criterios impuestos por la Corte Suprema, en el extremo que impone la aplicación de las teorías normativas del hecho en la vinculación fáctica entre la formalización y la acusación.

La garantía de la vinculación fáctica y su contribución a la preparación de la defensa

Líneas arriba hicimos la distinción entre garantías positivas y negativas de los derechos. Las primeras, digamos, suponen una obligación por parte del Estado de dar u otorgar al ciudadano algo en específico para la materialización de sus derechos. Las segundas consisten, en cambio, en las autolimitaciones del Estado de no vulnerar los derechos del ciudadano. Sobre la base de esta lógica, las garantías positivas para la preparación de la defensa, serían la asistencia y representación letrada, información de cargos, tiempo razonable y medios adecuados; mientras que la garantía negativa será la vinculación entre la acusación y la formalización, pues mediante esta garantía el Estado no le concede algo específico al imputado, tal como sucede con las garantías positivas del derecho de defensa, sino que limita los poderes del Fiscal a la hora de acusar, impidiendo con ello que se sabotee la preparación de la defensa. Ahora bien, dándose cumplimiento a todas las garantías estudiadas hasta ahora, no nos queda la menor duda de que la preparación de la defensa estará plenamente garantizada.

La garantía del ofrecimiento de fuentes de prueba

La garantía bajo estudio se encuentra regulado en el artículo 350.1 apartado f). Este artículo regula que la

notificación de la acusación a las demás partes del proceso para que, en un plazo de diez días, entre otras cosas, puedan: (...) f) ofrecer pruebas para el juicio, adjuntando la lista de testigos y peritos que deben ser convocados al debate, con indicación de nombre, profesión y domicilio, precisando los hechos acerca de los cuales serán examinados en el curso del debate. Presentar los documentos que no fueron incorporados antes, o señalar el lugar donde se hallan los que deban ser requeridos. Como primera aproximación a esta garantía, debemos hacer una crítica a la redacción del inciso en comento, la crítica está referida al término “prueba”. En efecto, la doctrina ha hecho denodados esfuerzos por darle un contenido precisa al término “prueba”, distinguiéndolo de lo que es un medio de prueba, un órgano de prueba, una fuente de prueba y una actividad probatoria.

Prueba es comprobar o verificar la exactitud de una afirmación. Órgano de prueba son las personas llamadas testigos y peritos, fuentes de prueba es todo el que emana afirmaciones sobre hechos anteriores al proceso: documentos, personas, etc. Los medios de prueba son los mecanismos por los cuales se introduce una fuente de prueba, las personas se introducen al proceso como testigos, los documentos como prueba documental, etc. La actividad probatoria es la realizada por las partes, consistente en la actuación de los medios de prueba bajo los principios

de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción. Entonces, cuando el artículo en comento hace referencia a los testigos o peritos, debe referirse a ellos con el término órganos de prueba, mas no con el de prueba.

En lo que se refiere al artículo en comento, podemos hacer otra crítica, pero esta vez dirigida no a su regulación sino a la jurisprudencia que lo cataloga como un derecho: derecho a ofrecer medios de prueba, derecho que se derivaría del derecho a la prueba. Nuestro máximo intérprete de la Constitución en varias de sus sentencias ha sostenido que el derecho a ofrecer de medios de prueba formaría parte del contenido del derecho a prueba. Solo por citar un ejemplo, en la sentencia recaída en el Exp. N° 4831-2005-PHC/TC, Caso Rubén Silvio Curse Castro, nuestro Tribunal Constitucional dejó sentado que: El derecho a prueba está determinado: por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que éstos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el medio probatorio que tenga en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizada.

Nosotros no compartimos el criterio del Tribunal Constitucional, para nosotros el ofrecimiento de los medios de prueba no es sino una garantía más del derecho de defensa. El ofrecimiento de los medios de prueba en particular y la producción de prueba en general, son exigencias del derecho de defensa, pues si el imputado cuenta con la posibilidad de acreditar (probar) su inocencia u otra circunstancia atenúe su responsabilidad penal, entonces debería contar con una garantía que le permita ofrecer medios de prueba, pues para acreditar (probar) es necesario ofrecer fuentes de prueba que corroboren las afirmaciones del abogado defensor.

La producción de prueba en general y el ofrecimiento de medios de prueba en particular están íntimamente relacionados con el derecho de defensa, tal como se puede observar de la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En efecto, en sentencia recaída en el Exp. N° 6712-2005-HC/TC, caso Magaly Jesús Medina Vela y Ney Guerrero Orellana, nuestro Tribunal Constitucional sostuvo: Es indiscutible la existencia de una relación entre denegación indebida de pruebas e indefensión, pero no existe indefensión de relevancia constitucional cuando aun existiendo alguna irregularidad procesal, no se llega a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa, bien porque no exista relación entre los hechos que se querían probar y las pruebas rechazadas o bien porque queda acreditado que el interesado, pese al rechazo, pudo

en todo caso proceder a la defensa de sus derechos e intereses legítimos.

De esta sentencia podemos colegir lo siguiente: si existiera un derecho a la prueba cuyo contenido sea el derecho a ofrecer medios de prueba que se consideren necesarios, entonces el derecho a la prueba se vulneraría pura y simplemente cuando injustificadamente no se admite un medio de prueba; sin embargo, el criterio del TC para establecer que el derecho a prueba ha sido conculcado es la efectiva y real indefensión; aunque lo más correcto, a nuestro entender, es decir que el ofrecimiento de medios de prueba es una garantía del derecho de derecho de defensa, la cual se lesionaría cuando no se admite un medio de prueba que acreditaría la inocencia o atenuaría la responsabilidad del imputado, pero de existir otros medios de prueba que acrediten o atenúan la responsabilidad penal o de no admitir medios de prueba que no acrediten o atenúen su responsabilidad penal, entonces no se lesionaría el derecho de defensa. Así las cosas, podemos concluir que el artículo 350.1 apartado f) es una garantía del derecho de defensa en tanto y en cuanto posibilita que el abogado defensor introduzca juicio las fuentes de prueba con los que acreditará su hipótesis defensiva.

La desvinculación procesal como garantía en la etapa de juzgamiento

¿Es el artículo 374.1 del NCPP una garantía del derecho de defensa?

Para dar respuesta a esta interrogante debemos empezar precisando el contenido del artículo 374.1 del NCPP, pues a partir de ello podremos comprar si es que calza en una de las exigencias del derecho de defensa, esto es si influye en algo en la acreditación de hechos y/o circunstancias a favor del acusado. El artículo 374. 1 se encuentra redactado con los siguientes términos: 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 la oportunidad a que exponga lo conveniente.

En una primera aproximación en punto a determinar el alcance del inciso 1 del artículo en comento, podemos

señalar que el Juez Penal podrá desvincularse de la calificación jurídica hecha en la acusación hasta antes de culminado el debate probatorio. Para ser más precisos es necesario indicar que el juicio oral cuenta con sub etapas. La primer sub etapa es la de instalación del juicio oral, la misma que sólo puede instalarse con la presencia mínima del Juez Penal, el Fiscal, el imputado y su abogado defensor. La segunda sub etapa consiste en la conformidad del imputado y la conclusión anticipada, aquí se le pregunta al acusado si es que acepta los cargos formulados por el representante del Ministerio Público, de ser negativa su respuesta el juicio continúa, de ser afirmativa y de estar de acuerdo en todo, el Juez Penal procederá a la conclusión anticipada del Juicio. La tercer sub etapa está referida a la presentación de prueba nueva, en esta sub etapa las partes podrán ofrecer fuentes de medios obtenidos con posterioridad a la audiencia de control de acusación, pero también pueden ofrecer los que no fueron admitidos en la etapa intermedia. La cuarta sub etapa es la actuación probatoria, en donde se van a actuar todos los medios probatorios introducidos oportunamente, en primer lugar, se realizará el examen del acusado, en segundo lugar, se llevará a cabo las testimoniales, en tercer lugar, se actuará los peritos, en cuarto lugar, se llevará a cabo la actuación de la evidencia material y por último la lectura de las piezas procesales. La quinta sub etapa se encuentra reservada para los alegatos finales. En consecuencia, la aplicación de la

desvinculación procesal puede hacer desde la instalación del juicio oral hasta antes de los alegatos de clausura, porque esta sub etapa es posterior a sub etapa referida a la actividad probatoria.

En una segunda aproximación, podemos afirmar que el inciso 1 del artículo 374^o no establece el medio mediante el cual el Juez Penal deberá comunicar a las partes de la nueva calificación jurídica, de manera que este vacío debe ser llenado por el artículo 123 del NCPP: 1. Las Resoluciones judiciales, según su objeto son decretos, autos y sentencias. Salvo los decretos, deben contener la exposición de los hechos debatidos, el análisis de la prueba actuada, la determinación de la Ley aplicable y lo que se decide, de modo claro y expreso. (...) Del artículo en comento se desprende que el Juez en el trámite de proceso puede emitir tres resoluciones: decretos, autos y sentencias. Descartamos de plano, y por obvias razones, el uso de la sentencia para comunicar a las partes del cambio de calificación jurídica. Queda, entonces, precisar si la desvinculación procesal debe ser comunicada mediante auto o decreto.

El artículo 123.1 del NCPP no exige que el decreto esté motivado, esta es una clara diferencia con el auto y decisivo para inclinarnos porque la comunicación sea mediante un auto y no mediante un decreto. En efecto, el Juez Penal no sólo debe comunicar a las partes de la nueva calificación jurídica, que es lo que se denomina desvinculación

procesal, sino que además debe precisar las razones que lo llevan a inclinarse por esa calificación jurídica, lo cual permitirá que las partes se opongan o como lo establece el artículo 374.1: para que las partes se pronuncien expresamente sobre la tesis planteada por el Juez Penal. En consecuencia, la desvinculación procesal debe hacerse por medio de un auto, en el cual se establezca las razones que han llevado al Juez Penal a calificar los hechos objeto de debate de esa manera (distinta a la que contiene la acusación), así como la procesión de la Ley penal aplicable al caso concreto (en aplicación del principio *iura novit curia*).

Ahora bien, y entrenado a desarrollar el contenido del inciso 1 del artículo 374º, es necesario precisar que, según su regulación, el Juez Penal sólo puede observar una distinta calificación jurídica teniendo con base fáctica los hechos objeto de debate. De modo que se hace necesario precisar que se entiende por calificación jurídica y que se entiende por hechos objeto de debate. Líneas arriba indicamos que de acuerdo con una opinión extendida entre los juristas la calificación jurídica de un hecho es un tipo de interpretación de hechos, que se realiza desde las normas jurídicas. Calificar un hecho es subsumir al hecho individual dentro de una categoría prevista en una norma jurídica. De esto se infiere que todo hecho o circunstancia fáctica individual que esté previsto de manera genérica en una norma penal deberá ser calificado por el Juez Penal

en virtud del principio *iura novit curia*. Por otro lado, el objeto de debate está integrado por el hecho acusado y por su respectiva calificación, así como por el fundamento y pena a imponerse y el monto de la reparación civil; está integrado, además, por el hecho resistido (esto es, por los hechos y circunstancias alegados por la defensa) y por su respectiva calificación jurídica, por las pretensiones del actor civil y del tercero civil; en definitiva, por todo lo que será debatido en juicio oral.

El alcance expuesto sobre el objeto de debate ha sido reafirmado por nuestra Corte Suprema, en Acuerdo Plenario 4-2007/CJ-116, en su fundamento 9. En efecto, pues aquí se estableció que: “Como se sabe, el objeto del proceso penal – o, con más precisión, el hecho punible – es fijado o delimitado por la Fiscalía, a partir del cual se consolidan y desarrollan los principios acusatorio–eje de esa institución procesal y que, en puridad, conforman al juez – y de contradicción – referido a la actuación de las partes. Ello no quiere decir, desde luego, que las demás partes no incidan en la determinación o ámbito de la sentencia del Tribunal – o que ésta solo deba pronunciarse acerca de los aspectos fijados en la acusación -. El principio de exhaustividad a su vez impone la obligación al Juez de pronunciarse sobre los alcances más relevantes de los hechos, de las pruebas y de las pretensiones de las demás partes procesales o de la resistencia hecha valer por el acusado – que es lo que se denomina, propiamente, el objeto de debate-.

Entonces, el hecho punible se delimita en el juicio oral por el Fiscal o acusador, mientras que el acusado y las demás partes – civiles, en este caso – si bien no pueden alterar el objeto del proceso, sí pueden ampliar el objeto de debate. (...)”. (Resaltado nuestro). De lo dicho se puede concluir que cuando el inciso 1 del artículo 374º del NCPP establece que cuando el Juez Penal observó la posibilidad de una calificación jurídica de los hechos objeto del debate que no ha sido considerada por el Ministerio Público, quiere decir entonces, que el Juez Penal sólo pudo observar una calificación jurídica no incluida en la acusación teniendo como único marco fáctico las afirmaciones sobre hechos realizadas por las partes. Esta primera conclusión es determinante para desechar la posibilidad de que el Juez Penal califique hechos no introducidos a juicio por las partes, como, por ejemplo, afirmaciones sobre hechos que se desprenden de la actividad probatoria y que no fueron afirmadas por las partes del proceso oportunamente.

Por último, es menester señalar que cuando el artículo 374.1 del NCPP establece que ante la tesis propuesta por el Juez Penal las partes podrán proponer la prueba necesaria que corresponda, se está refiriendo a la prueba del Derecho; es decir, a la doctrina, jurisprudencia o a la Ley en que se fundamenta la calificación jurídica propuesta por las partes, en caso exista oposición a la calificación jurídica realizada por el Juez Penal. Tal como hemos visto líneas arriba, una de las manifestaciones del principio iura

novit curia es la obligación del Juez de investigar y probar el Derecho aplicable. Pero también dijimos nadie parece dispuesto a defender que el Juez conoce realmente todo el Derecho, pudiendo encontrarse no solo con un problema de desconocimiento del Derecho aplicable, sino también por surgirles dudas acerca de su inconstitucionalidad, derogación o entrada en vigor de una disposición o de una norma, etc. De ahí que sostuviéramos que el principio de contradicción de algún modo complementaba al principio iura novit curia, y ahora ratificamos nuestra afirmación, pues cuando el inciso 1 del artículo 374 establece que las partes pueden ofrecer prueba necesaria se está refiriendo, en caso exista oposición a la calificación jurídica propuesta por el Juez Penal, a la demostración de que esa calificación no es la correcta. Para ello las partes pueden ofrecer como base de sus afirmaciones doctrina, jurisprudencia o las leyes que regulan el caso concreto. Por ello es que se les concede un plazo de 5 días, si es que así las partes lo creen conveniente, para la investigación de la doctrina, jurisprudencia o Ley aplicable al caso concreto.

Todo lo dicho hasta ahora guarda plena coherencia, pues nos basamos en algo que es bien sabido, al Juez no le corresponde precisar los hechos sino a las partes, al Juez le corresponde calificar los hechos, y en este punto no se encuentra vinculado a las calificaciones jurídicas propuestas por las partes las partes, aunque sí es necesario que les comunique de la distinta calificación jurídica, por cuanto

el principio *iura novit curia* no rige en exclusividad sino que debe aplicarse en armonía con el principio de contradicción, que sirve no solo como límite sino también como complemento. De que al Juez no le corresponde inmiscuirse en los hechos, en el sentido de variarlos o ampliarlos, se desprende también del inciso 2 y del inciso 3º del artículo 374º, los mismos que regula lo siguiente:

Inciso 2 del artículo 374º: Durante el juicio el fiscal, introduciendo un escrito de acusación complementaria, podrá ampliar la misma, mediante la inclusión de un hecho nuevo o una nueva circunstancia que no haya sido mencionada en su oportunidad, que modifica la calificación legal o integra un delito continuado. En tal caso, el Fiscal deberá advertir la variación de la calificación jurídica.

Inciso 3 del artículo 374º: En relación con los hechos nuevos o circunstancias atribuidas en la acusación complementaria, se recibirá nueva declaración del imputado y se informará a las partes que tienen derecho a pedir la suspensión del juicio para ofrecer nuevas pruebas o preparar la defensa. La suspensión no superará el plazo de cinco días.

Estos incisos establecen la posibilidad de que el Fiscal modifique la calificación jurídica a propósito de la inclusión de un hecho nuevo o una nueva circunstancia surgida de la actividad probatoria, otorgándole, además, al acusado la posibilidad de que prepare su defensa en un plazo

de cinco días, si así lo cree necesario. Son evidentes las diferencias que existen entre los poderes del Juez Penal y del Fiscal en cuanto a los materiales de hecho, solo al segundo le está permitido modificar fácticamente su acusación. En efecto, el inciso 1 establece que el Juez Penal puede calificar los hechos objeto de debate de una forma distinta a la realizada por el Fiscal en la acusación, teniendo como base fáctica únicamente los hechos introducidos a juicio por las partes, mientras que el inciso 2 establece la posibilidad de que el propio Fiscal modifique el relato fáctico contenido en la acusación a propósito de la inclusión de un hecho nuevo o nueva circunstancia surgida de la actividad probatoria.

Con todo lo expuesto, queda claro que el inciso 1 del artículo 374° del NCPP no es una garantía del derecho de defensa, más sí una exigencia del principio *iura novit curia* y de contradicción, pero para que no quede dudas al respecto es necesario hacer referencia a los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que han originado que en doctrina se afirme que la variación de la calificación jurídica debe ser comunicado al acusado por exigencia del derecho de defensa.

Los pronunciamientos de la Corte Interamericana y del Tribunal Europeo sobre la modificación de la calificación jurídica

La Corte Interamericana de Derechos de Derechos Humanos en el “Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala”, en sentencia del 20 de junio de 2005, párrafos 65 a 69, establece que la correlación entre la acusación y la sentencia es una condición indispensable del derecho a la defensa y por ende del debido proceso. La Corte considera que se rompe la correlación o congruencia cuando se sentencia por hechos, circunstancias o calificaciones que no están en la acusación, que no le fueron comunicadas al acusado y, por tanto, no pudo ejercer defensa. Por ello es que la Corte afirma que la debida acusación se determina en relación a la defensa, de allí que la requisitoria debe contener la descripción clara, precisa y circunstanciada de los hechos, así como la correspondiente calificación jurídica de los hechos.

Ahora bien, la CIDH basa la doctrina de la debida acusación, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como la sentencia recaída en el “Caso Pélissier y Sassi vs. Francia, en el “Caso Delcourt vs. Bélgica y en el “Caso Borisova vs. Bulgaria”. En estas sentencias se establece la necesidad de informar de la acusación al acusado para que con ello se articule la posibilidad con-

creta del derecho de defensa. Esa necesidad de informar de la acusación alcanza no solo a los hechos, sino que también al Derecho. En el caso *Sassi vs. Francia*, el problema estuvo referido a la hipótesis de autoría y complicidad: ¿puede el Juez pasar de autoría a complicidad o viceversa? El TEDH dice que no, debido a que detrás del cambio de la forma de participación (de calificación jurídica) se halla un hecho distinto. La modificación de la calificación constituiría una forma de introducción de un hecho distinto del contenido en la acusación.

Con este argumento del TEDH se corrobora lo que dijimos líneas arriba en relación al cambio de calificación jurídica en la acusación: El cambio de calificación jurídica no vulnera el derecho de defensa, esto ha quedado en evidencia por cuanto el problema para el derecho de defensa en la etapa de investigación preparatoria no pasa porque se modifique la calificación jurídica en la acusación. El verdadero problema se da cuando el relato fáctico comprendido en la formalización es variado o ampliado en la acusación. En efecto, pues según el TEDH el Juez en la sentencia no podría variar la calificación jurídica sin someterlo a debate previo por cuanto detrás de esta nueva calificación jurídica por lo general se esconde unos hechos y/o circunstancias nuevas, esto es, no comprendidos en la acusación; de manera que lo trascendente no es el cambio de calificación jurídica sino el cambio o introducción de

hechos o circunstancias nuevas que traen consigo la modificación de calificación jurídica.

Por ello es que países como España en donde el Tribunal cuenta con la posibilidad jurídica de introducir circunstancias fácticas que origina un cambio de calificación jurídica, es doctrina consolidada que la tesis de desvinculación es una exigencia del derecho de defensa. Lo mismo puede decirse con respecto a nuestro Código de Procedimientos Penales de 1940, pues también se le concede al Tribunal la posibilidad de aplicar la tesis de desvinculación en caso observe del debate una circunstancia modificativa de responsabilidad no incluidas en la acusación que aumenten la punibilidad (artículo 285-A inciso 3 del ACPP). Pero con respecto a sistemas en donde la tesis de desvinculación pura y simplemente proceda para que el Tribunal califique correctamente el hecho objeto de debate, no puede afirmarse lo mismo. En consecuencia, el artículo 374.1 del NCPP no tiene como fundamento al derecho de defensa, por cuanto su aplicación no puede darse para introducir hechos o circunstancias, ni tampoco para proponer a al Ministerio Público que él lo haga. La desvinculación procesal opera sólo con respecto a los materiales jurídicos y teniendo como única base fáctica los hechos objeto de debate.

Las circunstancias modificativas de responsabilidad penal en la desvinculación procesal

Definición y clasificación

Nuestra Corte Suprema define a las circunstancias modificativas de responsabilidad penal de la siguiente manera: Se denomina circunstancias a aquellos factores objetivos y subjetivos que influyen en la medición de la intensidad del delito (antijuridicidad o culpabilidad), haciéndolo más o menos grave. Su función principal es coadyuvar a la graduación o determinación del quantum de la pena aplicable al hecho punible cometido. (Acuerdo Plenario N° 1-2008/CJ-116). En doctrina también se encuentra una similar definición, aunque más acabada. En efecto, la autora Marín de Espinosa (2010, p. 435), refiere que las circunstancias modificativas de responsabilidad son elementos accidentales que acompañan al delito y que no fundamentan su esencia o sus presupuestos imprescindibles (el injusto o la culpabilidad). El carácter accidental se predica básicamente en dos sentidos: a) Ontológicamente, van referidas a las particularidades de tiempo, lugar, modo, condición, sujeto, objeto, etc., que acompañan al delito. b) Funcionalmente, desempeñan un papel accesorio en cuanto que no fundamentan el delito ni la pena, sino que ayudan a determinar la gravedad del primero y el quantum de la segunda.

Ahora bien, las circunstancias modificativas de responsabilidad penal pueden ser agravantes o atenuantes en función del efecto que produzcan en la determinación de la pena y, además pueden tener alcance general o específico en función de su forma de regulación. Cabe precisar que no es una finalidad de esta investigación hacer un estudio exhaustivo de las circunstancias modificativas de responsabilidad penal ni de su aplicación en la determinación de la pena. Lo trascendente es precisar, en cambio, que todas las circunstancias modificativas de responsabilidad penal tienen un sustrato o correlato fáctico; y si es obligación o no del Juez Penal apreciarlas, y si es obligación del Juez Penal apreciarlas, de dónde debe apreciarlas, y, por último, si puede o no aplicar el artículo 374.1 del NCPP para comunicar a las partes sobre estas circunstancias factuales con incidencia en la determinación de la pena. De plano es necesario resaltar que las circunstancias atenuantes son, al igual que las agravantes, elementos fácticos de carácter accidental.

Las circunstancias agravantes y atenuantes y su aplicación en nuestra legislación procesal

A propósito del Código de Procedimientos Penales de 1940, la Corte Suprema emitió el acuerdo Plenario 4-2007/CJ-116, estableciendo que el artículo 285º- A del citado Código, introducido por Decreto Legislativo núme-

ro 959, estatuye que el Tribunal en la sentencia no podrá sobrepasar – aunque sí, degradar – el hecho y las circunstancias–jurídicamente relevantes – fijadas en la acusación y materia del auto de enjuiciamiento o, en su caso, de la acusación complementaria (Acuerdo Plenario 4-2007/CJ-116–Fundamento N° 8). Más adelante establece que la norma procesal últimamente invocada impone al Tribunal que de oficio platee la tesis de desvinculación en dos supuestos habilitados: nueva tipificación e incorporación de circunstancias agravantes. (Acuerdo Plenario 4-2007/CJ-116- Fundamento N° 12). Queda claro entonces que la tipificación del hecho punible – el título de imputación – también puede ser alterado de oficio en alguna medida, ya sea porque exista un error en la subsunción normativa según la propuesta de la Fiscalía o porque concurra al hecho una circunstancia modificativa específica no comprendida en la acusación, casos en los que resulte imprescindible cambiar el título de condena (Acuerdo Plenario 4-2007/CJ-116, Fundamento N° 11–primer párrafo).

Ahora bien, tal como lo resalta la Corte Suprema, el Tribunal puede observar la concurrencia al caso particular de circunstancias modificativas de responsabilidad atenuantes o agravantes del debate probatorio. Siendo que en el primer supuesto puede apreciarlas en la sentencia sin el uso previo de la tesis de desvinculación²⁴.

24 Fundamento 11 del Acuerdo Plenario 4-2007/CJ-116: primer párrafo: Si bien es inmutable el hecho punible imputado, es posible que el Tribunal,

Mientras que para apreciar circunstancias agravantes en la sentencia es requisito previo el uso de la tesis de desvinculación. En lo que respecta al uso de la tesis en los puestos de circunstancias modificativas de responsabilidad penal, el Acuerdo Plenario en referencia guarda plena coherencia con lo regulado en el artículo 285º-A del NCPP, pues este artículo establece que el Tribunal hará uso de la tesis “(...) si del debate se advierten circunstancias modificativas de responsabilidad penal no incluidas en la acusación, que aumentan la punibilidad (...)”. Una regulación precisa que haga referencia al uso de la tesis en los supuestos de circunstancias modificativas de responsabilidad penal no la encontramos en el NCPP, pero en vía de interpretación es posible su aplicación, aunque con muchos matices.

En efecto, las circunstancias modificativas de responsabilidad son, en primer lugar, circunstancias recogidas en una categoría penal o precepto normativo. Por lo tanto, los hechos concretos (hechos de la vida) deben ser tipificados en los preceptos reguladores de las circunstancias modificativas de responsabilidad, eso quiere decir que el Juez, en virtud del principio *iura novit curia*, puede hacer

de oficio y en aras del principio de contradicción y del derecho de defensa, pueda introducir al debate – plantear la tesis de desvinculación – la concurrencia tanto de una circunstancia modificativa de responsabilidad penal no incluida en la acusación que aumente la punibilidad – no una circunstancia de atenuación, en el que solo rige la nota de tipos homogéneos (...).

una distinta calificación de esas circunstancias, positiva o negativamente; es decir, en sentido positivo, puede encuadrar los hechos objeto de debate en los preceptos reguladores de las circunstancias modificativas de responsabilidad penal en caso las partes no lo hayan hecho; y en sentido negativo, puede considerar que los hechos objeto de debate no se adecuan en los preceptos reguladores de las circunstancias modificativas de responsabilidad penal en caso las partes así lo hayan considerado. En ambos casos, el Juez debe comunicar a las partes antes de apreciarlas así en la sentencia, por exigencia del principio de contradicción. Por ello es que a nuestro entender el artículo 374.1 del NCPP, exigencia de los principios *iura novit curia* y contradicción, puede ser aplicado para comunicar a las partes acerca de circunstancias modificativas de responsabilidad penal no precisadas por ellas.

Ahora bien, a diferencia de lo que ocurría en las prácticas del Código de Procedimientos Penales de 1940, en el NCPP el Juez Penal sólo puede observar circunstancias modificativas de responsabilidad teniendo como base fáctica únicamente los hechos objeto de debate. Esto quiere decir que no puede observar de la actividad probatoria o de la actuación de fuentes de prueba la concurrencia al caso de alguna circunstancia modificativa de responsabilidad penal. Afirmar lo contrario contravendría el sentido del artículo 374.1. Efectivamente, y tal como hemos visto líneas arriba, según el artículo 374.1 del NCPP el Juez Penal

solo puede observar una calificación jurídica distinta de los hechos objeto de debate, siendo que éste está integrado por las afirmaciones sobre hechos expuestos por las partes en sus alegatos de apertura o escritos (como el escrito de acusación); de modo que el Juez Penal se encuentra vinculado a los hechos y circunstancias introducidas a juicio por las partes. En consecuencia, podemos afirmar que sólo en los casos de errónea calificación jurídica, discrepancia en la interpretación jurídica de las circunstancias y por omisión de calificación de circunstancias modificativas de responsabilidad, el Juez Penal puede aplicar el artículo 374.1 para comunicar a las partes sobre una distinta calificación de las circunstancias modificativas de responsabilidad penal, pues en todos estos casos la nueva calificación opera sobre los hechos objeto de debate.

Todo lo dicho guarda coherencia con la separación de funciones entre el Juez y el Fiscal, separación de funciones que se desprende de los mismos preceptos procesales reguladores del NCPP, tales como los incisos 2 y 3 del artículo 374º del NCPP, o como el artículo 397.1 del mismo cuerpo legal. El inciso 2 y 3 del art. 374, tal como hemos visto, regulan la posibilidad de que el Fiscal adecúe su acusación al resultado probatorio, mientras que el inciso 1 del artículo 397º regula que: “La sentencia no podrá tener por acreditados hechos u otras circunstancias que los descritos en la acusación y, en su caso, en la acusación ampliatoria, salvo cuando favorezcan al imputado”.

La separación de funciones en el NCPP opera, como en la legislación italiana, hasta las últimas consecuencias, de modo que aunque el resultado de la prueba arroje hechos y circunstancias desfavorables al imputado y distintas a las que fueron alegadas en la acusación, el Juez Penal, en primer lugar, no puede darlos por acreditados en la sentencia, ni tampoco, en segundo lugar, utilizar la tesis de desvinculación para que de manera subrepticia mediante la calificación jurídica introduzca modificaciones fácticas al proceso, o como un mecanismo para proponerlas al Fiscal para que él las introduzca. La solución para este supuesto en el sistema italiano es la resolución de transmisión de actuaciones al PM, por cuanto el PM italiano tiene la obligación o deber de adecuar su acusación al resultado probatorio, y es obligación del Juez italiano observar que así lo haga. Esta solución no puede operar en nuestro sistema de enjuiciamiento, pues el artículo 374.2 del NCPP no es precepto imperativo sino facultativo para el Fiscal, de manera que no es obligación del Ministerio Público peruano adecuar la acusación al resultado de la prueba, ni tampoco obligación del Juez Penal peruano observar que el Fiscal así lo haga. Por lo tanto, si del resultado de la prueba derivara un hecho o una circunstancia distinta a la contenida en la acusación, y el Fiscal no lo introduce al debate mediante la acusación complementaria (artículo 374.2 NCPP), el Juez Penal no puede darlos por acreditados en la sentencia, ni utilizar el artículo 374.1 del

NCPP para proponerlas al Fiscal, pues estaría realizando funciones que le competen exclusivamente al Ministerio Público: delimitar la imputación fáctica, incluyendo las circunstancias modificativas de responsabilidad penal.

Ahora bien, el extremo referido a la salvedad en cuanto a la acreditación de hechos o circunstancias favorables al acusado (artículo 397.1 del NCPP), supuestos que podría operar, a prima facie, en caso de atenuantes, debe entenderse a la resistencia o teoría del caso expuesto por la defensa y que logró acreditarse en juicio. Pues si el Fiscal no lo afirmó ni tampoco el abogado defensor, entonces no puede darse por probadas circunstancias atenuantes para el acusado, pues la prueba es la corroboración de afirmaciones sobre hechos, si algo no fue afirmado no puede ser probado. Entonces, ni cuándo del debate probatorio surgiera una circunstancia fáctica agravante ni una circunstancia fáctica atenuante, el Juez penal puede introducirla a debate a través de la tesis de desvinculación, pues aquí no operaría el principio *iura novit curia*, en efecto, pues por este principio el Juez no se encuentra habilitado para modificar o ampliar los hechos, sino solo se encuentra habilitado para calificar los hechos introducidos por las partes. En este sentido se ha pronunciado la Corte Suprema, en efecto, en Casación N° 2559-2010-LIMA, de 26 de abril de 2011, La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en su considerando segundo, expuso: Que, al respecto, debemos señalar que el artículo

VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil estipula que: El juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocada por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes. Dicho aforismo significa “el tribunal conoce el Derecho”, es decir, los jueces deben conocer el ordenamiento jurídico con el fin de resolver los asuntos que le sean planteados en el ejercicio de la función jurisdiccional, sin embargo, aquel tiene sus limitaciones, esto es, el juez no puede fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes (...).

En los procesos en donde el Juez puede modificar o ampliar el hecho objeto de debate, tales como España, rige el principio de investigación oficial (Roxin, 2000, p. 99²⁵).

Principio por el cual el Juez no se encuentra vinculado a las afirmaciones sobre hechos realizadas por las partes, pero como este principio debe regir en armonía con el principio acusatorio, entonces el límite fáctico mínimo inmodificable por el Juez es el objeto del proceso visto

25 En los sistemas llamados “adversariales” también se cree que el imputado entra con ventaja al proceso. En última instancia y simplificando para entender el juego de la presunción de inocencia, el proceso adversarial respondería al esquema siguiente: ventaja de quien comete el delito al actuar por sorpresa-ventaja de la acusación en la fase preliminar en la obtención de fuentes de prueba y aseguramiento del material irrepetible-ventaja de la defensa al jugar a su favor la presunción de inocencia.

desde una perspectiva normativa: acción típica y/o bien jurídico; todo lo demás, entonces, puede ser modificado o ampliado por el Juez sin merma del principio acusatorio. Tal como se dijo anteriormente, en el NCPP no rige el principio de investigación oficial, de modo que el Juez no se encuentra habilitado para modificar o ampliar los hechos y circunstancias contenidos en la acusación, aunque sí puede calificar de manera distinta esos hechos y circunstancias a como lo hiciera el Fiscal e la acusación, pues rige en el NCPP el principio *iura novit curia*, cuya vigencia se desprende del artículo 374^o.1.

Las circunstancias agravantes y atenuantes en el derecho comparado

La doctrina y jurisprudencia española

Del Río Ferretti nos dice que uno de los temas que menos preocupa a la doctrina española es el referente a la apreciación de oficio de circunstancias modificativas de responsabilidad penal agravatoria, porque no cabe duda de que en estos casos se hace referencia a hechos no sustanciales, sino accesorios, y como el Juez Penal o Tribunal español sólo se encuentra vinculado al objeto del proceso identificado por las teorías normativas del hecho, puede apreciar, sin vulneración al principio acusatorio y de correlación, circunstancias modificativas de

responsabilidad penal agravatorias, ya que éstas son solo eso, circunstancias fácticas no sustanciales. Sin embargo, la apreciación de circunstancias modificativas importa el previo sometimiento a debate de la tesis, como condición de ejercicio del *iura novit curia*. En otros términos, si bien el tribunal español no se encuentra vinculado a las circunstancias factuales que agravan la pena es necesario, no obstante, que haga uso de la tesis de desvinculación y permitir, con ello, el contradictorio para que puedan ser valorados en la sentencia.

En la jurisprudencia española también se exige el uso de la tesis en los supuestos en que el juez o tribunal español aprecie de oficio circunstancias fácticas agravatorias. Antes de la entrada en vigor de la Constitución española e incluso algunos años después, según reiterada doctrina jurisprudencial de la Sala Segunda del Tribunal Supremo español, no era necesario que el juez o tribunal plantease la tesis del artículo 733^o para poder apreciar en su sentencia la concurrencia de alguna circunstancia agravante de carácter genérico²⁶, pues se entendía que tal proceder sólo

26 En los sistemas llamados “adversariales” también se cree que el imputado entra con ventaja al proceso. En última instancia y simplificando para entender el juego de la presunción de inocencia, el proceso adversarial respondería al esquema siguiente: ventaja de quien comete el delito al actuar por sorpresa-ventaja de la acusación en la fase preliminar en la obtención de fuentes de prueba y aseguramiento del material irrepetible-ventaja de la defensa al jugar a su favor la presunción de inocencia.

se exigía en los casos de circunstancias agravantes específicas o que diesen lugar a subtipos penales agravados.

Sin embargo, en la actualidad y sobre todo a partir de la sentencia del Tribunal Supremo español del año 1986 (STS de 4 de noviembre de 1986 (RA: 6.241), que ha sido ratificada en múltiples ocasiones posteriores, el citado Tribunal exige como requisito previo a la apreciación de circunstancias agravantes – ya sean genéricas o específicas – no pedidas por la acusación, el planteamiento de la tesis a que se refiere el artículo 733º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal español. Con lo que respecta a las circunstancias modificativas de responsabilidad que atenúan la pena, el Tribunal Supremo español en su Sentencia de 27 de enero de 1999 sostuvo que, “las atenuantes pueden ser estimadas, aunque ninguna parte lo haya solicitado, pues sería absurdo que, por no estar mencionadas en el art. 733 LECrim, se pensara que deben tener un régimen más severo que las eximentes”. También se afirma, en esta sentencia, que, para la apreciación de circunstancias atenuantes de oficio, no es necesario el uso de la tesis. Y aquí es donde se presentan los problemas, pero a nivel doctrinario. Para algunos, siguiendo la posición del Tribunal Supremo español, no es necesario el uso de la tesis como paso previo a la apreciación de oficio de circunstancias atenuantes, para otros, en cambio, sí es necesario el uso de la tesis.

Aquí es donde podemos aplicar una de nuestras conclusiones para dar solución a las disquisiciones doctrinales a propósito del planteamiento de la tesis en los supuestos en que el Juez o Tribunal observe circunstancias atenuantes no afirmadas por las partes. La conclusión a la que hacemos referencia es la siguiente: la tesis no tiene como fundamento el derecho de defensa sino el principio de contradicción y el principio *iura novit curia*. En efecto, pues si se entendiera que la tesis tiene como fundamento el derecho de defensa, derecho que no es atribuido al Fiscal, entonces no sería necesaria la aplicación de la tesis en caso el juez aprecie circunstancias atenuantes no afirmadas por las partes, pero si se sostiene que el principio de contradicción es el fundamento de la tesis entonces el Juez o Tribunal debe comunicar a las partes acerca de las circunstancias modificativas de responsabilidad atenuantes y agravantes no afirmadas por ellas, pues el principio de contradicción debe ser preservado en las dos direcciones, es decir, tanto en relación con la defensa como en cuanto a la acusación (En concordancia con las SSTC español 4/1982, de 8 de febrero y 193/1991, de 14 de octubre).

Resta ahora precisar de dónde el Juez o Tribunal español puede observar circunstancias fácticas atenuantes o agravantes no precisadas por las partes. Al respecto es muy preciso González Navarro, al decir que: este tipo de hecho (circunstancia atenuante o agravante) puede ser introducido por el juez en su sentencia, pero no en el proceso, al

cual habrá tenido que llegar a través de la correspondiente alegación que al respecto hayan efectuado las partes o por la existencia de alguna fuente de prueba en ese sentido. Es decir, el juez puede observar una circunstancia fáctica atenuante o agravante de los hechos introducidos a juicio por las partes; en otros términos, el juez puede observar una circunstancia atenuante o agravante de los hechos objeto de debate. Pero también puede observar una circunstancia fáctica atenuante o agravante que se desprenda de la actividad probatoria, de la actuación de las fuentes de prueba; es decir, el juez puede observar una circunstancia atenuante o agravante fuera de los hechos objeto de debate. Ello guarda plena coherencia en el sistema procesal penal español, pues aquí rige, a diferencia de nuestro NCPP, el principio de investigación judicial (Armenta Deu, 1995, p. 41). Por este principio es que el Juez o Tribunal solo se encuentran vinculados al objeto del proceso – visto desde una perspectiva normativa –, objeto que el Juez o Tribunal deberá completar en sus aspectos circunstanciales. En base a este principio el juicio oral es una etapa más de investigación a cargo del Juez Penal o Tribunal, por ello es que la actividad probatoria tiene como fin, además de corroborar afirmaciones sobre hechos, el descubrimiento de circunstancias fácticas que luego será incorporadas por el Juez Penal o Tribunal a la acusación de manera subrepticia mediante la llamada tesis. Es decir, el juez tiene amplios poderes para variar y ampliar circunstancias fá-

ticas contenidas en la acusación, y siempre que no modifique el objeto del proceso (acción típica y bien jurídico) el principio acusatorio, en el proceso penal español, no será lesionado.

La doctrina y jurisprudencia de Italia

En Italia se exige del acusador la interposición de una precisa y completa imputación fáctica. La cual no puede ser modificada por el tribunal en la sentencia, ni siquiera por medio de la utilización de la tesis de desvinculación. Pues, recae en el acusador el deber de hacer la selección historiográfico-jurídica de los hechos que van a formar una precisa imputación fáctica, y de modificarlo o ampliarlo según vayan apareciendo nuevos elementos fácticos del debate probatorio (art. 516 CPP italiano) (Del Río Ferreti, 2006, p. 192). En suma, el hecho que define la imputación fáctica, *res iudicanda*, se identifica por todos los elementos fácticos que incidan o tengan repercusión jurídica (Del Río Ferreti, 2006, p. 192), estos son: la acción o conducta, el proceso causal, el resultado, el elemento subjetivo (*dolo*, *culpa*), los presupuestos del delito, e incluso los elementos espacio-temporales cuando tengan cierta relevancia. Si el juez modifica alguno de estos elementos el hecho deviene en diverso y se considera modificada la *res iudicanda*.

Si luego de la actividad probatoria el hecho resultara diverso a como el Fiscal lo planteó en la acusación, pese a estar obligado a hacerlo así en virtud de los artículos 516 y 517 CPP italiano, el juez es el encargado de controlar que el Pubblico Ministero (Ministerio Público en italiano) efectivamente adecue la imputación a la prueba, y si considera que el hecho es diverso de cómo ha sido planteado en la acusación, debe dictar una resolución de transmisión de actuaciones al PM. Debe observarse que la transmisión de actuaciones al PM, regulado en el artículo 521, comma 2, del Código italiano, no constituye una forma subrepticia de introducir modificaciones fácticas al proceso o de proponérselas al PM para que él las introduzca. Esta potestad da lugar a una resolución por la cual el juez declara que el hecho ha resultado diverso de cómo fue imputado por la acusación y que por tal razón no se puede dictar sentencia de mérito, y, que por lo mismo se transmiten las actuaciones al Pubblico Ministero para que plantee acusación nuevamente y se celebre nuevo juicio oral. Aquí el juez se limita a constatar la diversidad del hecho y a transmitir las actuaciones sin asumir un rol supletorio de la función acusadora. La refinada separación de la función acusadora de la enjuiciadora se mantiene hasta sus últimas consecuencias, aún con el costo de tener que invalidar el juicio mismo para que se plantee por el PM nueva acusación y se abra nuevo juicio (Del Río Ferreti, 2006, p. 195).

Ahora bien, la jurisprudencia y la doctrina también se han planteado la cuestión de la imparcialidad del juez que dicta la transmisión de actuaciones, concordando en que el juez del primer juicio quega inhabilitado para enjuiciar la segunda acusación, ya que se hallaría <<prevenido>>. En efecto, la Corte Constitucional en sentencia de 30 de diciembre de 1994, N° 455, declaró constitucionalmente ilegítimo el art. 34, comma 2, del Código, que contempla las incompatibilidades de funciones en la parte que no prevé la incompatibilidad de la función de enjuiciamiento del juez que, conforme al resultado de la prueba del anterior juicio, y respecto del mismo hecho imputado atribuido al mismo imputado, ordena la transmisión de actuaciones al Pubblico Ministero (En concordancia con la Sentencia de 30 de diciembre de 1994 de la Corte Constitucional italiana, N° 455). En consecuencia, el juez del nuevo juicio ha de ser distinto del que ordena la transmisión de actuaciones (Del Río Ferreti, 2006, p. 196).

No obstante, existe una salvedad en cuanto a la modificación de la calificación jurídica por parte del juez en el sistema italiano. No es referimos al supuesto de degradación (*degradazione*) o regresión (*regressione*) del tipo en no más restringido, como consecuencia de la reducción del hecho acusado (como consecuencia de la *riduzione del fatto*), es decir, cuando la calificación deviene modificada porque el juez en su enjuiciamiento fáctico ha quitado (por no probados) elementos fácticos- jurídicos que conformaban un tipo más elevado en la progresión delicti-

va. En este caso la prohibición de la modificación de la imputación (acusación) no opera, pudiendo el juzgador calificar de forma distinta a la acusación siempre que se haga por un tipo penal más simple o restringido, es decir, <<degradado>> o <<reducido>> respecto del de la acusación, asegura que los elementos fácticos y jurídicos del tipo tenidos en cuenta en la calificación jurídica de la sentencia estaban contemplado en el delito más complejo y amplio de la acusación, respecto del cual el acusado se defendió (Del Río Ferret, 2006, p. 260). La última posición de la jurisprudencia colombiana coincide en algo con la doctrina italiana, en ambos el juez de juzgamiento no pudo variar o ampliar circunstancias fácticas contenidas en la acusación que generen una modificación de la calificación jurídica a tipos más gravosos. Pueden, sí, en ambas legislaciones, calificar el hecho a formas menos gravosas. Esto ocurrirá cuando el juez no encuentre probadas circunstancias fácticas, por ejemplo, que agravan el delito (circunstancias agravantes específicas); o por error en la calificación jurídica realizada en la acusación, o por discrepancia en la calificación jurídica (en estos dos últimos supuestos no existe modificación fáctica alguna).

La doctrina y jurisprudencia de Colombia

A propósito de la ley 600 de 2000, normatividad que rigió antes de la ley 906 de 2004, la Corte Constitucio-

nal, mediante sentencia C-128/01 resolvió la demanda en contra del artículo 404, numeral 2º, inciso 1º y mediante sentencia C-199/02 resolvió la demanda en contra del artículo 404. En ambas sentencias las Corte concluyó que la facultada conferida a la Fiscalía o al Juez para variar la calificación jurídica en los términos del artículo 404, era conforme la Constitución y no violaba el derecho de defensa, el debido proceso o el derecho de igualdad²⁷.

27 "Artículo 404. Variación de la calificación provisional de la conducta punible. Concluida la práctica de pruebas, si la calificación provisional dada a la conducta punible varió por error en la calificación o prueba sobrevenida respecto de un elemento básico estructural del tipo, forma de coparticipación o imputación subjetiva, desconocimiento de una circunstancia atenuante o reconocimiento de una agravante que modifiquen los límites punitivos, se procederá así: 1. Si el Fiscal General de la Nación o su delegado, advierte la necesidad de variar la calificación jurídica provisional, procederá a variarla y así se lo hará saber al Juez en su intervención durante la audiencia pública. Finalizada su intervención, se correrá traslado de ellas a los demás sujetos procesales, quienes podrá solicitar la continuación de la diligencia, su suspensión para efectos de estudiar la nueva calificación o la práctica de las pruebas necesarias. Si se suspende la diligencia, el expediente quedará inmediatamente a disposición de los sujetos procesales por el término de diez días para que soliciten las pruebas que consideren pertinentes. Vencido el traslado, el juez, mediante auto de sustanciación, ordenará la práctica de pruebas y fijará fecha y hora para la continuación de la diligencia de audiencia pública, la que se realizará dentro de los diez días siguientes. Si los sujetos procesales acuerdan proseguir la diligencia de audiencia pública o reanudada ésta y practicadas las pruebas, se procederá el uso de la palabra en el orden legal de intervenciones. 2. Si el juez advierte la necesidad de variar la calificación jurídica provisional, así lo hará saber al fiscal en la audiencia pública, limitando su intervención exclusivamente a la calificación jurídica que estima procedente y sin que ella implique valoración alguna de responsabilidad. El Fiscal podrá aceptarlo u oponerse a ella. Si el fiscal admite variar la calificación jurídica. Se dará aplicación al numeral primero de este artículo. (si persiste en la calificación jurídica, el juez podrá decretar la nulidad de la resolución de acusación). (aparte declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia

La corte Suprema de Justicia, con respecto a la variación de la calificación jurídica en la ley 600 de 2000, marcó los derroteros para su aplicación práctica, en los siguientes términos: “3.1. Lo que se permite cambiar es la imputación jurídica, esto es, la adecuación típica de la conducta punible. (...) Pero como la conducta humana comprende una fase subjetiva y una objetiva o externa, es necesario que la Sala haga algunas precisiones al respecto: La primera corresponde a la imputación subjetiva y la segunda a la imputación objetiva. En consecuencia, la imputación fáctica comprende la imputación subjetiva y la objetiva. La primera se puede modificar, no así la segunda en cuanto a sus elementos esenciales, ya que puede ser cambiada en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se cometió el acto. Por lo tanto, lo intangible es el núcleo central de la imputación fáctica o conducta básica. En síntesis, la imputación subjetiva, las circunstancias en que se cometió el comportamiento y la calificación jurídica de éste, esto es, su adecuación típica, pueden ser variadas. (...) La hace el Fiscal por propia iniciativa o a petición del juez, pues aquél, en la etapa de juzgamiento, continúa con la función acusadora. Si el juez advierte la necesidad de cambiar la calificación, se deben tener en cuenta los

C-760 de 2001) Cuando el proceso sea de competencia del Fiscal General de la Nación, podrá introducir la modificación por medio de memorial dirigido a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

siguientes aspectos: Debe de manifestarlo en el momento de la intervención del fiscal en la audiencia, ya que la mutación sólo se puede hacer en esta precisa oportunidad y por una vez (...). Debe expresar los motivos por los que estima que debe ser modificada. (...) Si el fiscal admite que hay necesidad de reformarla, procederá a hacerlo. Si no, deberá expresar las razones para oponerse. Pero, de todos modos, expuesto el criterio del juez, éste será considerado como materia del debate y de la sentencia, para efectos de la consonancia entre ésta y la acusación, debiendo el juez instruir a los sujetos procesales al respecto.

La entrada en vigencia la ley 906 de 2004 hizo que la Corte modificará su criterio en cuanto a la variación de la calificación jurídica. En efecto, en sentencia 26468 de julio de 27 de 2007, la Corte se pronunció de la siguiente manera: la propia dinámica que es inherente al trámite acusatorio, rechazaría una variación de la calificación en desarrollo de la intervención en el juicio oral por parte de Fiscalía con desmedro para el imputado, toda vez que ello implicaría una indebida restricción defensiva, como que ya efectuado el descubrimiento de los probatorios por el Fiscal y la defensa, así como enunciadas la totalidad de pruebas que se van a ser valer, por el ministerio de la ley, el juez solamente ha de decretar la práctica de aquellas que se refieren a los hechos de la acusación, en forma tal que cualquier variación de los cargos que implique la presencia de una agravante no imputada o un nuevo delito,

sorprendería a la defensa haciendo inoperante el ejercicio real del contradictorio que encuentra su mayor aptitud de confrontación de a través de las pruebas; lo cual, desde luego, no tendría ya cabida en el juicio, máxime si se toma en cuenta que el deber de la Fiscalía cuando en su turno para alegar es exponer los argumentos relacionados con el análisis de las pruebas, tipificando en forma circunstanciada la conducta por la cual ha presentado la acusación. No obstante, es muy claro que así como la Fiscalía carece de disponibilidad de la acusación, en el entendido de que le sea dable desistir de la misma o retirarla – pues solicitar la absolución está dentro de sus facultades y deberes pero configura un supuesto evidentemente distinto –, encuentra la Corte que nada de ello se opone a que bien pueda solicitar condena por un delito de igual género pero diverso a aquel formulado en la acusación – siempre, claro está, de menor entidad –, o pedir que se excluyan circunstancias de agravación, siempre y cuando – en ello la apertura no implica una regresión a métodos de juzgamiento anteriores – la nueva tipicidad imputada guarde identidad con el núcleo básico de la imputación, esto es, con el fundamento fáctico de la misma, pero además, que no implique desmedro para los derechos de todos los sujetos intervinientes (...). Clarificado dentro del esquema del Código de Procedimiento Penal vigente y por consiguiente, bajo los principios orientadores del modelo de juzgamiento acusatorio con la fisonomía y características

que ha recogido la Ley 906 de 2004 y la preponderancia otorgada al principio de legalidad que siempre está en manos del juez, no sería jurídicamente válido que su rol y que al propio tiempo quedara desligado de los términos de la acusación – aún dentro de la fluctuación o variabilidad reconocida por parte de la Fiscalía – para entrar a declarar la culpabilidad del imputado por hechos que no consten en la acusación o, con el alcance fijado, por delitos por los cuales no se ha solicitado condena, pues existe una limitante estricta en la regulación que sobre el particular previó 448 del Código de Procedimiento Penal, estableciendo un concepto de consonancia estricto – apenas consecuente con el sistema de enjuiciamiento adoptado –, en forma tal que, desde luego, está dentro de las facultades del juez, por ejemplo, reconocer cualquier clase de atenuantes, genéricas o específicas, (...), entre tanto respete la intangibilidad de la acusación, con la variación a que se ha hecho referencia, estándole vedado, desde luego, suprimir atenuantes reconocidas al procesado, adicionar agravantes y en general, hacer más gravosa su situación (Subrayado fuera del texto original).

Es evidente que entre esta sentencia y la anterior existen grandes diferencias, en esta última sentencia la Corte no permite que el Fiscal ni el Juez modifiquen fácticamente la acusación, en el sentido de variar o ampliar elementos fácticos, que provoque en consecuencia una calificación jurídica más gravosa; pueden, sí, calificar la conducta acu-

sada en un tipo menos gravoso. Por otro lado, siguiendo a Uribe García (2009)(p.96), el Juez no puede, si Fiscalía solicita que se eliminen agravantes en el alegato de conclusión, omitir eliminarlas en la sentencia y si la Fiscalía solicita que en vez de un tipo penal, se condene por otro más benigno ejerciendo las facultades para la variación, el juez no puede omitir y condenar por el tipo penal por el cual se acusó que resulta ser más gravoso. Al Juez entonces: “le está vedado, desde luego, suprimir atenuantes reconocidas al procesado, adicionar agravantes y en general, hacer más gravosa su situación”.

Capítulo 2

El taller donde se fabrican las certezas. Decisiones metodológicas para leer la desvinculación procesal

LA REDEFINICIÓN DEL OBJETO PROCESAL

Mutación de la acusación, congruencia y contradicción en el juicio penal

El territorio que se elige mirar

Toda investigación jurídica comienza con un acto de delimitación que es, en sí mismo, una toma de posición epistemológica. No se puede estudiar todo el derecho penal ni todas las sentencias de todos los tiempos, y la elección de un corpus específico no es un dato neutro, sino una apuesta por un recorte que se considera significativo para responder la pregunta que orienta el trabajo. En este caso, el objeto de estudio se configuró a partir de las sentencias emitidas por la Corte Superior de Justicia de La Libertad en las que se discutió la manera en que la aplicación de la desvinculación procesal resulta conciliable con las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal en Trujillo durante los años 2016 a 2018, junto con los proyectos de ley y las leyes que regulan la desvinculación procesal tanto en la legislación nacional como en la comparada. Este doble componente, jurisprudencial y normativo, permitió construir un panorama que no se limita a describir lo que los jueces hicieron, sino que también se pregunta por el marco legal que condicionó esas decisiones y por las alternativas que otros ordenamientos han ensayado para problemas similares.

La población de estudio estuvo conformada por todas las sentencias emitidas por la Corte Superior de Justicia de La Libertad que abordaron la relación entre desvincula-

ción procesal y circunstancias modificativas de la responsabilidad penal en el período señalado. A ello se sumaron los proyectos de ley y las leyes relativos a la regulación de la desvinculación procesal en el ámbito nacional e internacional, que sirvieron como material de contraste para evaluar la consistencia del tratamiento normativo peruano frente a experiencias comparadas. La población muestral, en cambio, quedó circunscrita a diez sentencias emitidas por la misma Corte, seleccionadas por su pertinencia temática y por la riqueza argumentativa de sus fundamentos, junto con el mismo corpus normativo antes mencionado. La muestra definitiva se integró con nueve sentencias del Primer Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de Trujillo y una sentencia del Octavo Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de Trujillo, lo que permitió observar cómo dos órganos jurisdiccionales distintos, ambos con competencia supraprovincial, resolvieron casos análogos y, en ocasiones, arribaron a soluciones divergentes. Esa divergencia interna resultó especialmente valiosa porque mostró que la desvinculación procesal no opera como un mecanismo unívoco, sino como una práctica que admite modulaciones según la composición del colegiado y la estrategia argumentativa de las partes.

Las reglas del juego. Métodos que ordenan la mirada

El método universal que atravesó toda la investigación fue el método científico, entendido no como una etiqueta decorativa sino como un conjunto de exigencias de contrastabilidad, coherencia y sistematicidad que obligan a que cada afirmación pueda ser sometida a verificación y a que el razonamiento se desarrolle sin saltos lógicos. Sobre esa base, se desplegaron los métodos generales. El método deductivo permitió partir de las bases teóricas y normativas generales sobre desvinculación procesal y circunstancias modificativas de la responsabilidad penal para descender a las particularidades de los casos concretos resueltos en Trujillo entre 2016 y 2018, de modo que las categorías abstractas pudieran iluminar los detalles del material empírico. El método inductivo operó en la dirección inversa, pues a partir del estudio pormenorizado de los criterios de los autores en la doctrina nacional y comparada, de la jurisprudencia y de los proyectos y leyes, se buscó construir conclusiones de alcance más general sobre la manera en que la desvinculación procesal se articula con las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal. Esta doble dirección, deductiva e inductiva, no es una simple suma de procedimientos, sino una estrategia de triangulación que fortalece la validez de los hallazgos.

Los métodos específicos completaron el utillaje. El análisis permitió descomponer cada uno de los elementos que configuran la problemática, identificando las piezas normativas, doctrinales y jurisprudenciales que intervienen en la relación entre desvinculación y circunstancias modificativas. La síntesis, por su parte, reconstruyó esos elementos previamente desagregados en una visión integral que permitió captar las conexiones entre ellos y evitar la trampa de estudiar cada pieza como si existiera aislada. El método hermenéutico resultó decisivo porque toda la investigación se apoya en textos normativos, en decisiones judiciales y en elaboraciones doctrinales que exigen interpretación. A través de la interpretación sistemática de la doctrina, la legislación nacional y la jurisprudencia, se analizó si la aplicación de la desvinculación procesal resulta conciliable con las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, atendiendo no solo al texto literal de las normas sino también a su ubicación dentro del sistema, a su finalidad y a las consecuencias que su aplicación produce en la práctica judicial.

El trabajo con las fuentes. Cómo se recogió y procesó la información

La etapa de recolección de información se apoyó en el fichaje como técnica principal. Se emplearon fichas de investigación de distinto tipo, entre ellas las textuales, las

de resumen, las de comentario y las mixtas, además de fichas de campo, con el propósito de almacenar y procesar debidamente la información en el momento oportuno y de contar con un material ordenado al momento de redactar el informe final. El análisis de contenido se aplicó a la información obtenida de la legislación procesal penal nacional, de la doctrina y de las sentencias emitidas por el Juzgado Colegiado Penal de Trujillo, lo que permitió identificar patrones argumentativos recurrentes y diferencias significativas entre resoluciones. En la etapa de procesamiento se elaboraron cuadros respecto a los fundamentos jurídicos emitidos por los jueces del Colegiado Penal de Trujillo, los cuales sirvieron de base para organizar la información y para visualizar con claridad las tendencias jurisprudenciales. La prueba de hipótesis, por su parte, se conformó a partir del análisis de la doctrina y de las sentencias emitidas por los jueces penales, lo que permitió contrastar las expectativas teóricas con lo que efectivamente ocurrió en los casos concretos.

El diseño de recolección de información siguió un procedimiento escalonado. Para la obtención de material doctrinario nacional e internacional se procedió en tres pasos. En el primero se visitaron bibliotecas locales con el fin de encontrar y recabar la información necesaria de libros, aplicando la técnica de observación y fotocopian-do los materiales pertinentes. En el segundo se utilizaron

los servicios de biblioteca virtual que ofrece la institución para buscar información por Internet, lo que amplió notablemente el acceso a fuentes especializadas y a publicaciones periódicas. En el tercero se solicitó acceso a los diferentes archivos y bibliotecas de entidades públicas y privadas a fin de evaluar informaciones doctrinarias y complementar el corpus documental. Para la obtención de las sentencias se siguieron dos pasos. Primero se solicitó permiso para acceder a las sentencias emitidas por el Colegiado Penal. Luego se procedió a analizar los legajos, en los cuales se pudo identificar el material necesario para la investigación. Este procedimiento garantizó que el acceso a la información respetara los cauces institucionales y que el material recogido tuviera la autenticidad requerida para sustentar conclusiones confiables.

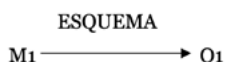
Las herramientas del registro. Entre la fidelidad y la interpretación

Las fichas de registro cumplieron una función de identificación y localización de las fuentes. Las fichas bibliográficas se refieren al autor y a su obra, y permiten reconstruir con precisión el universo de textos consultados. Las fichas hemerográficas se destinaron al registro de revistas y periódicos, lo que resultó especialmente útil dado que buena parte de la doctrina sobre desvinculación procesal se encuentra en publicaciones periódicas espe-

cializadas y en revistas oficiales del Poder Judicial. Las fichas de investigación, por su parte, cumplieron funciones más analíticas. La ficha textual sirvió para la transcripción literal de un pensamiento o idea, lo que garantiza la fidelidad de las citas que luego se incorporan al texto. La ficha de resumen presentó la información esencial y básica en forma condensada, lo que permitió manejar grandes volúmenes de material sin perder de vista lo fundamental. La ficha de comentario representó el aporte del lector y puso de manifiesto su creatividad, siendo la más valiosa para el estudio y sobre todo para la redacción del trabajo, porque en ella se registran las intuiciones, las conexiones y las críticas que luego se desarrollan en la argumentación. Las fichas combinadas o mixtas, que integran fichas textuales con resúmenes y fichas textuales con comentarios, ofrecieron un instrumento flexible que se adaptó a las distintas necesidades del proceso de investigación.

El diseño de contrastación de hipótesis correspondió a una investigación descriptiva simple, en la que se buscó caracterizar la manera en que la desvinculación procesal se aplica en relación con las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal en Trujillo durante los años 2016 a 2018. Los componentes del diseño fueron, por un lado, la tesis de desvinculación en el Código Procesal Penal de 2004 y, por otro, las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal en cuanto a la aplicación del

derecho. Esta estructura permitió observar la relación entre ambos elementos sin pretender establecer relaciones causales fuertes, sino más bien describir las formas en que se articulan en la práctica judicial y en el marco normativo vigente.



Donde O_1 corresponde a la tesis de desvinculación en el Código Procesal Penal de 2004, entendida como aquella institución jurídica que faculta al órgano jurisdiccional a apartarse de la calificación jurídica contenida en la acusación fiscal, siempre que no se altere el hecho punible propuesto por el representante del Ministerio Público y que se respeten los límites impuestos por el principio acusatorio y el derecho de defensa. Por su parte, M_1 corresponde a las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal en cuanto a la aplicación del derecho, esto es, aquellos elementos accidentales que acompañan al delito y que no fundamentan su esencia o sus presupuestos imprescindibles, ya sea el injusto o la culpabilidad, pero que desempeñan un papel accesorio en la determinación de la gravedad del hecho y en el quantum de la pena aplicable. Esta doble designación de los componentes del diseño permite observar la relación entre ambos elementos sin pretender establecer relaciones causales fuertes, sino más

bien describir las formas en que se articulan en la práctica judicial y en el marco normativo vigente.

El mapa de las variables. Qué se midió y cómo se tradujo en indicadores

La operacionalización de variables se organizó en dos grandes bloques. El primero corresponde a la tesis de desvinculación en el Código Procesal Penal de 2004. Su definición conceptual la caracteriza como una instituta jurídica presente en casi todos los ordenamientos jurídicos que abrazan el sistema continental o romano francés de interpretación y aplicación del Derecho, y aunque esta figura parece haber desaparecido durante el sistema procesal inquisitivo, su presencia en el sistema acusatorio mixto de enjuiciamiento criminal es notoria. Su definición operacional precisa que la desvinculación de la calificación jurídica permite a la sala o al juzgador penal apartarse de la calificación jurídica dada por el representante del Ministerio Público, mientras no se altere el hecho punible propuesto por este. Las dimensiones consideradas fueron el artículo 298 del Código de Procedimientos Penales, el artículo 285-A del mismo cuerpo legal y el Acuerdo Plenario 4-2007/CJ-116. Los indicadores, a su vez, se concretaron en la calificación jurídica de la denuncia penal, el principio de determinación alternativa, el principio iura novit curia y el principio de contradicción, así como el artículo 225 del Código de Procedimientos Penales.

El segundo bloque corresponde a las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal en cuanto a la aplicación del derecho. Su definición conceptual las describe como elementos accidentales que acompañan al delito y que no fundamentan su esencia o sus presupuestos imprescindibles, es decir, el injusto o la culpabilidad. El carácter accidental se predica básicamente en dos sentidos. Ontológicamente, van referidas a las particularidades de tiempo, lugar, modo, condición, sujeto, objeto y demás circunstancias que acompañan al delito. Funcionalmente, desempeñan un papel accesorio en cuanto que no fundamentan el delito ni la pena, sino que ayudan a determinar la gravedad del primero y el quantum de la segunda. Su definición operacional señala que se denomina circunstancias a aquellos factores objetivos y subjetivos que influyen en la medición de la intensidad del delito, ya sea en la antijuridicidad o en la culpabilidad, haciéndolo más o menos grave, y que su función principal es coadyuvar a la graduación o determinación del quantum de la pena aplicable al hecho punible cometido. Las dimensiones consideradas fueron el Acuerdo Plenario 4-2007/CJ-116, el artículo 285-A del NCPP, el artículo 374.1 del NCPP y el artículo 397.1 del NCPP. Los indicadores se concretaron en la subsunción normativa, la medición de la intensidad del delito, la graduación del quantum de la pena y la determinación del quantum de la pena.

Esta operacionalización no es un ejercicio meramente formal. Al traducir conceptos abstractos en dimensiones e indicadores observables, se hace posible examinar empíricamente cómo los jueces aplican las normas sobre desvinculación procesal y cómo valoran las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal. Los indicadores de subsunción normativa, por ejemplo, permiten observar si los jueces encuadran correctamente los hechos en los tipos penales y en las circunstancias que los acompañan. Los indicadores de medición de la intensidad del delito y de graduación del quantum de la pena permiten examinar si la desvinculación procesal se utiliza para ajustar la calificación a la gravedad real de los hechos o si, por el contrario, se convierte en un instrumento de discrecionalidad excesiva. Y el indicador de determinación del quantum de la pena permite evaluar si las decisiones judiciales respetan los límites que el principio acusatorio y el derecho de defensa imponen a la actividad jurisdiccional.

Tabla 1.

VARIABLE	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DEFINICIÓN OPERACIONAL	DIMENSIONES	INDICADORES
"La tesis de desvinculación en el Código Procesal Penal de 2004"	La tesis de desvinculación procesal es una instituta jurídica presente en casi todos los ordenamientos jurídicos que abrazan el sistema continental o romano francés de interpretación y aplicación del Derecho. Aunque esta figura parece haber desaparecido durante el sistema procesal inquisitivo su presencia en el sistema acusatorio mixto de enjuiciamiento criminal es notoria. Sobre los fundamentos teóricos prácticos esenciales de esta figura versa el presente artículo.	La desvinculación de la calificación jurídica permite a la sala o al juzgador penal apartarse de la calificación jurídica dada por el representante del Ministerio Público, mientras no se altere el hecho (punible) propuesto por este.	artículo 298º del Código de Procedimientos Penales 285-A del Código de Procedimientos Penales Acuerdo Plenario 4-2007/ CJ-116	La Calificación Jurídica de la denuncia penal. Principio de determinación alternativa. El principio lura Novit Curia y el principio de contradicción. Artículo 225º del Código de Procedimientos Penales.
"Circunstancias modificativas de la responsabilidad penal en cuanto a la aplicación del derecho"	Son elementos accidentales que acompañan al delito y que no fundamentan su esencia o sus presupuestos imprescindibles (el injusto o la culpabilidad). El carácter accidental se predica básicamente en dos sentidos: a) Ontológicamente, van referidas a las particularidades de tiempo, lugar, modo, condición, sujeto, objeto, etc., que acompañan al delito. b) Funcionalmente, desempeñan un papel accesorio en cuanto que no fundamentan el delito ni la pena, sino que ayudan a determinar la gravedad del primero y el quantum de la segunda.	Se denomina circunstancias a aquellos factores objetivos y subjetivos que influyen en la medición de la intensidad del delito (antijuridicidad o culpabilidad), haciéndolo más o menos grave. Su función principal es coadyuvar a la graduación o determinación del quantum de la pena aplicable al hecho punible cometido".	acuerdo Plenario 4-2007/ CJ-116 artículo 285º-A del NCPP artículo 374.1 del NCPP artículo 397.1 del NCPP	Subsunción normativa Medición de la intensidad del delito Graduación del quantum de la pena Determinación del quantum de la pena

Nota: Martínez Vargas (2018).

Capítulo 3

Los pliegues de la práctica. Lo que las sentencias revelan sobre la desvinculación procesal

LA REDEFINICIÓN DEL OBJETO PROCESAL

Mutación de la acusación, congruencia y contradicción en el juicio penal

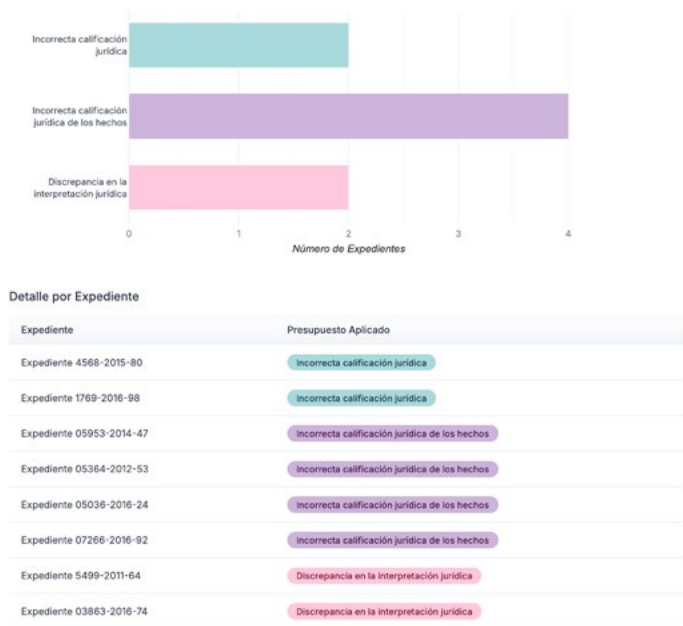
El mapa de los presupuestos que hacen posible la conciliación

El análisis de las sentencias emitidas por los juzgados penales de Trujillo durante el período 2016 a 2018 permite sostener que la aplicación de la desvinculación procesal sí resulta conciliable con las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, y ello no por una afinidad teórica abstracta sino porque en la práctica judicial la desvinculación se activó en supuestos racionales y perfectamente identificables. Estos supuestos no son ocurrencias antojadizas de los jueces ni meras justificaciones formales, sino respuestas a problemas concretos que surgieron durante el desarrollo del debate probatorio y que exigían una reconducción de la calificación jurídica para evitar que el proceso terminara en una absolución forzada o en una condena sustentada en un título de imputación insostenible. La lectura sistemática de los expedientes muestra que la conciliación entre desvinculación y circunstancias modificativas no es un ideal normativo sino una realidad verificable, siempre que concurren determinadas condiciones que la propia jurisprudencia ha ido perfilando.

Los presupuestos identificados en el estudio empírico pueden agruparse en tres grandes categorías. La primera es la incorrecta calificación jurídica, entendida como el error

de subsunción en el que incurre el Ministerio Público al momento de formalizar la investigación o de formular la acusación, y que se hace evidente cuando los hechos probados en juicio no encajan en el tipo penal originariamente invocado. La segunda es la incorrecta interpretación jurídica de los hechos, que se presenta cuando el fiscal parte de una lectura equivocada del material probatorio y construye sobre esa base una imputación que no resiste el contraste con la actividad probatoria desplegada en el juicio oral. La tercera es la discrepancia en la interpretación jurídica de los hechos, que surge cuando, aun compartiendo la misma base fáctica, el juzgador y el representante del Ministerio Público arriban a conclusiones jurídicas distintas sobre el modo de calificar esos hechos. Cada uno de estos presupuestos responde a una lógica propia y exige un tratamiento diferenciado, pero todos confluyen en un mismo punto: la necesidad de que el juez pueda apartarse de la calificación contenida en la acusación sin vulnerar el derecho de defensa ni el principio acusatorio.

Figura 1. Presupuestos de conciliación entre desvinculación procesal y modificativas



Nota: elaboración propia

Los delitos donde la desvinculación encontró su hogar más frecuente

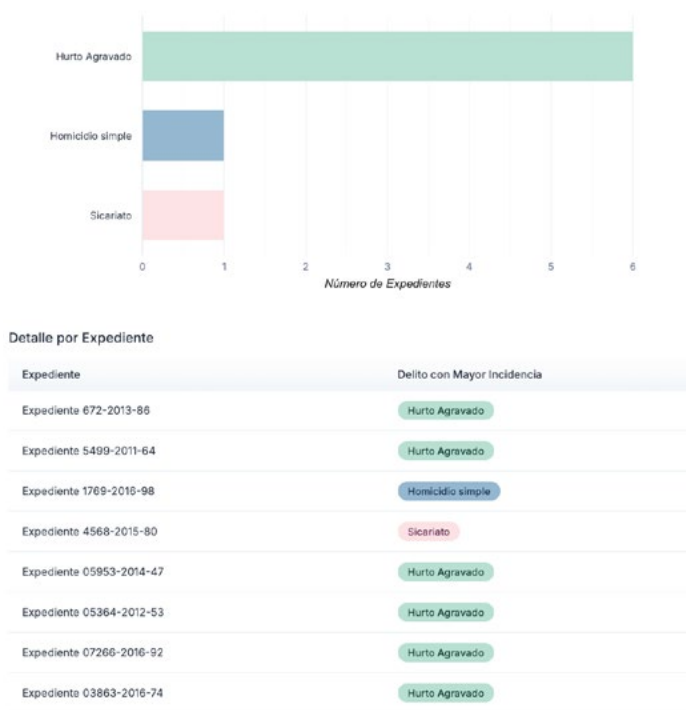
La distribución de los casos según el tipo de delito revela un patrón que merece atención detenida. De las sentencias analizadas, la mayor incidencia de aplicación de la desvinculación procesal se concentra en el delito de hurto agravado, seguido a considerable distancia por el homicidio simple y el sicariato, cada uno con una presencia

testimonial en el corpus estudiado. Esta concentración no es casual. El hurto agravado se caracteriza por una estructura típica que comparte elementos con el robo agravado, especialmente en lo que respecta al objeto material sobre el que recae la acción y al bien jurídico protegido, pero se diferencia de él por la ausencia de violencia o amenaza contra la persona. Esta proximidad estructural convierte al hurto agravado en un destino frecuente de las reconducciones que buscan degradar una imputación por robo cuando la violencia o la amenaza no han quedado debidamente acreditadas en juicio.

La lectura de los expedientes muestra que, en la mayoría de los casos de reconducción de robo agravado a hurto agravado, el factor determinante fue la falta de acreditación de la violencia o la amenaza. Los testimonios de los agraviados resultaron contradictorios, las pruebas documentales no lograron corroborar las versiones iniciales o los certificados médicos no reflejaban lesiones compatibles con el relato de la víctima. En esos escenarios, el juez se enfrentaba a una disyuntiva: absolver por no haberse probado el robo, o reconducir la calificación hacia el hurto agravado, que sí encontraba sustento en los hechos efectivamente probados. La segunda opción resultó prevalente, y ello explica que el hurto agravado aparezca como el destino más frecuente de las desvinculaciones. Esta tendencia es coherente con lo que la doctrina comparada ha

observado en otros ordenamientos, donde la degradación de la calificación jurídica hacia tipos penales menos graves ha sido reconocida como una práctica compatible con el derecho de defensa, siempre que el hecho básico permanezca inalterado y que el imputado haya tenido oportunidad de defenderse sobre los elementos que sustentan la nueva calificación.

Figura 2. Delitos con mayor desvinculación procesal en sentencias de Trujillo 2016-2018



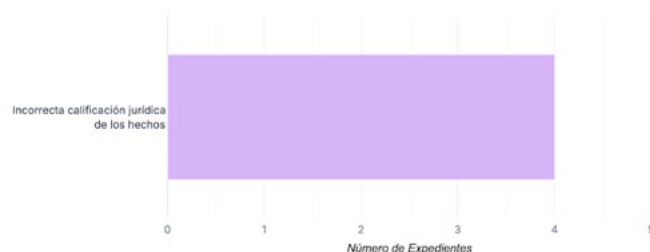
Nota: elaboración propia

La interpretación equivocada como motor principal de las reconducciones

El análisis de los supuestos o motivos que con mayor frecuencia impulsaron la aplicación de la desvinculación procesal en las sentencias estudiadas conduce a una conclusión que puede formularse con relativa precisión. El supuesto con mayor incidencia fue la incorrecta interpretación jurídica de los hechos, por encima de la incorrecta calificación jurídica y de la discrepancia en la interpretación jurídica. Este resultado no es sorprendente si se atiende a la naturaleza misma de la actividad probatoria y a las condiciones en que se desenvuelve el proceso penal. En la mayoría de las sentencias analizadas, el común denominador fue la no acreditación de los hechos manifestados por el Ministerio Público, y esa falta de acreditación se debió, en la mayor parte de los casos, a que el fiscal había construido su teoría del caso sobre una lectura equivocada de la realidad. Las declaraciones de los agraviados y de los testigos fueron variando a lo largo del proceso, las pruebas documentales no lograron confirmar las hipótesis iniciales y los peritajes arrojaron resultados distintos a los esperados. En ese contexto, la desvinculación se convirtió en el instrumento que permitió al juez adecuar la calificación a los hechos efectivamente probados, sin necesidad de absolver al imputado por una deficiencia en la construcción de la imputación.

Este predominio de la incorrecta interpretación jurídica de los hechos tiene una implicación que merece ser destacada. Sugiere que el problema no radica tanto en un desconocimiento técnico de las normas penales por parte del Ministerio Público, sino en una deficiente labor de investigación y de valoración anticipada del material probatorio. El fiscal, al formalizar la investigación y al formular la acusación, se ve obligado a construir una hipótesis inculpatoria sobre la base de la información disponible en ese momento. Si esa información es incompleta o está distorsionada, la hipótesis resultante será igualmente defectuosa, y solo en el juicio oral, cuando se actúen todas las pruebas, se hará evidente la magnitud del error. La desvinculación procesal opera entonces como un mecanismo de corrección ex post que permite al juez salvar lo que aún puede salvarse, evitando que el proceso termine en una absolución por falta de correspondencia entre la acusación y los hechos probados.

Figura 3. Motivo principal de la desvinculación procesal en sentencias de Trujillo 2016-2018



Detalle por Expediente

Expediente	Presupuesto Aplicado
Expediente 05953-2014-47	Incorrecta calificación jurídica de los hechos
Expediente 05364-2012-53	Incorrecta calificación jurídica de los hechos
Expediente 05036-2016-24	Incorrecta calificación jurídica de los hechos
Expediente 07266-2016-92	Incorrecta calificación jurídica de los hechos

Nota: elaboración propia

El espejo de otros ordenamientos. Cómo se regula la desvinculación más allá de las fronteras

El estudio de la legislación comparada muestra que la mayoría de los ordenamientos latinoamericanos, así como el español, regulan expresamente la desvinculación procesal, aunque con matices y alcances diversos. Argentina, por ejemplo, a través del artículo 401 de su Código Procesal Penal, faculta al tribunal a dar al hecho una calificación jurídica distinta de la contenida en el auto de remisión a juicio o en el requerimiento fiscal, incluso si ello

implica la aplicación de penas más graves o medidas de seguridad. Esta fórmula amplia contrasta con la de otros ordenamientos que restringen la posibilidad de desvinculación a los casos en que la nueva calificación resulte menos gravosa para el imputado. España, por su parte, regula la llamada tesis de desvinculación en el artículo 733 de su Ley de Enjuiciamiento Criminal, que permite al Tribunal solicitar a las partes que ilustren sobre si el hecho justiciable constituye un delito distinto o si concurre una circunstancia eximente de responsabilidad no considerada inicialmente, siempre que se respete el principio de contradicción.

Costa Rica, Venezuela, Chile, República Dominicana, Ecuador y Honduras presentan fórmulas diversas que oscilan entre la permisión amplia de la desvinculación y la exigencia de determinadas condiciones para su procedencia. El Código Procesal Penal de Costa Rica, en su artículo 365, establece que la sentencia no podrá tener por acreditados otros hechos u otras circunstancias que los descritos en la acusación, salvo cuando favorezcan al imputado, pero faculta al tribunal a dar al hecho una calificación jurídica diferente o a aplicar penas más graves o distintas de las solicitadas. Venezuela, en su artículo 352, permite al tribunal advertir al imputado sobre la posibilidad de una calificación jurídica no considerada por las partes, para que este pueda referirse a ella. Chile, en su artículo 341,

autoriza al tribunal a dar al hecho una calificación jurídica distinta de la contenida en la acusación o a apreciar circunstancias modificatorias agravantes no incluidas en ella, siempre que haya advertido a los intervinientes durante la audiencia. República Dominicana, en su artículo 336, permite al tribunal dar al hecho una calificación jurídica diferente o aplicar penas distintas de las solicitadas, pero nunca superiores. Ecuador y Honduras, en cambio, presentan una regulación más restrictiva que limita la posibilidad de que el tribunal se pronuncie sobre hechos no incluidos en el auto de llamamiento a juicio o en la formalización de la acusación, aunque Honduras admite que el tribunal aprecie el hecho como constitutivo de falta sin perder su competencia para el enjuiciamiento.

Tabla 2. Desvinculación procesal comparada en ocho ordenamientos

PAÍS	ARTÍCULO	PRECEPTO NORMATIVO
Legislación argentina	Art. 401 del Código Procesal Penal con Ley N° 23.984	<i>“En la sentencia, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta a la contenida en el auto de remisión a juicio o en el requerimiento fiscal, aunque deba aplicar penas más graves o medidas de seguridad.</i>
Legislación Española	Artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.	«Sin que sea visto prejuzgar el fallo definitivo sobre las conclusiones de la acusación y la defensa, el Tribunal desea que el Fiscal y los defensores del procesado (o los defensores de las partes cuando fueren varias) le ilustren acerca de si el hecho justificable constituye el delito de... o si existe la circunstancia eximente de responsabilidad a que se refiere el número... del artículo... del Código Penal.»

PAÍS	ARTÍCULO	PRECEPTO NORMATIVO
Legislación en Costa Rica	Artículo 365 del Código Procesal Penal de Costa Rica.	“Correlación entre la imputación y la sentencia: La Sentencia no podrá tener por acreditados otros hechos u otras circunstancias que los descritos en la acusación y la querella y, en su caso, en la ampliación de la acusación, salvo cuando favorezcan al imputado. En la sentencia, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica diferente de la de la acusación o querella, o aplicar penas más graves o distintas de las solicitadas.”
Legislación en Venezuela	Artículo 352.	<i>“Nueva calificación jurídica. Si en el curso de la audiencia el tribunal observa la posibilidad de una calificación jurídica que no ha sido considerada por ninguna de las partes, podrá advertir al imputado sobre esa posibilidad, para que se refiera a ella”</i>
Legislación en Chile	Artículo 341 del Código Procesal Penal, de Ley 19696.	Sentencia y acusación. <i>“La sentencia condenatoria no podrá exceder el contenido de la acusación.</i> <i>En consecuencia, no se podrá condenar por hechos o circunstancias no contenidos en ella.</i> <i>Con todo, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta de aquella contenida en la acusación o apreciar la concurrencia de causales modificatorias agravantes de la responsabilidad penal no incluidas en ella, siempre que hubiere advertido a los intervinientes durante la audiencia</i>
Legislación en República Dominicana.	Art. 336 del Código Procesal Penal de la República Dominicana	“La sentencia no puede tener por acreditados otros hechos u otras circunstancias que los descritos en la acusación y, en su caso, en su ampliación, salvo cuando favorezcan al imputado. En la sentencia, el tribunal puede dar al hecho una calificación jurídica diferente de la contenida en la acusación, o aplicar penas distintas de las solicitadas, pero nunca superiores”
Legislación en Ecuador	Art. 315 del Código de Procedimiento Penal 2000	“El tribunal de garantías penales no podrá pronunciar sentencia sobre hechos que no tengan relación o conexión con los determinados en el auto de llamamiento a juicio; ni dejar de pronunciarse sobre todos y cada uno de ellos”.

PAÍS	ARTÍCULO	PRECEPTO NORMATIVO
Legislación en Honduras	Artículo 337 Decreto No.9-99-E del Código Procesal Penal de Honduras	"La sentencia no podrá dar por acreditados otros hechos u otras circunstancias, que no sean descritas en la formalización de la acusación, en la contestación de cargos y en el auto de apertura a juicio o, en su caso, en la ampliación de la acusación y en la contestación de esta o en las conclusiones expuestas por las partes en la audiencia de debate, ni calificar los hechos, en perjuicio del acusado en forma distinta de la que resulte de las actuaciones antes indicadas. Si el tribunal considera que el hecho enjuiciado es constitutivo de falta, podrá apreciarlo así en su sentencia sin perder su competencia para el enjuiciamiento del caso".

Nota: Martínez Vargas (2018).

Capítulo 4

Los hilos que teje la práctica. Cuando la desvinculación procesal dialoga con las circunstancias modificativas

LA REDEFINICIÓN DEL OBJETO PROCESAL

Mutación de la acusación, congruencia y contradicción en el juicio penal

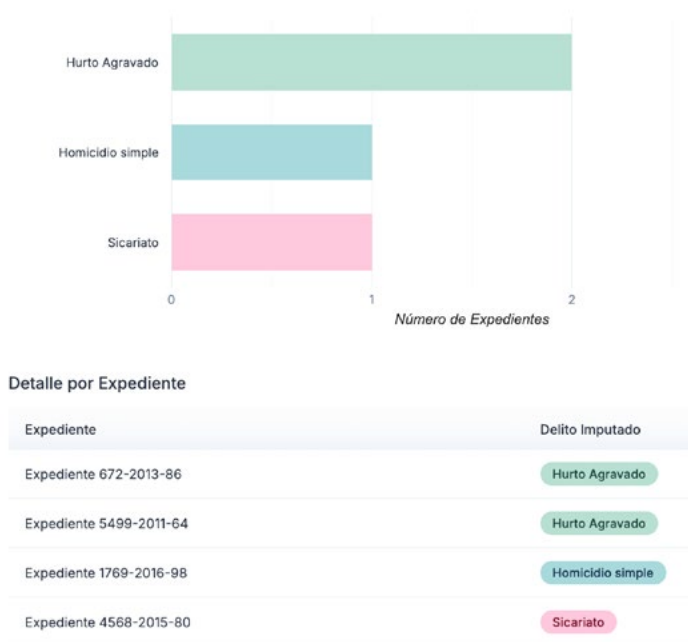
El presupuesto de la incorrecta calificación jurídica y su huella en las sentencias

El análisis de las sentencias emitidas por los Juzgados Penales de Trujillo durante los años 2016 a 2018 muestra que la desvinculación procesal se aplicó en supuestos racionales que la hicieron conciliable con las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal. Estos supuestos no son construcciones teóricas sino respuestas concretas a problemas que emergieron durante el debate probatorio y que exigieron una reconducción de la calificación jurídica para evitar absoluciones forzadas o condenas sustentadas en títulos de imputación insostenibles. El primero de ellos es la incorrecta calificación jurídica, entendida como el error de subsunción en que incurre el Ministerio Público al formalizar la investigación o al formular la acusación, y que se hace evidente cuando los hechos probados en juicio no encajan en el tipo penal originariamente invocado.

En los expedientes 4568-2015-80 y 1769-2016-98 se observa con claridad este presupuesto. En ambos casos, la Fiscalía inició tanto su acusación como sus alegatos de apertura con una calificación jurídica que luego se reveló incorrecta, pues imputó sicariato en el primer expediente y homicidio calificado en el segundo, sin que los hechos probados durante el juicio permitieran sostener esas

calificaciones. En el expediente 4568-2015-80, la Fiscalía mantuvo su posición respecto al tipo incluso después de actuado el material probatorio, que permitía una reconducción hacia el homicidio calificado por alevosía, y volvió a enfatizar el sicariato en sus alegatos de clausura. Esa persistencia en una calificación que los hechos no respaldaban condujo a que el juez, luego de valorar los medios probatorios, se desvinculara de la acusación y recondujera los hechos al delito de homicidio calificado en el supuesto de alevosía, pues el actuar de los imputados había sido alevoso al utilizar un arma de fuego que, por su inmediatez, sorpresa y lesividad, anulaba toda reacción del agraviado, quien además se encontraba en estado de ebriedad, condición que lo hacía más vulnerable y evidenciaba su absoluto estado de indefensión.

Figura 4. Delitos con mayor desvinculación procesal en 2016

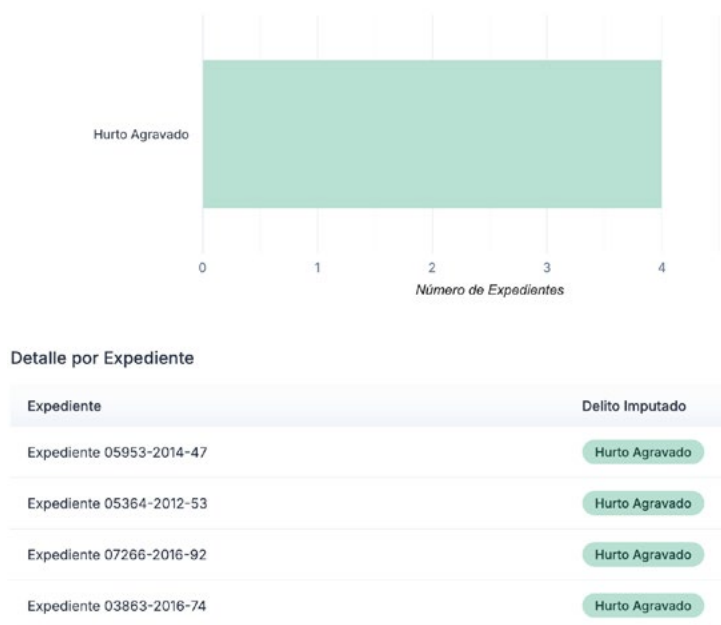


Nota: Martínez Vargas (2018).

En el expediente 1769-2016-98, si bien la sentencia fue absolutoria, el análisis se centra en la parte correspondiente a la reconducción de la calificación jurídica. El Ministerio Público consideró hasta antes de sus alegatos finales que los acusados debían responder como coautores del delito de homicidio calificado con el móvil de alevosía, pero ese móvil no se logró acreditar, pues no se cumplían los presupuestos que exige la alevosía, esto

es, que la conducta se desarrolle en forma insidiosa, de manera tal que elimine las posibilidades de defensa del agraviado y haga inexistente el riesgo que pudiera proceder del comportamiento defensivo de la víctima. Una vez actuadas las pruebas, la Fiscalía optó correctamente por reconducir los hechos de homicidio calificado a homicidio simple, dado que no se acreditó ninguno de los requisitos mencionados.

Figura 5. Delitos con mayor desvinculación procesal en 2017



Nota: Martínez Vargas (2018).

El segundo y tercer presupuesto. La interpretación equivocada y la discrepancia razonable

El segundo presupuesto identificado es la incorrecta interpretación jurídica de los hechos, que se presenta cuando la Fiscalía sustenta su teoría del caso en hechos mal interpretados y, una vez actuados los medios probatorios, se ve obligada a solicitar la reconducción del tipo, ya sea por pedido del propio colegiado o por voluntad propia del Ministerio Público. En la mayoría de los casos analizados, es el Colegiado quien considera la reconducción sobre la base de la actuación probatoria, mientras que en un número menor pero considerable es la propia Fiscalía la que solicita el cambio al advertir que los hechos presentados hasta ese momento habían devenido en mal interpretados. Cuatro expedientes ilustran con nitidez este presupuesto: el 05953-2014-47, el 05364-2012-53, el 05036-2016-24 y el 07266-2016-92.

En el expediente 05953-2014-47, la Fiscalía acusó inicialmente por robo agravado y luego recondujo su imputación a hurto agravado, pues había mal interpretado los hechos al atribuir a la sustracción de bienes una violencia que en realidad provenía de una discusión previa, conforme a lo acreditado en juicio. Esa delimitación errónea de los hechos condujo a una valoración equivocada y a una imputación por robo agravado que no correspondía, razón por la

cual la propia Fiscalía recalificó el tipo a hurto agravado, manteniendo la agravante de mujer en estado de gravidez. En el expediente 05364-2012-53, la reconducción fue propuesta por el juzgado y aceptada tanto por la Fiscalía como por la defensa, pues en etapa probatoria no se logró acreditar los hechos que la Fiscalía manifestaba, sustentados únicamente en la declaración de una agraviada menor de edad cuyas versiones se contradecían sistemáticamente. El caso versó sobre una persona adulta que arrebató el celular a una menor de edad, y aunque en declaraciones previas tanto la menor como el imputado manifestaron que hubo un empujón, esas declaraciones fueron variando a lo largo del juicio hasta que no pudieron acreditarse, por lo que el juez consideró que los hechos no constituían robo agravado y que la Fiscalía había mal interpretado los hechos al sustentarse únicamente en una declaración contradictoria.

En el expediente 05036-2016-24, la interpretación equivocada de la Fiscalía se debió a que su testigo principal, el agraviado, tuvo contradicciones en sus declaraciones, alegando que en un inicio no estaba seguro de los hechos pero que conforme avanzó el juicio pudo darse cuenta de que no habían sucedido como pensó inicialmente. La Fiscalía no contaba con más medios probatorios que ayudasen a mantener su tesis, por lo que aceptó la reconducción del tipo de robo agravado a hurto agravado recomendada por el juez. En el expediente 07266-2016-92, la Fiscalía

acusó por robo agravado y mantuvo su acusación en alegatos finales, basándose en el testimonio del agraviado y en el certificado médico legal que acreditaba lesiones traumáticas de origen contuso, con presencia de una pieza dentaria con movilidad y equimosis en la región gingival. Sin embargo, durante la actuación probatoria se logró acreditar que toda persona que recibe un golpe en la boca debe presentar al menos una lesión externa considerable, lo que no se presentaba en el agraviado, y que era razonable que al acusado se le hubiese encontrado en posesión del arma de fuego con la que golpeó al agraviado, debido a que la intervención de los coacusados fue instantánea. Estas razones llevaron a concluir que la Fiscalía no valoró los hechos adecuadamente, conduciendo a una errónea interpretación de los mismos, y lo más considerable es que, así como en los dos primeros casos, a pesar de no lograr acreditar su teoría del caso en la actuación probatoria, el Ministerio Público continuaba en sus alegatos de clausura sustentando la calificación originaria.

El tercer presupuesto es la discrepancia en la interpretación jurídica de los hechos, que se presenta cuando el juez del colegiado y la Fiscalía, compartiendo la misma base fáctica, arriban a conclusiones jurídicas distintas sobre el modo de calificar esos hechos. En el expediente 5499-2011-64, por ejemplo, el colegiado interpretó que el hecho de que cuatro personas cerraran el paso a la víctima no constituía amenaza, mientras que la Fiscalía interpretó

que ese hecho en sí ya constituía una amenaza. A pesar de no contar con la presencia de los agravados, no solo debía valorarse dicha prueba sino también considerar otras como las máximas de la experiencia, pues de acuerdo a lo probado en juicio se determinó que eran cuatro personas las que rodearon a los agravados con intenciones delictivas, hecho que de por sí ya constituye una amenaza. La Fiscalía interpretó los hechos en ese sentido hasta sus alegatos finales, pero el colegiado consideró que al no contar con la declaración de los agravados no se había probado la amenaza. A nuestro criterio, el colegiado debió tener en consideración lo estipulado por el artículo 158 del Código Procesal Penal, que en su inciso 1 señala que en la valoración de la prueba el juez deberá observar las reglas de la lógica, las ciencias y las máximas de la experiencia, y expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados. Si el juez no contaba con la declaración de sus testigos principales, los únicos que podían acreditar la violencia o amenaza, debió aplicar las máximas de la experiencia, dado que sí se había acreditado la presencia de cuatro personas que rodeaban a las víctimas.

En el expediente 03863-2016-74, se recondujo el tipo de robo agravado a hurto agravado sobre la base de que no se logró acreditar la violencia que en un inicio fue manifestada por la agraviada, pero lo que sí se logró acreditar, al igual que en el caso anterior, fue la participación de cuatro personas, grupo en el que estuvo implicado el

hoy imputado. Nace así una discrepancia en la interpretación jurídica de los hechos entre el Ministerio Público y el Colegiado, pues para la Fiscalía el hecho de que cuatro sujetos intercepten a una persona con ánimo delictivo ya constituye una amenaza evidente, mientras que el colegiado considera que no existe prueba que pueda acreditar dicha amenaza. En concordancia con el caso precitado, aquí se debió tener en consideración lo establecido por el artículo 158 del Código Procesal Penal, que hace manifiesto el recurso a las máximas de la experiencia, dado que sí hubo la participación de cuatro sujetos que contribuyeron a perpetrar el hecho delictivo, y que si bien no existe documental alguna que pueda acreditar la violencia a la que hace referencia la agraviada, en base a las máximas de la experiencia se entiende que la simple presencia de cuatro sujetos que bloquean el paso con intención delictiva ya constituye una amenaza.

La casación que ilumina el error iuris y la necesidad de enmendarlo

Es necesario señalar lo expuesto por la Casación N° 659-2014, Puno, en la que se logró establecer doctrina jurisprudencial vinculante sobre la desvinculación, y en la que se justifica plenamente el accionar del colegiado en los casos de incorrecta interpretación jurídica de los hechos. Como bien pudo evidenciarse en los casos ana-

lizados, en su mayoría es el juez quien plantea la desvinculación procesal, y dicha casación considera como antecedente de la desvinculación justamente el conflicto de la aplicación y continuidad del error iuris, entendido como el error en la aplicación del derecho material al realizar la operación de subordinación de los hechos objeto de imputación, es decir, un juicio de tipicidad defectuoso que debe ser enmendado durante el desarrollo del proceso, a fin de conjurar la posibilidad de sembrar futuras nulidades que hagan estéril el esfuerzo judicial en la solución jurídico penal de un caso práctico. En el caso de reconducción de robo agravado a hurto agravado, que de acuerdo a nuestro estudio es el tipo más propenso a sufrir una reconducción procesal, ello ocurrió porque no se había logrado acreditar la violencia o amenaza, y en el caso de homicidio calificado por alevosía reconducido a homicidio simple, de igual manera no se lograban acreditar los presupuestos de la alevosía. Este tipo de circunstancias devenían en que la Fiscalía llegaba a sus alegatos de apertura y de clausura con una incorrecta calificación jurídica y con una deficiente teoría del caso, la cual pendía de un hilo o, en estos casos, de cualquier cambio de versión por parte de los intervinientes.

El espejo de la legislación comparada. Ocho ordenamientos frente a la desvinculación

La legislación comparada muestra que la mayoría de los ordenamientos latinoamericanos, así como el español, regulan expresamente la desvinculación procesal, aunque con matices y alcances diversos. En España, la tesis de desvinculación se encuentra prescrita desde el Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, que aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y se mantiene vigente en la actualidad. El artículo 733 de esa ley establece que si el Tribunal, juzgando por el resultado de las pruebas, entendiere que el hecho justiciable ha sido calificado con manifiesto error, podrá el presidente emplear una fórmula mediante la cual solicita al Fiscal y a los defensores que ilustren sobre si el hecho justiciable constituye un delito distinto o si existe una circunstancia eximente de responsabilidad no considerada. Esta facultad excepcional, de que el Tribunal usará con moderación, no se extiende a las causas por delitos que solo pueden perseguirse a instancia de parte, ni tampoco es aplicable a los errores que hayan podido cometerse en los escritos de calificación, así respecto a la apreciación de las circunstancias atenuantes y agravantes como en cuanto a la participación de cada uno de los procesados en la ejecución del delito público que sea materia del juicio. Si el Fiscal o cualquiera de los defensores de las partes indicaren que no están suficientemente preparados

para discutir la cuestión propuesta por el presidente, se suspenderá la sesión hasta el siguiente día.

En Venezuela, los artículos 352 y 364 de la Ley de Procedimiento Penal de la República Bolivariana de Venezuela establecen respectivamente que si en el curso de la audiencia el tribunal observa la posibilidad de una calificación jurídica que no ha sido considerada por ninguna de las partes, podrá advertir al imputado sobre esa posibilidad para que se refiera a ella, y que la sentencia de condena no podrá sobrepasar el hecho y las circunstancias descritas en la acusación y en el auto de apertura a juicio o, en su caso, en la ampliación de la acusación. En la sentencia condenatoria, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta a la de la acusación o del auto de apertura a juicio, o aplicar penas más graves o medidas de seguridad, siempre que no exceda su propia competencia, pero el acusado no puede ser condenado en virtud de un precepto penal distinto del invocado en la acusación, comprendida su ampliación, o en el auto de apertura a juicio, si previamente no fue advertido por el juez presidente sobre la modificación posible de la calificación jurídica.

En Costa Rica, el artículo 365 del Código Procesal Penal establece que la sentencia no podrá tener por acreditados otros hechos u otras circunstancias que los descritos en la acusación y la querella y, en su caso, en la ampliación de la acusación, salvo cuando favorezcan al imputado, y que

en la sentencia el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica diferente de la de la acusación o querella, o aplicar penas más graves o distintas de las solicitadas. En Chile, el artículo 341 del Código Procesal Penal de la Ley 19696, actualizada al 01-MAR-2018, prescribe que la sentencia condenatoria no podrá exceder el contenido de la acusación, que en consecuencia no se podrá condenar por hechos o circunstancias no contenidos en ella, pero que con todo el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta de aquella contenida en la acusación o apreciar la concurrencia de causales modificatorias agravantes de la responsabilidad penal no incluidas en ella, siempre que hubiere advertido a los intervinientes durante la audiencia, y si durante la deliberación uno o más jueces consideraren la posibilidad de otorgar a los hechos una calificación distinta de la establecida en la acusación que no hubiere sido objeto de discusión durante la audiencia, deberán reabrir la a objeto de permitir a las partes debatir sobre ella.

En República Dominicana, el artículo 336 del Código Procesal Penal establece que la sentencia no puede tener por acreditados otros hechos u otras circunstancias que los descritos en la acusación y, en su caso, en su ampliación, salvo cuando favorezcan al imputado, y que en la sentencia el tribunal puede dar al hecho una calificación jurídica diferente de la contenida en la acusación, o aplicar penas distintas de las solicitadas, pero nunca superiores. En Ar-

gentina, el artículo 401 del Código Procesal Penal con Ley N° 23.984 establece que en la sentencia el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta a la contenida en el auto de remisión a juicio o en el requerimiento fiscal, aunque deba aplicar penas más graves o medidas de seguridad, y que si resultare del debate que el hecho es distinto del enunciado en tales actos, el tribunal dispondrá la remisión del proceso al juez competente.

En Honduras, el artículo 337 del Decreto No.9-99-E del Código Procesal Penal establece que la sentencia no podrá dar por acreditados otros hechos u otras circunstancias que no sean descritas en la formalización de la acusación, en la contestación de cargos y en el auto de apertura a juicio o, en su caso, en la ampliación de la acusación y en la contestación de esta o en las conclusiones expuestas por las partes en la audiencia de debate, ni calificar los hechos en perjuicio del acusado en forma distinta de la que resulte de las actuaciones antes indicadas, aunque si el tribunal considera que el hecho enjuiciado es constitutivo de falta, podrá apreciarlo así en su sentencia sin perder su competencia para el enjuiciamiento del caso. En Ecuador, el artículo 315 del Código de Procedimiento Penal 2000, al igual que en la legislación de Honduras, no permite la aplicación de la desvinculación procesal, pues establece que el tribunal de garantías penales no podrá pronunciar sentencia sobre hechos que no tengan relación o conexión con los determinados en el auto de llamamiento a juicio, ni dejar de pronunciarse sobre todos y cada uno de ellos.

Capítulo 5

*El balance de un recorrido. Lo que queda después de
mirar las sentencias*

LA REDEFINICIÓN DEL OBJETO PROCESAL

Mutación de la acusación, congruencia y contradicción en el juicio penal

Las razones que hicieron posible la conciliación

El recorrido por las sentencias emitidas en Trujillo durante los años 2016 a 2018 permite sostener que la aplicación de la desvinculación procesal resultó ajustable a las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, y esa ajustabilidad no provino de una construcción teórica previa sino de la manera en que los jueces resolvieron casos concretos en los que la calificación originaria de la Fiscalía no resistió el contraste con la actividad probatoria. Los supuestos que hicieron posible esa conciliación fueron tres y operaron como respuestas racionales a problemas reales del proceso. El primero fue la incorrecta calificación jurídica, que se presentó cuando la Fiscalía subsumió los hechos en un tipo penal que no correspondía y el juez, al advertir el error, recondujo la calificación hacia el tipo adecuado. El segundo fue la incorrecta interpretación jurídica de los hechos, que surgió cuando la Fiscalía construyó su teoría del caso sobre una lectura equivocada del material probatorio y esa lectura se desmoronó durante el juicio. El tercero fue la discrepancia en la interpretación jurídica de los hechos, que apareció cuando, compartiendo la misma base fáctica, el juez y la Fiscalía arribaron a conclusiones jurídicas distintas sobre el modo de calificar esos hechos. Estos tres supuestos no agotan todas las formas posibles de desvinculación, pero sí explican la totalidad de los casos analizados y ofrecen

un marco para comprender por qué la desvinculación no constituyó una vulneración del derecho de defensa sino un mecanismo de corrección que permitió al proceso alcanzar una decisión ajustada a derecho.

El hurto agravado como destino frecuente de las reconducciones

La distribución de los casos según el tipo de delito revela un patrón que merece atención sostenida. El delito en el que se dio la mayor incidencia de aplicación de la desvinculación procesal en las sentencias emitidas por los juzgados penales de Trujillo durante los años 2016 a 2018 fue el hurto agravado. Durante el año 2016, de un total de siete casos en los que se aplicó la desvinculación, el hurto agravado concentró la mayoría, dejando por debajo a los delitos de homicidio simple y sicariato, con un caso cada uno. Durante el año 2017, la totalidad de los casos en los que se aplicó la desvinculación procesal correspondió también al hurto agravado, sumando cinco casos adicionales. Esta concentración no es casual. El hurto agravado comparte con el robo agravado el objeto material sobre el que recae la acción y el bien jurídico protegido, pero se diferencia de él por la ausencia de violencia o amenaza contra la persona. Esa proximidad estructural convierte al hurto agravado en el destino natural de las reconducciones que buscan degradar una imputación por robo cuando

la violencia o la amenaza no han quedado debidamente acreditadas en juicio.

La lectura de los expedientes muestra que, en la mayoría de los casos de reconducción de robo agravado a hurto agravado, el factor determinante fue la falta de acreditación de la violencia o la amenaza. Los testimonios de los agraviados resultaron contradictorios, las pruebas documentales no lograron corroborar las versiones iniciales o los certificados médicos no reflejaban lesiones compatibles con el relato de la víctima. En esos escenarios, el juez se enfrentaba a una disyuntiva: absolver por no haberse probado el robo, o reconducir la calificación hacia el hurto agravado, que sí encontraba sustento en los hechos efectivamente probados. La segunda opción resultó prevalente, y ello explica que el hurto agravado aparezca como el destino más frecuente de las desvinculaciones. Esta tendencia es coherente con lo que la doctrina comparada ha observado en otros ordenamientos, donde la degradación de la calificación jurídica hacia tipos penales menos graves ha sido reconocida como una práctica compatible con el derecho de defensa, siempre que el hecho básico permanezca inalterado y que el imputado haya tenido oportunidad de defenderse sobre los elementos que sustentan la nueva calificación.

La interpretación equivocada como motor principal de las reconducciones

El supuesto que tuvo mayor incidencia para la aplicación de la desvinculación procesal en las sentencias emitidas por los juzgados penales de Trujillo durante el período 2016 a 2018 fue la incorrecta interpretación jurídica de los hechos. Este resultado no es sorprendente si se atiende a la naturaleza misma de la actividad probatoria y a las condiciones en que se desenvuelve el proceso penal. En la mayoría de las sentencias analizadas, el común denominador fue la no acreditación de los hechos manifestados por el Ministerio Público, y esa falta de acreditación se debió, en la mayor parte de los casos, a que el fiscal había construido su teoría del caso sobre una lectura equivocada de la realidad. Las declaraciones de los agraviados y de los testigos fueron variando a lo largo del proceso, las pruebas documentales no lograron confirmar las hipótesis iniciales y los peritajes arrojaron resultados distintos a los esperados. En ese contexto, la desvinculación se convirtió en el instrumento que permitió al juez adecuar la calificación a los hechos efectivamente probados, sin necesidad de absolver al imputado por una deficiencia en la construcción de la imputación.

Este predominio de la incorrecta interpretación jurídica de los hechos tiene una implicación que merece ser desta-

cada. Sugiere que el problema no radica tanto en un desconocimiento técnico de las normas penales por parte del Ministerio Público, sino en una deficiente labor de investigación y de valoración anticipada del material probatorio. El fiscal, al formalizar la investigación y al formular la acusación, se ve obligado a construir una hipótesis inculpatoria sobre la base de la información disponible en ese momento. Si esa información es incompleta o está distorsionada, la hipótesis resultante será igualmente defectuosa, y solo en el juicio oral, cuando se actúen todas las pruebas, se hará evidente la magnitud del error. La desvinculación procesal opera entonces como un mecanismo de corrección ex post que permite al juez salvar lo que aún puede salvarse, evitando que el proceso termine en una absolución por falta de correspondencia entre la acusación y los hechos probados.

El espejo de la legislación comparada

El análisis de la legislación comparada permitió examinar los cuerpos normativos de Argentina, Chile, Venezuela, Ecuador, Costa Rica, República Dominicana, Honduras y España. En todos estos países, salvo Ecuador y Honduras, se encuentra regulada la tesis de la desvinculación procesal, lo que constituye un elemento necesario para garantizar un mejor proceder y diligencia de las partes y del tribunal, así como una mayor protección al

acusado. Argentina, a través del artículo 401 de su Código Procesal Penal, faculta al tribunal a dar al hecho una calificación jurídica distinta de la contenida en el auto de remisión a juicio o en el requerimiento fiscal, incluso si ello implica la aplicación de penas más graves o medidas de seguridad. España, por su parte, regula la llamada tesis de desvinculación en el artículo 733 de su Ley de Enjuiciamiento Criminal, que permite al Tribunal solicitar a las partes que ilustren sobre si el hecho justiciable constituye un delito distinto o si concurre una circunstancia eximente de responsabilidad no considerada inicialmente, siempre que se respete el principio de contradicción. Chile, en su artículo 341, autoriza al tribunal a dar al hecho una calificación jurídica distinta de la contenida en la acusación o a apreciar circunstancias modificatorias agravantes no incluidas en ella, siempre que haya advertido a los intervinientes durante la audiencia. Venezuela, en su artículo 352, permite al tribunal advertir al imputado sobre la posibilidad de una calificación jurídica no considerada por las partes, para que este pueda referirse a ella. Costa Rica, en su artículo 365, establece que la sentencia no podrá tener por acreditados otros hechos u otras circunstancias que los descritos en la acusación, salvo cuando favorezcan al imputado, pero faculta al tribunal a dar al hecho una calificación jurídica diferente o a aplicar penas más graves o distintas de las solicitadas. República Dominicana, en su artículo 336, permite al tribunal dar al hecho una

calificación jurídica diferente o aplicar penas distintas de las solicitadas, pero nunca superiores.

Ecuador y Honduras, en cambio, presentan una regulación más restrictiva. El artículo 315 del Código de Procedimiento Penal ecuatoriano del año 2000 establece que el tribunal de garantías penales no podrá pronunciar sentencia sobre hechos que no tengan relación o conexión con los determinados en el auto de llamamiento a juicio, ni dejar de pronunciarse sobre todos y cada uno de ellos. Honduras, mediante el artículo 337 del Decreto No.9-99-E, establece que la sentencia no podrá dar por acreditados otros hechos u otras circunstancias que no sean descritas en la formalización de la acusación, en la contestación de cargos y en el auto de apertura a juicio, ni calificar los hechos en perjuicio del acusado en forma distinta de la que resulte de las actuaciones antes indicadas, aunque admite que si el tribunal considera que el hecho enjuiciado es constitutivo de falta, podrá apreciarlo así en su sentencia sin perder su competencia para el enjuiciamiento del caso. Esta diversidad de regulaciones muestra que la desvinculación procesal no es una institución uniforme en el derecho comparado, sino que admite modulaciones que reflejan las distintas tradiciones jurídicas y las diferentes concepciones sobre el equilibrio entre la búsqueda de la verdad material y la protección de las garantías procesales del imputado.

Referencias

- Aguilar Avilés, D. (2014). *Ámbito Jurídico*. Ambitocom.br.
<https://n9.cl/m42zx7>
- Armenta Deu, T. (1995). *Principio Acusatorio y Derecho Penal*. J.M. Bosch Editor.
- Ascencio Mellado, J. (2008). *Derecho Procesal Penal*. Tirant lo Blanch.
- Ávalos Rodríguez, C., & Robles Briceño, M. (2008). *El Sistema Penal Peruano según el Tribunal Constitucional*. Gaceta Jurídica.
- Binder, A. (2000). *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Ad Hot.
- Bovino, A. (2005). *Principios Políticos del Proceso Penal*. Editores del Puerto.
- Cafferata Nores, J. (2000). *El Principio de Oportunidad en el Derecho Argentino: Cuestiones Actuales sobre el Proceso Penal*. Editores del Puerto.
- Carhuancho Mucha, C. (2005). *Los medios de defensa técnico en el Derecho Procesal Penal Peruano y sus innovaciones*. Alegre.
- Carocca Pérez, A. (1998). *Garantía Constitucional de la defensa procesal*. José María Bosch.
- Carocca Pérez, A. (2005). *El Nuevo Sistema Procesal Penal*. Lexis Nexis.
- Castillo Alva, J. (2000). *Homicidio*. Gaceta Jurídica.
- Chaia A., R. (2010). *La prueba en el Proceso Penal*. Hammurabi.

- Clariá Olmedo, J. (1998). *Derecho Procesal Penal*. Rubin-
zal–Culzoni.
- Cortés Domínguez, V. (1975). *La cosa Juzgada Penal*.
- Cubas Villanueva, V. (1998). *El Proceso Penal: Teoría y
práctica*. Palestra Editores.
- Cucarella Galiana, L. (2003). *La correlación de la Sentencia
con la Acusación y la defensa*. Thomson Aranzadi.
- Del Rio Ferreti, C. (2006). *La correlación de la Sentencia
con la Acusación y la Defensa*. Repositorio de la Uni-
versidad de Valencia.
- Del Rio Labarthe, G. (2010). *La etapa intermedia en el Nue-
vo Proceso Penal Acusatorio*. Ara Editores.
- Devis Echandía, H. (2000). *Compendio de la Prueba Judi-
cial*. Rubinzal–Culzoni.
- Díaz Cabiale, J. (1996). *Principios de aportación de parte y
acusatorio: la imparcialidad del juez*. Comares.
- Díaz Pita, M. (1994). *El Dolo Eventual*. Tirant lo Blanch.
- Donna, E. (2002). *La Autoría y la Participación criminal*.
Rubinzal–Culzoni.
- Escobar Antezano, C. (2009). Problemas en la aplicación de
la desvinculación procesal. Principio de determinación
alternativa: alcances del artículo 285-a del Código de
Procedimientos Penales. *Revista Oficial del Poder Ju-
dicial*, *3*(5).
- Ezquiaga Ganuza, F. (2000). *Iura Novit Curia y Aplicación
Judicial del Derecho*. Lex Nova.

- Ferrajoli, L. (2001). *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*. Trotta.
- Ferrajoli, L. (2006). *Derecho y Garantías: La ley del más débil*. Trotta.
- Gálvez Villegas, T. (2008). *El Código Procesal Penal: Comentarios descriptivos, explicativos y críticos*. Jurista Editores.
- García Cavero, P. (2011). *La nulidad procesal de las disposiciones fiscales en el Proceso Penal*. Gaceta Jurídica.
- García, L. (2002). *Los Derechos Humanos en el Proceso Penal*. Ábaco de Rodolfo de Palma.
- Gimeno Sendra, V. (2007). *Los Derechos Fundamentales y su Protección Jurisdiccional*. Colex.
- Gimeno Sendra, V., Moreno Catena, V., & Gómez Colomer, J. L. (1996). *Derecho Procesal Penal*. Colex.
- González Lagier, D. (2005). *Questio Facti: Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. Palestra Editores.
- Guevara Paricana, J. (2007). *Principios Constitucionales del Proceso Penal*. Grijley.
- Infantes Vargas, A. (2006). *El Sistema Acusatorio y los Principios Rectores del Código Procesal Penal*. Jurista Editores.
- Jauchen, E. (2009). *Derecho del Imputado*. Rubinzal–Culzoni.
- Jescheck, H. (2002). *Tratado de Derecho Penal*. Comares.
- Laurenzo Copello, P. (1999). *Dolo y Conocimiento*. Tirant lo Blanch.

- Maier, J. (2009). *Derecho Procesal Penal Argentino*. Hammurabi.
- Martínez Vargas, R. M. (2018). *Supuestos para la aplicación de la desvinculación procesal en circunstancias modificativas de la responsabilidad penal* [Tesis de maestría, Universidad Nacional de Trujillo].
- Miranda Estrampes, M. (1997). *Mínima actividad probatoria en el Proceso Penal*. José María Bosch.
- Montero Aroca, J. (1999). *Sobre la imparcialidad del Juez y la Incompatibilidad de funciones procesales*. Tirant lo Blanch.
- Montero Aroca, J. (2008). *Proceso Penal y Libertad: Ensayo polémico sobre el nuevo Proceso Penal*. Civitas.
- Montero Aroca, J., Ortells Ramos, M., Gómez Colomer, J. L., & Montón Redondo, A. (1998). *Derecho Procesal: Parte General*. Tirant lo Blanch.
- Moreno Catena, V. (2008). *Prueba y Proceso Penal: Análisis especial de la Prueba Prohibida en el Sistema Español y en el Derecho Comparado*. Tirant lo Blanch.
- Muñoz Conde, F., & García Arán, M. (2004). *Derecho Penal Parte General*. Tirant lo Blanch.
- Neyra Flores, J. (2010). *Manual del Nuevo Proceso Penal*. Idemsa.
- Oré Guardia, A. (2005). *El Ministerio Fiscal: Director de la Investigación en el nuevo Código Procesal Penal del Perú*. Ministerio de Justicia–UNED.

- Palacio Lino, E. (2000). *La prueba en el Proceso Penal*. Albatros Perrot.
- Pastor, D. (2002). *El Plazo Razonable en el Proceso Penal del Estado de Derecho*. Ad Hoc.
- Pava Lugo, M. (2009). *La Defensa en el Sistema Acusatorio*. Andrés Morales.
- Pedráz Penalva, E. (2000). *Derecho Procesal Penal*. Colex.
- Pérez Toro, J. (2012, 20 de mayo). La desvinculación de la acusación. *Abogados san Martín*. <https://n9.cl/ej79ji>
- Revilla Palacios, A. (2009). La Calificación Jurídica de la denuncia penal: Problemas y Alternativas. *Revista Oficial del Poder Judicial*, *3*(5).
- Roxin, C. (2000). *Derecho Procesal Penal*. Editores del Puerto.
- San Martín Castro, C. (2003). *Derecho Procesal Penal*. Grijley.
- Sánchez Velarde, P. (2009). *El Nuevo Proceso Penal*. Idemsa.
- Traversi, A. (2005). *La Defensa Penal: Técnicas argumentativas y oratoria*. Aranzadi.
- Uribe García, S. (2009). *La congruencia: Error en la calificación jurídica y variación de la calificación jurídica: Análisis jurisprudencial con especial énfasis al Sistema Acusatorial*. Librería Jurídica Sánchez.
- Vásquez Rossi, J. (1995). *Derecho Procesal Penal: Conceptos generales*. Rubinza!-Culzoni.

Vélez Mariconde, A. (1986). *Derecho Procesal Penal*. Córdoba.

Zaffaroni, E. (2009). *Estructura básica del Derecho Penal*. Ediar.



Religación
Press
Ideas desde el Sur Global



Religación
Press

ISBN: 978-9907-845-35-8



9 789907 845358