

**Pontificia Universidad Católica del Perú  
Facultad de Derecho**



**Programa de Segunda Especialidad en Derecho Procesal**

**“HACIA LA JUSTIFICACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA FIGURA DE LA  
DESVINCULACIÓN EN EL PROCESO PENAL”**

**Trabajo Académico para optar el grado de segunda especialidad en  
Derecho Procesal**

Autor : Willian Anderson Quiroz Morales

Asesor : Luciano López Flores

Código de alumno: 20070883

**2017**

## **RESUMEN**

El presente trabajo ha sido enfocado desde una perspectiva garantista-eficaz que todo proceso penal debe tener por el modelo de Estado Constitucional de Derecho (interpretación conforme a la constitución) que el ordenamiento jurídico peruano ha adoptado. El objetivo de esta investigación ha sido determinar cuál es la justificación constitucional de la figura de la desvinculación en el proceso penal. Para ello, se debe analizar dos cosas: primero, si se encuentra justificado constitucionalmente, bajo el argumento fáctico de la no impunidad del hecho ilícito, de la no satisfacción y de la reparación del daño a la víctima, que se desvincule procesalmente de la pretensión procesal punitiva a un imputado debido a que no se logró acreditar el tipo penal atribuido; y, segundo, si se encuentra justificado constitucionalmente, bajo el argumento fáctico de la no impunidad del hecho ilícito, de la no satisfacción y de la reparación del daño a la víctima, que a una persona imputada pueda atribuírsele una nueva pretensión (alternativa a la primera atribuida por el fiscal) correspondiente a una nueva figura penal del mismo bien jurídico del tipo penal establecido inicialmente. Conforme se vayan leyendo las bases teóricas pertenecientes a los sujetos procesales intervinientes, el lector irá dilucidando que, efectivamente, la figura de la desvinculación en el proceso penal es inconstitucional e incompatible con el postpositivismo. En ese sentido, no existe razón de existencia ni justificación constitucional de la figura de la desvinculación procesal dado que el juez no debe romper la imparcialidad judicial que tanto profesa para recalificar la imputación deficiente del Ministerio Público por una adecuada e idónea. Ello vulneraría tanto aquellos principios constitucionales establecidos en la norma constitucional, así como los derechos y las garantías procesales del imputado.

## ÍNDICE

- I. Del Estado de Derecho al Estado Constitucional y su impacto en el procesal penal: a modo de introducción.
- II. El Estado de Derecho y el proceso penal
- III. El tránsito al garantismo del proceso penal.
- IV. ¿Es compatible la desvinculación procesal con el modelo procesal penal garantista?
- V. Conclusiones
- VI. Bibliografía Final



## I. DEL ESTADO DE DERECHO AL ESTADO CONSTITUCIONAL Y SU IMPACTO EN EL PROCESAL PENAL, A MODO DE INTRODUCCIÓN.

En las últimas décadas del siglo XX, las corrientes jurídicas entraron en crisis con la aparición del fenómeno del constitucionalismo de los derechos luego de la Segunda Guerra Mundial<sup>1</sup>. El neoconstitucionalismo o postpositivismo es el resultado de la convergencia de dos tradiciones constitucionales que con frecuencia caminaron separadas<sup>2</sup>. Así, se reunieron elementos de estas dos tradiciones: la garantía jurisdiccional (tradicción norteamericana) y el fuerte contenido normativo (tradicción europea). De la primera, se recogió la idea de la garantía jurisdiccional y una correlativa desconfianza ante el legislador, mientras que de la segunda se heredó un ambicioso programa normativo que va bastante más allá de lo que exigiría la mera organización del poder mediante el establecimiento de las reglas de juego<sup>3</sup>.

Es importante tener claro esta corriente de la filosofía jurídica dado al vínculo inseparable con el análisis de la interpretación jurídica en todo Estado Constitucional de Derecho (la interpretación conforme a la Constitución).



<sup>1</sup> Bernal Pulido cita a Prieto Sanchís al referirse al neoconstitucionalismo dado que este último reflexiona que, conforme al paso del tiempo (la globalización), la teoría del Derecho debe cambiarse. Por ello, considera que el neoconstitucionalismo o postpositivismo es una nueva cultura jurídica, diferente a la positivista que sirvió de marco conceptual al Estado de Derecho decimonónico, y que es producto de la singularidad del constitucionalismo europeo de la segunda posguerra. Asimismo, hay quienes consideran que el neoconstitucionalismo es un nuevo paradigma asociado a la forma del Estado Constitucional Democrático y otros que piensan que se trata de una nueva corriente y paradigma que deja atrás las etiquetas tradicionales y el cual tiene la capacidad de superar la dialéctica positivista-iusnaturalista debido a la característica del naturalismo es la siguiente: “el derecho tiene disposición a la corrección”. (BERNAL Pulido, Carlos. El neoconstitucionalismo y la normatividad del Derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 79.)

Los constitucionalistas o postpositivistas (como Dworkin, Nino o Alexy) son de la idea que el positivismo jurídico ya no es una concepción adecuada del Derecho sin caer por ello en formas de iusnaturalismo (ATIENZA Rodríguez, Manuel. Enseñanza del Derecho y Argumentación Jurídica. En: Academia de la Magistratura, pp. 9.)

<sup>2</sup> (i) La tradición norteamericana originaria que sigue la idea de supremacía constitucional y en la garantía jurisdiccional; y, (ii) la idea nacida de la revolución francesa que concibe a la Constitución como la encarnación de un proyecto político bastante bien articulado, generalmente, como el programa directivo de una empresa de transformación social y política. (SANCHÍS, Luis. Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial. Lima: Palestra Editores, pps. 111-113.)

<sup>3</sup> Prieto Sanchís considera que: (i) “de la tradición norteamericana, se deduce la garantía judicial que es el método más consecuente de articular la limitación del legislador”; y, (ii) “de la tradición europea, se deducen los parámetros del enjuiciamiento que ya no son reglas formadas y procedimentales sino normas sustantivas”. (PRIETO Sanchís, Luis. Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial. Lima: Palestra Editores, pps. 114-115.)

Para el neoconstitucionalismo<sup>4</sup>, la ley dejó de ser la única, suprema y racional fuente del Derecho que pretendió ser en otra época dada la crisis de la corriente positivista (referida a la estatalidad y legalidad del Derecho).

De esta manera, el constitucionalismo impulsó una nueva teoría del Derecho, cuyos rasgos son los siguientes:

“(…) más principios que reglas; más ponderación<sup>5</sup> que subsunción; omnipresencia<sup>6</sup> de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria<sup>7</sup>; omnipotencia judicial<sup>8</sup> en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces, tendencialmente contradictorios en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí entorno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas”.<sup>9</sup>

---

<sup>4</sup> Esta cultura jurídica considera que: (i) el Estado Constitucional de Derecho representa la mejor o más justa forma de organización política; y, (ii) el constitucionalismo es la mejor forma de gobierno para hacer frente a la objeción democrática o de supremacía del legislador: “a más Constitución y mayores garantías judiciales, inevitablemente, se reducen las esferas de decisión de las mayorías parlamentarias”.

<sup>5</sup> La Constitución se aplica mediante la ponderación. La ponderación es una forma de argumentación mediante la cual se construye una jerarquía móvil entre los principios en colisión (de acuerdo a las circunstancias del caso concreto).

Está claro, en la ponderación hay siempre razones en pugna, intereses o bienes en conflicto (normas que nos suministran justificaciones diferentes a la hora de adoptar una decisión). La ponderación es un método para la resolución de cierto tipo de antinomias o contradicciones normativas, y conduce a una exigencia de proporcionalidad que implica establecer un orden de preferencia relativo al caso concreto. Por ello, el juicio de ponderación se aplica cuando existe un conflicto constitucional que no es posible resolver mediante el criterio de especialidad.

<sup>6</sup> La Constitución es omnipresente debido al denso contenido sustantivo (compuesto de valores, principios, derechos fundamentales, directrices a los poderes públicos, etc.). Detrás de cada precepto legal se adivina siempre una norma constitucional que lo confirme o lo contradice. Así, se presenta el efecto “impregnación” o “irradiación” del texto constitucional; en otras palabras, todo deviene Derecho constitucional y en esa misma medida la ley deja de ser el referente supremo para la solución de los casos. La constitución es una norma y una norma está presente en todo tipo de conflictos.

<sup>7</sup> La Constitución es omnipotente debido a la fuerza expansiva de los derechos fundamentales, la cual irradia a todo el sistema jurídico. La constitución regula plenamente la legislación y no deja espacios exentos para el legislador porque todos los espacios aparecen regulados.

<sup>8</sup> La Constitución es garantizada porque su protección es encomendada a los jueces. Dos elementos en el constitucionalismo contemporáneo que suponen cierta corrección al modelo liberal europeo de Estado de Derecho son los siguientes: (i) la fuerte rematerialización constitucional ya que la Constitución no sólo limita al legislador al establecer el modo de producir el Derecho sino que lo limita también al predeterminar amplias esferas de regulación jurídica, en ocasiones, de forma no suficientemente unívoca ni concluyente; y, (ii) el desbordamiento constitucional, es decir, la inmersión de la Constitución dentro del ordenamiento jurídico como una norma suprema. De esta manera, los operadores jurídicos tienen un acceso de modo permanente ya que no acceden a la Constitución a través del legislador sino que lo hacen directamente.

<sup>9</sup> PRIETO Sanchís, Luis. Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial. Lima: Palestra Editores, pp. 121.

El modelo del Estado Constitucional de Derecho es un paradigma dogmático que viene siendo reconocido, en los últimos años, en la jurisprudencia constitucional peruana<sup>10</sup>, poniéndose a tono con esta corriente que se sigue en el Derecho Comparado.

La transformación del Estado legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho implica el desplazamiento de la primacía de la ley a la supremacía de la Constitución. Hoy en día, el Estado Constitucional del Derecho concibe como fundamentos a la dignidad y a la defensa de los derechos fundamentales de la persona. Asimismo, recordemos que la Constitución Política del Perú del año 1993 establece que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y el Estado tiene la obligación de proteger y respetar sus derechos fundamentales<sup>11</sup>.

Al ser la Constitución una norma suprema y de unidad, aquellas normas de inferior jerarquía, pertenecientes a las distintas ramas del Derecho, deben armonizar con ella ya que la legislación debe ser interpretada conforme a lo establecido en la norma constitucional<sup>12</sup>. Siguiendo esa línea, la configuración del Derecho Penal en el ordenamiento jurídico peruano está dada de modo que se encuentra al servicio de la convivencia pacífica y de la libertad de los individuos y, en base a ello, define ciertas

---

<sup>10</sup> El Tribunal Constitucional ha reconocido que el Perú tiene un modelo de Estado Constitucional de Derecho en los siguientes expedientes: Exp. 00014-2003-AI/TC, Exp. 00014-2006-AI/TC, Exp. 0011-2002-AI/TC, Exp. 00015-2008-AI/TC, Exp. 00579-2008-AA/TC, Exp. 00895-2001-AA/TC, Exp. 04677-2004-AA/TC, Exp. 00032-2010-AI/TC, Exp. 02068-2008-HC/TC, Exp. 06167-2005-HC/TC, Exp. 01084-2005-HC/TC, Exp. 07039-2005-HC/TC, Exp. 02724-2006-HC/TC, Exp. 00010-2002-AI/TC, Exp. 03509-2009-HC/TC, Exp. 01871-2009-HC/TC, Exp. 03197-2008-HC/TC, Exp. 02005-2009-AA/TC, Exp. 05559-2009-HC/TC, Exp. 06167-2005-HC/TC, Exp. 00003-2006-AI/TC, Exp. 03741-2004-AA/TC, Exp. 00025-2005-AI/TC, Exp. 00156-2012-HC/TC, Exp. 03668-2009-AA/TC, Exp. 00013-2009-AI/TC, Exp. 00535-2009-AA/TC, Exp. 00005-2007-AI/TC, Exp. 00006-2008-AI/TC, Exp. 03593-2006-AA/TC, Exp. 00085-2008-AA/TC, Exp. 00081-2008-AA/TC, Exp. 01363-2002-AA/TC, Exp. 02669-2000-HC/TC, Exp. 01999-2009-HC/TC, STC 0008-2003-PI/TC, Exp. 00858-2003-AA/TC, Exp. 00024-2009-AI/TC, Exp. 02730-2006-AA/TC, Exp. N° 04747-2007-PHC/TC, Exp. 04747-2007-HC/TC, Exp. 00012-2011-AI/TC, Exp. 00007-2012-AI/TC, Exp. 01939-2011-AA/TC, Exp. No 05854-2005-PA/TC, Exp. 00286-2008-HC/TC, Exp. 00006-2009-AI/TC, Exp. 02061-2011-AA/TC, Exp. 04944-2011-AA/TC, Exp. 03891-2011-AA/TC, Exp. 00037-2009-AI/TC, Exp. 07566-2005-AA/TC, Exp. 5942-2006-PA/TC, Exp. 02113-2007-HC/TC, Exp. 01807-2011-AA/TC, Exp. 02250-2007-AA/TC, Exp. 05976-2006-AA/TC, Exp. 05396-2005-AA/TC, Exp. 03361-2004-AA/TC, Exp. 00004-2006-AI/TC, Exp. 01438-2008-AA/TC, Exp. 02250-2007-AA/TC, Exp. 08495-2006-AA/TC, Exp. 09851-2006-AA/TC, Exp. 05976-2006-AA/TC, Exp. 1941-2002-AA/TC, Exp. 00002-2008-AI/TC, Exp. 00012-2006-AI/TC, Exp. 05255-2008-HC/TC, Exp. 00008-2010-AI/TC, Exp. 00043-2007-AA/TC, Exp. 00021-2009-AI/TC, Exp. 00012-2006-AI/TC, Exp. 00002-2005-AI/TC, Exp. 05396-2005-AA/TC.

<sup>11</sup> El primer artículo de la Constitución Política del Perú señala que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

<sup>12</sup> El artículo 138° de la norma constitucional precisa que en caso de incompatibilidad o colisión entre una norma constitucional y una norma legal, los operadores judiciales preferirán la constitucional dado que la legal tiene rango inferior de jerarquía.

conductas como delitos y establece la imposición de penas o medidas de seguridad a los infractores<sup>13</sup>.

Actualmente, en la búsqueda de un sistema jurídico eficiente y/o garantista en el marco del proceso penal, se aprecian serias trasgresiones a los derechos fundamentales y garantías procesales de los justiciables. Una de dichas trasgresiones, la cual es la problemática a tratar en el presente trabajo, consiste en la aplicación de la tesis de la desvinculación (conocida antiguamente como determinación alternativa) en el proceso penal. Esta figura procesal habilita al órgano decisor (juez) para subsanar, corregir y variar (o recalificar) la calificación primigenia debido a un error notorio (o deficiente calificación) de parte del órgano acusador (fiscal).

Respecto a la figura procesal materia de análisis, el 17 de agosto del año 2004, mediante el Decreto Legislativo número 959, se incorporó el artículo 285-A al Código de Procedimientos Penales<sup>14</sup>, mediante el cual aparece la aplicación de la tesis de la determinación alternativa o la desvinculación de la calificación jurídica. Asimismo, con la implementación del Nuevo Código Procesal Penal, dicha figura se mantuvo, siendo el inciso 1 de su artículo 374° el que señala la posibilidad de la recalificación jurídica de los hechos que fue considerada (de manera errónea) por el Ministerio Público<sup>15</sup>. En ese sentido, el juez deberá informarle al fiscal y al imputado<sup>16</sup> sobre dicha posibilidad de modo que las partes procesales se pronunciarán de manera expresa sobre la tesis planteada por el magistrado y, de acuerdo a su criterio, propondrán nueva prueba. Así,

---

<sup>13</sup> MEINI Méndez, Iván. Lecciones de Derecho Penal- Parte General. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015, pp.25-27.

<sup>14</sup> Artículo 285-A.- Sentencia y Acusación, Modificación de la calificación penal.

2. En la condena, no se podrá modificar la calificación jurídica del hecho objeto de la acusación, salvo que la Sala previamente haya indicado al acusado esta posibilidad y concedido la oportunidad para defenderse, y siempre que la nueva calificación no exceda su propia competencia. El acusado tiene derecho a solicitar la suspensión de la audiencia para preparar su defensa e incluso -si resultara pertinente y necesario- a ofrecer nuevos medios de prueba. El término de suspensión de la audiencia en ambos casos no excederá el fijado por el artículo 267°.

<sup>15</sup> Artículo 374°.- Poder del Tribunal y Facultad del Fiscal

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

<sup>16</sup> El Tribunal Europeo considera que brindarle información tanto de los cargos como de la modificación de la calificación jurídica que el tribunal puede adoptar es un prerequisite esencial para asegurar la justicia el proceso justo (Caso Pélissier y Sassi vs. Francia).

en caso la defensa técnica del imputado no se encuentre preparada debido a esta variación de la calificación jurídica de los hechos, puede darse la suspensión de la audiencia hasta por un plazo de cinco días, brindándole así un tiempo prudente para que plantee una nueva estrategia procesal (haciendo uso de su efectivo ejercicio del derecho de defensa).

El fundamento de la tesis de la desvinculación es complejo y la interpretación jurisprudencial hizo mucho más complicado el tema. Por un lado, un sector de la doctrina comparada relaciona la tesis de la desvinculación con el prejuzgamiento y considera que no existe prejuzgamiento del fallo definitivo sobre las conclusiones de la acusación y la defensa debido a que el magistrado tiene la posibilidad de someter a debate de las partes los aspectos de la calificación jurídica relacionados con el error observado. Por otro lado, otro sector de la doctrina tiene la postura que la norma no es una excepción sino una corroboración del principio acusatorio y que, en ningún caso, puede modificarlo o variarlo<sup>17</sup>. En igual situación se encuentra el Perú debido a que una posición en minoría está en contra de dicha figura mientras que, por mayoría, viene aplicándose la tesis de la desvinculación procesal penal.

De esta manera, al no haber consenso, *prima facie*, respecto a la cuestión planteada, se presenta así el debate jurídico entre dos ideologías jurídicas: el garantismo o la eficacia en el proceso penal. Al respecto, Pico I Junoy señala que “el garantismo exacerbado puede originar la ineficacia del proceso y la eficacia extrema puede propiciar la vulneración de las garantías básicas de la actividad del juez— con su deber de imparcialidad- y de las partes— con sus derechos a la defensa”<sup>18</sup>. En otros términos, no puede existir la jerarquización de uno sobre el otro dado que el garantismo sin eficacia no es aceptable y la eficacia del proceso sin garantismo es inadmisibles.

Por tanto, el pensamiento jurídico que será tomado en consideración en la presente investigación será en que ambas tendencias (garantismo y eficacia) son complementarias y que debe preferirse la armonización y la compatibilidad entre ambas, a partir de la cual se desea obtener la eficacia en el proceso con pleno respeto de las garantías procesales del juez y de las partes procesales.

---

<sup>17</sup> DE LA OLIVA, A., ARAGONESES, S., HIMOJOSA, R., MUERZA, J. & TOMÉ, J. Derecho Procesal Penal. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2002, quinta edición, pp. 511-530.

<sup>18</sup> PICÓ I, Junoy Joan. “El Derecho Procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado”. ET URBE IUS, Volumen 1, pps. 55-59.



En base a lo expuesto en las líneas precedentes, y teniendo en cuenta los criterios de la finalidad garantista-eficaz en el proceso penal, así como la interpretación conforme a la Constitución (postpositivismo), el presente trabajo apunta a determinar cuál es la justificación constitucional de la figura de la desvinculación en el proceso penal. Para ello, responderemos dos interrogantes: la primera versa acerca de si se encuentra justificado constitucionalmente, bajo el argumento fáctico de la no impunidad del hecho ilícito, de la no satisfacción y de la reparación del daño a la víctima, que a una persona imputada, de haber cometido determinado delito, se le desvincule procesalmente de la pretensión procesal punitiva, construida inicialmente por el fiscal, debido a que no se logró acreditar el tipo penal atribuido; y, la segunda trata sobre si se encuentra justificado constitucionalmente, bajo el argumento fáctico de la no impunidad del hecho ilícito, de la no satisfacción y de la reparación del daño a la víctima, que a una persona imputada pueda atribuírsele una nueva pretensión (alternativa a la primera atribuida por el fiscal) correspondiente a una nueva figura penal del mismo bien jurídico del tipo penal establecido inicialmente. A través de las respuestas a dichas cuestiones, demostraremos que no existe razón de existencia de la figura de la desvinculación procesal dado que vulnera y transgrede los derechos fundamentales y las garantías procesales del imputado en el marco del proceso penal peruano (de índole garantista).

Para cumplir dicho objetivo, se examinarán el modelo actual del proceso penal peruano, la figura de la desvinculación procesal penal y su incompatibilidad. Asimismo, también se analizarán a profundidad las bases teóricas de los tres sujetos procesales intervinientes en todo proceso penal iniciado por la comisión de cualquier delito de acción pública<sup>19</sup>; es decir, aquellos principios penales y constitucionales que son la base y el cimiento de los órganos involucrados en el proceso penal (Ministerio Público<sup>20</sup> y Poder Judicial<sup>21</sup>) y aquellos derechos fundamentales y las garantías procesales que respaldan y protegen al imputado<sup>22</sup>. Recordemos que, de acuerdo al postpositivista Prieto Sanchís, detrás de cada precepto legal, se adivina siempre una norma

---

<sup>19</sup> Recordemos las modalidades de ejercicio de la acción penal: (i) para los delitos de acción pública, el ejercicio lo tiene el Ministerio Público en régimen de monopolio (en virtud del *ius puniendi*); y, (ii) para los delitos de acción privada, el legislador le ha otorgado la acción exclusivamente al ofendido.

<sup>20</sup> El principio acusatorio y la imputación necesaria.

<sup>21</sup> La imparcialidad judicial y respeto de las garantías del debido proceso.

<sup>22</sup> El debido proceso, el derecho a la contradicción, el derecho al plazo razonable, la presunción de inocencia, el derecho de defensa y la igualdad de armas.

constitucional que lo confirme o lo contradice<sup>23</sup>. Finalmente, se realizará el test de proporcionalidad (método de la ponderación judicial para resolver un caso particular) entre los principios, derechos fundamentales o garantías procesales que se encuentren en contraposición con la finalidad de determinar la incompatibilidad de la figura de la desvinculación procesal en el proceso penal garantista peruano y, sobretodo, en un Estado Constitucional de Derecho como el nuestro.

## II. EL ESTADO DE DERECHO Y EL PROCESO PENAL

Para un mejor entendimiento, en este momento, hablaremos de manera general de los sujetos intervinientes en el proceso penal iniciado por acción pública: el Ministerio Público<sup>24</sup>, el Poder Judicial<sup>25</sup> y el imputado<sup>26</sup>.

En primer lugar, el Ministerio Público<sup>27</sup> es un organismo autorizado por la norma constitucional<sup>28</sup> para sancionar, en ejercicio del *ius puniendi* (facultad sancionadora del Estado), a todo aquel ciudadano que haya cometido un hecho ilícito penal. En todo proceso penal, el funcionario público representante del Ministerio Público es el fiscal. Asimismo, de acuerdo a su propia Ley Orgánica, el Ministerio Público es el titular de la acción penal pública, la cual realiza de oficio, a pedido de la parte agraviada o por acción popular y en todos esos casos debe continuar con su misión: investigar la comisión de un hecho ilícito penal de tal manera que no quede impune el delito ni libre el infractor de la norma penal.

En segundo lugar, el Poder Judicial es un organismo autorizado por la Constitución Política del Perú<sup>29</sup> para administrar justicia siguiendo los parámetros de la Constitución y de las leyes. El representante del Poder Judicial en un proceso será siempre el juez. En

---

<sup>23</sup> BERNAL Pulido, Carlos. El neoconstitucionalismo y la normatividad del Derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 80-81.

<sup>24</sup> El principio acusatorio y la imputación necesaria.

<sup>25</sup> El principio *iura novit curia* y la imparcialidad judicial.

<sup>26</sup> El debido proceso, la presunción de inocencia, el derecho de defensa y la igualdad de armas.

<sup>27</sup> Mediante el Decreto Legislativo N° 052, se elaboró la Ley Orgánica del Ministerio Público. De acuerdo al primer artículo de dicha ley orgánica, el Ministerio Público es el organismo autónomo del Estado que tiene como funciones principales las siguientes: (i) la defensa de la legalidad; (ii) los derechos ciudadanos y los intereses públicos; (iii) la representación de la sociedad en juicio (para los efectos de defender a la familia, a los menores e incapaces y el interés social); y, (iv) velar por la moral pública, la persecución del delito y la reparación civil. De otro lado, este organismo también velará por la prevención del delito y por la independencia de los órganos judiciales y la recta administración de justicia y las demás que se encuentren señalados en la Constitución Política del Perú y el ordenamiento jurídico.

<sup>28</sup> Artículo 158° de la Constitución Política del Perú.

<sup>29</sup> Artículo 138° de la Constitución Política del Perú.

ese sentido, el juez debe adoptar una decisión judicial en un caso en donde se determine la existencia de responsabilidad penal de una persona acusada por el Ministerio Público.

En tercer lugar, el imputado es aquella persona que se encuentra siendo procesada porque existe sospecha razonada que cometió un hecho ilícito penal.

En resumen, ordenando a los tres sujetos procesales mencionados, podemos señalar que en el marco de todo proceso penal: primero, el fiscal realiza la subsunción del hecho, esto es, considera cuál es el tipo penal que se le corresponde al imputado por los hechos que realizó; y, luego, en base a dicho tipo penal, el juez determina la existencia o no de la responsabilidad penal imputado para el caso concreto.

Ahora bien, respecto al concepto del Estado de Derecho, podemos señalar que recibe dicha denominación aquella organización política de la vida social sujeta a procedimientos regulados por ley en el cual los actos del Estado están limitados estrictamente por un marco jurídico supremo guiados por el principio de legalidad y el respeto absoluto de los derechos fundamentales. En un ordenamiento jurídico de un Estado de Derecho, la corriente jurídica del positivismo jurídico tiene el predominio ya que, de acuerdo a éste, se entiende al Derecho como conjunto de normas creadas o modificadas mediante actos humanos e identificables mediante criterios ajenos a la moral<sup>30</sup>.

En ese sentido, al tratarse de un Estado de Derecho, el proceso penal peruano tenía un modelo caracterizado por el inquisitivismo. El Código de Procedimientos Penales de 1940 establecía que el objeto de la instrucción era la reunión de la prueba de la realización del delito, de las circunstancias en que se ha perpetrado y de sus móviles, determinando así a los autores y cómplices de los hechos ilícitos penales<sup>31</sup>. En otras palabras, la función del juez era la de investigar y juzgar a la vez, tratándose así de un juez inquisitivo, lejos de ser garantista (denominación que adoptamos en la actualidad). Adicionalmente a ello, el Ministerio Público no tenía parámetros que pudiesen establecer o determinar los plazos de investigación de delitos y, por dicha razón, las investigaciones se realizaban de forma ilimitada, transgrediendo así los derechos fundamentales y las garantías procesales de los imputados.

---

<sup>30</sup> PRIETO Sanchís, Luis. El constitucionalismo de los derechos. Madrid: Editorial Trotta, 2017, primera edición, pps. 312.

<sup>31</sup> Artículo 72° del Código de Procedimientos Penales.

En cuanto a la aparición de la figura de la desvinculación en el proceso penal peruano, como se mencionó al inicio del presente trabajo, el 17 de agosto del año 2004, mediante el Decreto Legislativo número 959, se incorporó el artículo 285-A al Código de Procedimientos Penales<sup>32</sup>, mediante el cual aparece la aplicación de la tesis de la determinación alternativa o la desvinculación de la calificación jurídica. Así, observamos que se trataba de un proceso penal de índole inquisitivo en donde no existía una cultura jurídica de pleno respeto de los derechos fundamentales y de las garantías procesales de los operadores (judiciales y fiscales) al darse una suerte de preponderancia de la eficacia sobre el garantismo en el proceso penal.

En razón de todo ello, se considera que, conforme a la globalización, la teoría del derecho debió cambiarse y evolucionar de tal forma el positivismo perdió fuerza y, con ello, el Estado de Derecho también. Así, la cultura jurídica que adquirió la predominancia jurídica fue la del neoconstitucionalismo (o el postpositivismo) ya que era concebida como la mejor opción para revestir de garantismo en todo el ordenamiento jurídico. En cuanto al proceso penal peruano, la adopción de dicha cultura jurídica fue importante para la implementación del Nuevo Código Procesal Penal ya que la norma procesal anterior era una norma procedimental que violaba los derechos fundamentales y las garantías procesales del imputado.

### **III. EL TRÁNSITO AL GARANTISMO DEL PROCESO PENAL**

Con anterioridad, hablamos que en un Estado de Derecho los accionares de los operadores del Ministerio Público y del Poder Judicial atentaban contra los derechos y las garantías del procesado. En ese sentido, al ya adoptarse el modelo del Estado Constitucional de Derecho en donde los principios penales que son el cimiento de dichos sujetos respetarán lo establecido en la norma constitucional. Hoy, gracias al Estado Constitucional de Derecho, se habla del principio acusatorio y la imputación necesaria para el caso del Ministerio Público. En torno al Poder Judicial, en el presente se observan los principios del *iura novit curia* y la imparcialidad judicial. En cuanto al

---

<sup>32</sup> Artículo 285-A.- Sentencia y Acusación. Modificación de la calificación penal.

2. En la condena, no se podrá modificar la calificación jurídica del hecho objeto de la acusación, salvo que la Sala previamente haya indicado al acusado esta posibilidad y concedido la oportunidad para defenderse, y siempre que la nueva calificación no exceda su propia competencia. El acusado tiene derecho a solicitar la suspensión de la audiencia para preparar su defensa e incluso -si resultara pertinente y necesario- a ofrecer nuevos medios de prueba. El término de suspensión de la audiencia en ambos casos no excederá el fijado por el artículo 267°.

imputado, se presentan las garantías del debido proceso, la presunción de inocencia, el derecho de defensa y la igualdad de armas.

Respecto al Ministerio Público, explicaremos en qué consisten estos cimientos (la imputación necesaria y el principio acusatorio) que respaldan a la institución encargada de acusar a los infractores de la norma penal con la finalidad de sancionarlos por el injusto cometido.

En primer lugar, la imputación necesaria es una manifestación de los principios de legalidad y de defensa procesal, y encuentra su fundamento en el principio de imputación necesaria en el artículo 14 numeral 3 literal a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la interpretación de los artículos 2º inciso 24 literal d) y 139º inciso 14 de la norma constitucional peruana.

El Tribunal Constitucional ha señalado que la imputación necesaria o concreta es entendida como la presentación precisa y puntual de los cargos, que requiere de un análisis minucioso de modo que permita el desarrollo de un juicio razonable para evitar la carencia de fundamento probatorio y jurídico penal<sup>33</sup>. Por otro lado, la Corte Suprema ha precisado que la imputación necesaria define con exactitud a los hechos en los que se basa el Ministerio Público para atribuirle al imputado la comisión del hecho delictivo.

La imputación de cargos no sólo tiene que contener la descripción de la conducta atribuida, las circunstancias de la conducta, el grado de intervención atribuida, el aparato probatorio, la calificación jurídica sino que, además, establecerá la distinción entre los autores que ostentan el dominio del hecho o infringen el deber institucional y los partícipes, cómplices o instigadores que lesionan el bien jurídico de modo accesorio<sup>34</sup>. En otras palabras, para una apropiada imputación, es menester que el relato no tenga inexactitud ni desorden de la acción u omisión que se atribuye al imputado y que sí señale las circunstancias de modo, tiempo y lugar que lo ubiquen en el mundo de los hechos.

Asimismo, la imputación necesaria tiene dos propósitos en el sistema penal: el garantista y el estratégico. Mientras que el propósito garantista permite el ejercicio pleno y adecuado del derecho de defensa (el derecho de información al ciudadano

---

<sup>33</sup> Fundamento 40 de la STC N° 8123-2005-PH/TC, Fundamento 3 de la STC N° 7357-2006-PHC/TC y Fundamento 9 de la STC N° 1132-2007-PHC/TC.

<sup>34</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LIMA. Recurso de Nulidad N° 946-2011- UCAYALI.

acerca de los cargos que pesan en su contra), el propósito estratégico conduce las acciones de los sujetos procesales (los actos de investigación, las preguntas y la evaluación de pruebas actuadas). En atención al propósito garantista, es importante señalar que el binomio imputación-derecho de defensa presenta un lazo indisoluble en virtud de que el nacimiento de la condición de imputado implica la adquisición del derecho de defensa ya que la garantía del derecho de defensa aparece, de forma inmediata y automática, a partir del momento en el cual se le imputan cargos a una persona<sup>35</sup>. Por ende, es necesaria la imputación, desde el primer momento, porque encarrila toda la pretensión y lo que se busca es cautelar las garantías de la defensa procesal.

De otro lado, la Corte Suprema ha precisado<sup>36</sup> que el fiscal puede consignar tipificaciones alternativas al hecho investigado siempre y cuando se señalen los motivos de tal calificación debido a la existencia de la garantía de defensa procesal<sup>37</sup>, la que se divide en los “derechos instrumentales” (derecho a la asistencia de abogado, utilización de medios de prueba pertinente, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable) y los “derechos sustanciales” (presupuestos básicos de su debido ejercicio como la comunicación detallada de la imputación formulada contra el imputado). Asimismo, se establece la existencia de la audiencia de formulación de imputación, en la cual el magistrado tiene la potestad de corregir y subsanar la imputación plasmada cuando el fiscal incumple notoriamente con precisar con exactitud los hechos que conllevan a la imputación de los cargos penales.

En segundo lugar, el principio acusatorio hace énfasis en la pretensión punitiva que impondrá una sanción penal, medida de seguridad y/o consecuencia accesoria a aquel individuo que haya cometido una conducta antijurídica, típica y culpable. En ese sentido, la acusación fiscal es de naturaleza pública ya que es propio del Ministerio Público y tiene como fundamento a la pretensión punitiva.

---

<sup>35</sup> ASENCIO Mellado, José María. Derecho Procesal Penal: Estudios Fundamentales. Lima: pp. 489-503.

<sup>36</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Acuerdo Plenario 02-2012/CJ-116. Fecha: 26 de marzo del 2012.

<sup>37</sup> Artículo IX del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal.

Acerca de este punto, la Corte Suprema ha referido<sup>38</sup> que la formulación de la acusación fiscal es una expresión del principio acusatorio y consiste en el relato fáctico en donde se indican las circunstancias de hecho que permiten calificar la conducta en un tipo legal distinto en caso éstas no resulten probadas en el juicio. El fundamento de este principio se basa en la pretensión penal con el propósito de la imposición de la sanción penal a todo aquel infractor penal que haya cometido un hecho delictivo.

De otro lado, los elementos integrantes del principio acusatorio son: i) no puede existir proceso sin acusación fiscal y que debe ser formulada por persona distinta a quien va a juzgar; ii) no cabe condena por hechos distintos de los reflejados en la acusación ni a persona distinta de la acusada; y, iii) la imparcialidad del juzgador<sup>39</sup>. En esa línea, el ejercicio de la pretensión acusatoria del fiscal permite que el derecho de defensa del justiciable se garantice al tener conocimiento de aquellas circunstancias de hecho (de modo, tiempo y espacio) y de derecho que sustentan el requerimiento del fiscal.

El Tribunal Supremo Español en lo Penal indica que el principio acusatorio tiene vigencia tanto en el desarrollo del juicio como durante la instrucción y, por ello, es presupuesto básico del proceso penal y se encuentra unido al derecho de defensa<sup>40</sup>. Asimismo, el mismo tribunal establece la doble función del principio acusatorio en base a la decisión del órgano de juzgamiento: (i) el derecho a la imparcialidad judicial, porque el juzgador debe limitarse a lo dispuesto en la acusación de modo que exista correlación entre la acusación y la sentencia, y puede existir condena por un delito distinto sólo si es homogéneo y no es más grave; y, (ii) el derecho de defensa, puesto que se presentan las exigencias del previo conocimiento y del tiempo suficiente para la preparación de la defensa y, con tan sólo la introducción de otros cargos, se estaría perjudicando al imputado.

Por tanto, la acusación fiscal, según el principio acusatorio<sup>41</sup>, cumple un rol muy importante en el proceso penal debido a que, a partir de un minucioso análisis de todos los elementos obtenidos durante la etapa preliminar, se da paso a la imputación concreta

---

<sup>38</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Acuerdo Plenario 6-2009/CJ-116. Fecha: 13 de noviembre del 2009.

<sup>39</sup> GÓMEZ Colomer, Juan. El Tribunal penal internacional: investigación y acusación. Valencia: Tirant monografías, 2003, pps. 41-46.

<sup>40</sup> TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL EN LO PENAL. Sentencia N° 590/2004. Fecha: 06 de mayo de 2004.

<sup>41</sup> SÁNCHEZ Velarde, Pablo. Código Procesal Penal Comentado. Lima: IDEMSA, 2013, pp. 346-349.

en contra del imputado, determinando así el tipo penal, los elementos probatorios y las consecuencias jurídicas (pena, medidas de seguridad y/o consecuencias accesorias).

Respecto al Poder Judicial, describiremos en qué radican los principios *iura novit curia* y la imparcialidad judicial dado que el rol del juez ha cambiado con la implementación del Nuevo Código Procesal Penal del 2004. Como se dijo, la nueva función del magistrado es la de director de debate y, de acuerdo a lo establecido en la Casación N° 328-2012-Ica, se precisa que el juez debe ser garantista de los derechos fundamentales del procesado.

En primer lugar, el principio *iura novit curia* se encuentra establecido en el Código Civil, Código Procesal Civil y Código Procesal Constitucional<sup>42</sup>, y hace referencia a la obligación que tiene el juez de aplicar la norma jurídica pertinente aunque no haya sido invocada en la demanda. De acuerdo a este principio, se presume el conocimiento del Derecho aplicable por parte del juez. Por ello, se hace referencia a que el principio *iura novit curia* es garante para las partes procesales ya que el juez no puede apartarse y excusarse aduciendo ignorancia<sup>43</sup>.

El *iura novit curia* hace referencia a la libertad que tiene el juez para decidir la norma jurídica que, de acuerdo a su criterio, proporciona la solución al conflicto entre las partes procesales, las cuales no poseen capacidad alguna para incidir en la decisión del magistrado<sup>44</sup>. De ese modo, pueden presentarse errores u omisiones y, en virtud de este principio, se le faculta al juez para dotar de un fundamento normativo diverso a los hechos alegados por las partes<sup>45</sup>. El fundamento de este principio radica en el principio de igualdad de las partes procesales ya que si las decisiones judiciales son adoptadas conforme a criterios jurídicos distintos, se rompería la “uniformidad del juicio”<sup>46</sup>.

El Tribunal Constitucional ha establecido que el magistrado tiene la facultad y el deber de identificar aquella norma jurídica que servirá de fundamento a la pretensión

---

<sup>42</sup> Artículos: VI del Título Preliminar del Código Civil; VII del Título Preliminar Código Procesal Civil; y, VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

<sup>43</sup> CALVINHO, Gustavo. Estudios procesales. Enfoque sistemático pro-homine. Lima: Editorial San Marcos, 2008, pp.71.

<sup>44</sup> EZQUIAGA Ganuzas, Francisco. *Iura novit curia* y aplicación judicial del Derecho. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2000, pp. 24.

<sup>45</sup> AFOJASCERO. El *iura novit curia* y sus (necesarios) límites: a propósito de la variación del régimen de la responsabilidad civil. Consulta: 26 de mayo de 2017. <https://afojascero.com>

<sup>46</sup> ORMAZABAL Sánchez, Guillermo. *Iura novit curia*: la vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda. Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 84.



solicitada a pesar que no se encuentre establecida de manera expresa en la demanda; en otras palabras, gracias a este principio, el juez subsanará el error de derecho cometido por la parte demandante<sup>47</sup>.

Nieva Fenoll y Montero Aroca sostienen que la aplicación del Derecho conocido por el Juez no se encuentra supeditado a lo que digan las partes sino que se establecen límites (los cuales son dos criterios para la aplicación de esta figura) a los siguientes: los hechos (en virtud de su inmutabilidad) y el principio de homogeneidad del bien jurídico<sup>48</sup>. Siguiendo dicha postura, la Corte Suprema peruana ha precisado, en el fundamento 12 del Acuerdo Plenario N° 4-2007/CJ-116, la exigencia la homogeneidad del bien jurídico afectado representa una limitación al principio *iura novit curia* ya que se expresan conductas estructuralmente semejantes.

En segundo lugar, en el sistema penal acusatorio, el juez deberá ser imparcial y neutral y no puede tener injerencia en el proceso. Éste sólo debe resolver en virtud de los hechos, los fundamentos jurídicos y las pruebas aducidas por las partes procesales, observando teniendo en cuenta una actitud pasiva y distante durante la práctica del material probatorio<sup>49</sup>.

Ferrajoli<sup>50</sup> sostiene que la aplicación del principio de la imparcialidad judicial en el ámbito del proceso penal se realiza de manera diferente ante un proceso penal acusatorio y uno que es inquisitivo.

Por un lado, señala que, en el proceso penal acusatorio, existe un juez pasivo que se encuentra rígidamente separado de las partes procesales y que el juicio es una contienda entre partes iguales. De esta manera, a la parte que acusó le corresponde la carga de la prueba y, en contraposición a ella, se presenta la defensa técnica del imputado. Finalmente, el juez juzgará según su libre convicción. De otro lado, el proceso penal inquisitivo es aquel sistema procesal donde el juez actúa de oficio y tiene la función de

---

<sup>47</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO. Expediente N° 05652-2007-PA/TC. Sentencia: 06 de noviembre de 2008.

<sup>48</sup> LEGIS.PE “¿Puede el juez condenar por un delito no postulado en la acusación fiscal?”. Consulta: 05 de junio de 2017. En: <http://legis.pe/puede-el-juez-condenar-por-un-delito-no-postulado-en-la-acusacion-fiscal-legis-pe/>.

<sup>49</sup> ORMAZABAL Sánchez, Guillermo. *Iura novit curia: la vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda*. Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 83.

<sup>50</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal (traducción española)*. Madrid: Trotta, 1997, segunda edición, pp.564.

buscar, recolectar y valorar las pruebas obtenidas. Como consecuencia de ello, se limita el principio de contradicción y el derecho de defensa del imputado.

Asimismo, toda decisión judicial se elabora a partir de una operación compleja denominada por Taruffo como “la construcción del caso”. En esta construcción, el juez formula problemas y busca respuestas, procediendo por grados, por hipótesis y controles en el análisis de los hechos, de las normas y de sus posibles conexiones. Durante todo el proceso de dicha construcción, en el proceso penal acusatorio y garantista, ningún juez podrá intervenir de oficio ya que ello implica una ruptura del principio de igualdad de armas entre las partes procesales<sup>51</sup>.

Respecto al imputado, teniendo en cuenta que el rasgo principal del Estado Constitucional de Derecho es el pleno respeto de la norma constitucional sobre otras normas. La protección de los derechos fundamentales y las garantías procesales del imputado recogidos en ella es una exigencia de parte de los operadores judiciales y fiscales. Por ello, explicaremos en qué consisten la garantía del debido proceso, la presunción de inocencia, el derecho de defensa y la igualdad de armas.

En primer lugar, la regulación del derecho al debido proceso se encuentra tanto en el ámbito nacional como internacional. Mientras que la Constitución Política del Perú en el inciso 3 de su artículo 139° presente la observancia del debido proceso, el respeto de este derecho se encuentra consagrado en el artículo 8° de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) y en el artículo 14° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).

El derecho al debido proceso consiste en el derecho humano que tiene toda persona que se encuentra inmerso dentro de un proceso (en este caso un proceso penal) a que se le brinden garantías mínimas. , no hace alusión a la “efectividad” de la tutela jurisdiccional de manera taxativa sino que se habla de ello porque el Perú ha firmado tratados internacionales que sí reconocen eso<sup>52</sup>. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es una garantía constitucional y es el presupuesto de la existencia de un Estado Constitucional de Derecho bajo la forma de límites al ejercicio del poder estatal.

---

<sup>51</sup> EZQUIAGA Sánchez, Francisco. *Iura novit curia* y aplicación judicial del Derecho. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2000, pp. 85.

<sup>52</sup> El artículo 8° de la Declaración Universal de Derechos Humanos hace alusión a que toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

Para realizar una definición cierta del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, es imprescindible tener en consideración el término “técnicas procesales idóneas”. Ello se da debido a que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva hace referencia a que en todo proceso se deben brindar las técnicas procesales idóneas a los justiciables para una efectiva tutela de los derechos materiales<sup>53</sup>.

Obando Blanco considera que el derecho al debido proceso es un derecho público y subjetivo por el que toda persona, por el sólo hecho de serlo, en tanto sujeto de derechos, está facultada a exigirle al Estado la tutela jurídica plena<sup>54</sup>. De esa manera, este atributo subjetivo responde a la necesidad de que el proceso cumpla realmente con sus fines a los que está llamado a cumplir en la medida que el proceso supone el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado.

De acuerdo a Monroy Gálvez, debido a la importancia social del proceso, su finalidad es ser un “instrumento para consolidar un sistema social sin injusticias, con seguridad jurídica y, por cierto, con paz social”<sup>55</sup>; sin embargo, Cavani Brian considera que esta concepción teleológica sólo considera el aspecto mediato de la finalidad del proceso, en vista que de manera inmediata, éste se dirige a “otorgar protección a la persona, haciendo valer la *juridicidad*”<sup>56</sup>.

Ahora bien, es necesario recordar que, durante el desarrollo del proceso penal, el juez aplica el Derecho luego de un debate jurídico entre las partes procesales, las cuales deben encontrarse en igualdad de armas y, en ningún momento, debe existir trasgresión al derecho de contradicción (defensa procesal) de alguna de ellas.

En segundo lugar, la presunción de inocencia, *a priori*, es entendida como aquella condición jurídica de la persona que se está exenta de cualquier responsabilidad penal. Así, la presunción de inocencia<sup>57</sup> plantea la responsabilidad penal de correlación y

---

<sup>53</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva. Lima: Palestra, Biblioteca de Derecho Procesal N° 5, 2007, pp. 201-236.

<sup>54</sup> Roberto Obando Blanco en su clase de “Tutela Jurisdiccional Efectiva y Debido Proceso” en el Programa de Segunda Especialidad en Derecho Procesal.

<sup>55</sup> MONROY Gálvez, Juan. Teoría general del proceso. Lima: Communitas, 2009, pp. 392.

<sup>56</sup> CAVANI Brian, Renzo. “Comentario al artículo III del Código Procesal Civil”. En: Gaceta Jurídica, Tomo I, 2016, pp. 41.

<sup>57</sup> La presunción de inocencia se encuentra regulada en el ámbito internacional en los siguientes instrumentos internacionales: el artículo 11° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el inciso 2 del artículo 14° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el inciso 2 del artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Asimismo, también se encuentra

actuación a la que se encuentran sometidos las autoridades estatales, los medios de comunicación masiva y la ciudadanía, de considerar y tratar como inocente a una persona siempre y cuando no se dicta en su contra una sentencia condenatoria dentro de un proceso penal.

De esta forma, la presunción de inocencia se aplica a todo acto de poder público en el cual se busca el castigo de una conducta. Sin embargo, el hecho que no se le reconozca la responsabilidad, no significa que este deba ser tratado o catalogado como culpable sino todo lo contrario ya que, al no demostrarse mediante pruebas o indicios, se preserva su inocencia.

El Tribunal Constitucional, en el caso Samuel Gleiser Katz<sup>58</sup>, estableció dos cosas: primero, que la investigación fiscal o judicial de una persona exige la existencia de una causa probable y; segundo, que la investigación fiscal o judicial de una persona implica el lapso de razonabilidad para tal actividad; ergo, proscribire la dilación carente de justificación. Asimismo, el máximo intérprete de la norma constitucional también ha establecido que “el derecho a la presunción de inocencia es una garantía que tiene como fin posibilitar el adecuado ejercicio del derecho de la defensa, elemento básico para asegurar un debido proceso, y el principio de equidad de armas que debe existir en todo proceso, sea este de carácter administrativo o judicial”<sup>59</sup>.

El respeto al derecho a la presunción de inocencia exige igualmente que el Estado fundamente y acredite, de manera clara y motivada, según cada caso concreto, el motivo por el cual se adopta la decisión judicial. En caso no existan elementos suficientes de convicción respecto de la responsabilidad penal del imputado, la presunción de inocencia pesará más y el imputado deberá ser declarado inocente.

Por consiguiente, la condición de ser imputado no implica ser culpable de algún delito que se le impute sino que se presume su inocencia hasta que el Ministerio Público prueba a través de material probatorio (sea prueba directa o indirecta) que el procesado realmente cometió algún hecho ilícito penal.

---

regulado a nivel nacional en el numeral e) del inciso 24 del segundo artículo de la Constitución Política del Perú.

<sup>58</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO. Expediente N° 05228-2006-PA/TC. Sentencia: 15 de febrero del 2007.

<sup>59</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO. Expediente N° 06817-2008-AA/TC. Sentencia: 04 de setiembre del 2009.

En tercer lugar, el derecho de defensa, en el ámbito nacional, se establece en el inciso 14 del artículo 139° de la Constitución Política del Perú y alude a que todo acusado<sup>60</sup> de un delito penal tiene derecho a defenderse ante un tribunal de justicia de los cargos que se le imputan con plenas garantías de igualdad e independencia, en otras palabras, no puede ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. En el ámbito internacional, el derecho a la defensa forma parte de las garantías judiciales que toda persona debe tener y se encuentra establecido en los siguientes instrumentos internacionales: la Declaración Universal de Derechos Humanos (en el artículo 11° de la DUDH), la Convención Americana de Derechos Humanos (en el literal b del inciso 2 del artículo 8° de la CADH) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (el inciso 3 del artículo 14° del PIDCP).

De otro lado, el debido proceso y el respeto del derecho de defensa en cualquier tipo de procedimiento se vinculan dado que “la sanción, dentro de un proceso adecuado, sólo puede imponerse luego de conceder al interesado la oportunidad de ejercer su derecho de defensa”<sup>61</sup>. Justamente, este vínculo tiene que ver con las garantías judiciales de la CADH porque no existiría el debido proceso si no hubiese cumplimiento de las mismas ni tampoco respeto al derecho de defensa.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), órgano judicial de la Organización de Estados Americanos (OEA), señala que deben cumplirse las condiciones que protejan y aseguren la adecuada defensa de los derechos y obligaciones que se encuentren bajo consideración judicial:

“(…) al referirse a las garantías judiciales o procesales consagradas en el artículo 8 de la Convención, esta Corte ha manifestado que en el proceso se deben observar todas las formalidades que sirvan para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho”<sup>62</sup>.

El Tribunal Constitucional Peruano ha precisado que, cuando el imputado tiene impedimento del ejercicio de medios legales suficientes para su defensa, los resultados

---

<sup>60</sup> Persona natural, física o jurídica o de algún colectivo que recibe una incriminación de ser responsable de alguna conducta antijurídica de cualquier tipo.

<sup>61</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-980/10. Fecha: 01 de diciembre del 2010.

<sup>62</sup> Corte IDH. Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú. Demanda de Interpretación de la Sentencia de Fondo y Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 128. párr. 132. Citando Caso Herrera Ulloa, párr. 147; Caso Maritza Urrutia, párr. 118; y Caso Myrna Mack Chang, párr. 20 2.

son la trasgresión del derecho de defensa y el estado de indefensión en el que se encuentra el justiciable<sup>63</sup>. Además, ha determinado la doble dimensión del derecho de defensa: (i) la dimensión material, en aras de garantizar el contenido constitucionalmente protegido, implica el derecho a la defensa del acusado al ejercicio de su propia defensa desde que conoce la atribución de la comisión de un hecho ilícito penal; y, (ii) dimensión formal, en pro de evitar un estado de indefensión del imputado, involucra el derecho a una defensa técnica<sup>64</sup>.

Por consiguiente, se tiene que, como consecuencia de la trasgresión al derecho de defensa, la indefensión es concebida como la negación de la tutela judicial efectiva puesto que se encuentra ligada con el principio de inviolabilidad de la defensa que sostiene que las oportunidades de defensa del imputado no deben presentar anulación o restricción total o parcial.<sup>65</sup>

En cuarto lugar, el principio de igualdad de armas, regulado en el numeral 3 del primer artículo del Título Preliminar del Código Procesal Penal, reconoce un trato procesal igualitario entre las partes del proceso penal. De ese modo, las partes intervinientes en el proceso tienen sus propias funciones y, en razón a ello, una parte no debe asumir las funciones correspondientes a otras<sup>66</sup>.

En el caso de la ruptura, esto es, desequilibrio de los medios de igualdad, se produce una indefensión en la parte contraria. El Tribunal Constitucional Español exige el cumplimiento de los principios de contradicción, audiencia e igualdad de las partes o equilibrio procesal intersubjetivo. De esta manera, se debe garantizar que todas las partes tengan las mismas posibilidades de ataque y defensa y no existan cargas desiguales en el proceso (las partes deben tener la potestad de aportar todos los elementos de hecho y de derecho que sirvan a su defensa)<sup>67</sup>.

---

<sup>63</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO. Expediente N° 0582-2006-PA/TC. Sentencia: 13 de marzo del 2006.

<sup>64</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO. Expediente N.° 1323-2002-HC/TC, Expediente N° 1919-2006-PHC/TC y Expediente N.° 6260-2005-PHC/TC.

<sup>65</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. Sentencia N° 237/1991. Fecha: 12 de diciembre del 1991.

<sup>66</sup> REYNA Alfaro, Luis Miguel. Manual de Derecho Procesal Penal. Lima: Instituto Pacífico, 2015, primera edición, pp. 50.

<sup>67</sup> RIFÁ, J., RICHARD, M. y RIAÑO, I. Derecho procesal penal. Navarra: Instituto Navarro de Administración Pública, 2006, pp. 40-41.

El Tribunal Constitucional peruano ha precisado que, cuando el imputado tiene impedimento del ejercicio de medios legales suficientes para su defensa, los resultados son la trasgresión del derecho de defensa y el estado de indefensión en el que se encuentra el justiciable<sup>68</sup>. Además, ha determinado la doble dimensión del derecho de defensa: (i) la dimensión material, en aras de garantizar el contenido constitucionalmente protegido, implica el derecho a la defensa del acusado al ejercicio de su propia defensa desde que conoce la atribución de la comisión de un hecho ilícito penal; y, (ii) la dimensión formal, en pro de evitar un estado de indefensión del imputado, involucra el derecho a una defensa técnica<sup>69</sup>.

Como consecuencia de la ruptura de la igualdad de armas (la trasgresión al derecho de defensa), la indefensión es concebida como la negación de la tutela judicial efectiva puesto que se encuentra ligada con el principio de inviolabilidad de la defensa que sostiene que las oportunidades de defensa del imputado no deben presentar anulación o restricción total o parcial<sup>70</sup>.

La ruptura de la igualdad no debería darse a menos que exista un motivo justificante válido (fundado en razones objetivas, razonables y justas). Aquí, es donde entra el concepto de razonabilidad y se aplicará de manera adecuada sólo si se concreta en otro más específico: el de proporcionalidad.

En esa línea, es relevante el significado del principio de razonabilidad:

“En el caso concreto del principio de igualdad, el principio de razonabilidad significa que: **(i)** un trato desigual no vulnera ese principio solo si se demuestra que es adecuado para el logro de un fin constitucionalmente válido **(ii)** necesario ya que no existe un medio menos oneroso en términos del sacrificio de otros principios constitucionales para el fin; **(iii)** proporcionado, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y principios (dentro de los cuales se encuentra el principio de igualdad) que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato”<sup>71</sup>.

El principio de igualdad de armas procesales forma parte de la garantía del debido proceso y se complementa con el principio de contradicción ya que se presenta la

<sup>68</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO. Fundamento 3 del Expediente N° 0582-2006-PA/TC. Sentencia: 13 de marzo del 2006.

<sup>69</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO. Expediente N.º 1323-2002-HC/TC, Expediente N.º 1919-2006-PHC/TC y Expediente N.º 6260-2005-PHC/TC.

<sup>70</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. Sentencia N° 237/1991. Fecha: 12 de diciembre del 1991.

<sup>71</sup> FIERRO Méndez, Heliodoro. Manual de Derecho Procesal Penal. Bogotá: Editorial Leyer, Tomo I, pp. 405-411.

exigencia de la debida conducta de parte de los operadores judiciales, a partir de la cual, no debe existir desventaja para el procesado. En otras palabras, la condición de ser imputado no implica un trato desigual o diferenciado sino que deberá ser igual para evitar una situación de desventaja o vulnerabilidad: los mismos derechos, posibilidades, obligaciones y cargas, y la inexistencia de ciertas preferencias o privilegios en contra o a favor de alguna de las partes procesales<sup>72</sup>.

Finalmente, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado respecto a la importancia del principio de igualdad de armas, estableciendo que<sup>73</sup>: (i) éste requiere que a cada una de las partes en un proceso se le ofrezca una “posibilidad razonable de presentar su causa en condiciones que no le coloquen en una posición desventajosa con respecto a su oponente”; (ii) los jueces deben evitar la existencia de desequilibrios y limitaciones que perjudiquen a las partes procesales al ponerlos en una situación de indefensión o vulnerabilidad; y, (iii) “el principio de igualdad de armas es una de las características del concepto más amplio de juicio justo que también incluye el derecho fundamental a la contradicción del proceso penal”.

#### **IV. ¿ES COMPATIBLE LA DESVINCULACIÓN PROCESAL CON EL MODELO PROCESAL PENAL GARANTISTA?**

En el Perú, el juez tiene la potestad de modificar la calificación jurídica del hecho imputado siempre y cuando se le informe a la parte acusada dicha posibilidad y, además de ello, se le conceda la oportunidad para ejercer apropiadamente su derecho de contradicción (derecho de defensa). A dicha facultad de subsanación o corrección de la incorrecta imputación establecida por el órgano acusador se le conoce como la tesis de la desvinculación procesal.

Actualmente, no existe consenso respecto a que la figura de la desvinculación procesal. Un sector de la doctrina relaciona la tesis de la desvinculación con el prejuzgamiento y considera que no existe prejuzgamiento del fallo definitivo sobre las conclusiones de la acusación y la defensa debido a que el magistrado tiene la posibilidad de someter a debate de las partes los aspectos de la calificación jurídica relacionados con el error observado. Por otro lado, otro sector de la doctrina tiene la postura que la norma no es

---

<sup>72</sup> SAN MARTÍN Castro, César. Derecho Procesal Penal: Lecciones. Lima: INPECCP y CENALES, 2015, Primera Edición, pp. 65-67.

<sup>73</sup> TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. (i) Caso Kress vs. Francia; (ii) Caso Jasper vs. Reino Unido; y, (iii) Caso Zahirović contra Croacia.



una excepción sino una corroboración del principio acusatorio y que, en ningún caso, puede modificarlo o variarlo<sup>74</sup>.

En el Perú, una posición en minoría está en contra de dicha figura mientras que, por mayoría, viene aplicándose dicha tesis. La Corte Suprema de Justicia del Perú ha referido, en el Acuerdo Plenario 4-2007/CJ-116, la observancia y la importancia del principio acusatorio y del de contradicción. El primer principio alude a que la Fiscalía (Ministerio Público) es el órgano encargado de fijar el objeto del proceso penal (hecho punible) y el segundo se sustenta en que la actuación de las partes tendrá el derecho de defenderse. Adicionalmente a ello, en virtud del principio de contradicción y del derecho de defensa, el Tribunal puede plantear de oficio la tesis de desvinculación en dos supuestos habilitados: nueva tipificación e incorporación de circunstancias agravantes. Dicha tesis solamente se plantea cuando se trate de tipos legales homogéneos (modalidades distintas pero relacionadas dentro de la tipicidad penal) y es necesario informarle a la parte procesada lo que significa ello para, luego, concederle las oportunidades de emitir pronunciamiento al respecto y de aportar nuevas pruebas (ejercicio del derecho de contradicción como sustento del derecho de previo conocimiento de los cargos)<sup>75</sup>.

En cuanto a la jurisprudencia nacional, la Corte Suprema ha precisado, en la Casación N° 659-2014, que de existir el *error iuris* en la aplicación del derecho material al realizar la operación de subordinación de los hechos objeto de imputación (juicio de tipicidad defectuoso), se debe subsanar ello mediante la figura de la desvinculación procesal. Para ello, existen ciertos requisitos o criterios para su aplicación: (i) la homogeneidad del bien jurídico tutelado; (ii) la inmutabilidad de los hechos y las pruebas; (iii) la preservación del derecho de defensa; y, (iv) la coherencia entre los elementos fácticos y normativos para realizar la correcta adecuación al tipo penal<sup>76</sup>.

---

<sup>74</sup> DE LA OLIVA, A., ARAGONESES, S., HIMOJOSA, R., MUERZA, J. & TOMÉ, J. Derecho Procesal Penal. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2002, quinta edición, pp. 511-530.

<sup>75</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Acuerdo Plenario 4-2007/CJ-116. Fundamentos 9, 11 y 12. Fecha: 12 de noviembre del 2007.

<sup>76</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Casación N° 659-2014. Fecha: 10 de mayo del 2016.

Adicionalmente a ello, se ha establecido un quinto criterio para la aplicación de la figura de la desvinculación procesal: la favorabilidad<sup>77</sup>.

De otro lado, mediante la Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 737-2017-Junín, la Corte Suprema ha puesto énfasis en la importancia del conocimiento de la modificación de la calificación penal ya que se le concede la oportunidad para ejercer de manera propicia su derecho a la defensa. En dicho proceso, la desvinculación aplicada por el magistrado penal no fue advertida a la defensa técnica del procesado; es decir, no se le brindó previamente al acusado la oportunidad de defenderse en conformidad con las exigencias de la norma legal. Como consecuencia de ello, se recortó y se limitó el derecho de defensa, impidiéndole solicitar la suspensión para la preparación de su presentación de los medios probatorios y la fundamentación pertinente. Es decir, se afectó el debido proceso por la indebida desvinculación del tipo penal que realizó la Sala Penal Superior debido a que no hubo debate contradictorio respecto a la variación del tipo penal<sup>78</sup>.

En cuanto al Derecho Comparado, en España, la tesis de la desvinculación del órgano jurisdiccional, establecida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículo 733° LECRIM), discute la tesis jurídica de la acusación ya que se presenta un error en la calificación jurídica del hecho delictivo.

El Tribunal Constitucional Español y el Tribunal Supremo Español en lo Penal han considerado que el principio acusatorio no soporta la imputación de un nuevo enjuiciamiento por los mismos hechos delictivos y, por ello, la calificación errónea realizada por el fiscal parecería inmodificable. Ambos tribunales consideraron que ello implicaría impunidad debido a que no existe facultad para acusar nuevamente luego de haber descubierto el error del acusador al calificar jurídicamente el hecho delictivo. De esta manera, consideran que la tesis de la vinculación debe ser practicada de *ultima ratio* porque se trata de una excepción al principio acusatorio toda vez que se exige la correlación entre la acusación y la sentencia (principio de congruencia procesal)<sup>79</sup>.

---

<sup>77</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Recurso de Nulidad N° 3424-2013-Junín.

<sup>78</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN LO PENAL. Ejecutoria Suprema de fecha 10 de julio de 2017, recaída en el Recurso de Nulidad N° 737-2017-Junín.

<sup>79</sup> Sentencias del Tribunal Constitucional Español N° 104/1986 y 17/1988 y Sentencia del Tribunal Supremo Español en lo Penal N° 6241.

Respecto a jurisprudencia internacional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>80</sup> ha reconocido la calificación jurídica del juez, permitiendo así la modificación de ella en la sentencia teniendo en cuenta el requisito de la homogeneidad delictiva; sin embargo, también ha limitado la modificación en la sentencia en el aspecto que no puede ser usada para introducir ampliaciones de hechos<sup>81</sup>.

Acerca de los pronunciamientos que se encuentran a favor de la aplicación de la desvinculación procesal, es relevante tener en cuenta que el derecho humano es caracterizado por ser evolutivo y los argumentos emitidos por los tribunales irán cambiando conforme a la globalización también. Por ello, debido a que han transcurrido un tiempo prudente, habría que reexaminar si los tribunales sostienen aún la misma posición o si la han cambiado en función de la contextualización y del garantismo de los derechos humanos que se predica tanto a nivel mundial.

Como se dijo anteriormente, el planteamiento de la tesis de la desvinculación procesal ocasiona la oportunidad de defenderse y de debatir contradictoriamente aquello que, por no hallarse en las calificaciones, no se hubiera tenido ocasión de defender y debatir. En razón de ello, se presentan una serie de exigencias legales y presupuestos materiales en la norma procesal.

De acuerdo al artículo 397° del Código Procesal Penal, se hace mención a la correlación entre la acusación y la sentencia en el sentido que no se puede modificar la calificación jurídica del hecho objeto de la acusación o su ampliatoria salvo que el juez penal haya cumplido y respetado el numeral del artículo 374°. En otras palabras, da la posibilidad de realizar la subsanación del error cometido por el órgano acusador solamente cuando se haya informado a las partes que se daría paso a la aplicación de la tesis de la desvinculación procesal. El motivo de ello es que debe respetarse el derecho de defensa y el principio de contradicción del procesado; por ello, al brindarle la oportunidad a la defensa técnica del procesado para solicitar la suspensión de la audiencia para realizar una nueva estrategia procesal, se efectiviza la protección de los derechos fundamentales del procesado (efectividad del ejercicio del derecho de defensa) conforme está establecido en el literal c) del artículo 2° de la Convención Americana de Derechos

---

<sup>80</sup> TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Caso Colak y Tsakiridis vs. Alemania; Caso De Salvador Torres vs España; y, Caso Pélissier y Sassi vs Francia.

<sup>81</sup> DEL RIO Ferretti, Carlos. "Los poderes de resolución y calificación jurídica en la doctrina jurisprudencial del tribunal europeo de derechos humanos: paralelismos con la situación chilena". En: Revista Derecho, 2009, Volumen 22, N° 1, pp. 203-233.

Humanos (CADH). De esa manera, a pesar que exista una posición mayoritaria de los jueces, no se puede aplicar la desvinculación procesal si es que antes no le concede el derecho de defensa y de contradicción (irrenunciabilidad de la garantía de la defensa procesal)<sup>82</sup>.

De esta manera, se puede interpretar que dos presupuestos materiales de la desvinculación procesal son los siguientes: (i) cuando se trata de procesos iniciados por supuesto delito público que excluye a lo privado; y, (ii) cuando el hecho criminal haya sido calificado con manifiesto error bien sea porque el tipo penal no es el idóneo o por la no concurrencia de una eximente.

Asimismo, la Corte Suprema ha establecido, en la Casación N° 659-2014, que de existir el *error iuris* en la aplicación del derecho material al realizar la operación de subordinación de los hechos objeto de imputación (juicio de tipicidad defectuoso), se debe subsanar ello mediante la figura de la desvinculación procesal. En razón de ello, existen ciertos requisitos o criterios para su aplicación: (i) la homogeneidad del bien jurídico tutelado; (ii) la inmutabilidad de los hechos y las pruebas; (iii) la preservación del derecho de defensa; y, (iv) la coherencia entre los elementos fácticos y normativos para realizar la correcta adecuación al tipo penal<sup>83</sup>. Adicionalmente a estos criterios, se ha establecido un quinto para la aplicación de la figura de la desvinculación procesal: la favorabilidad<sup>84</sup>.

De otro lado, en el Acuerdo Plenario 4-2007/CJ-116, la Corte Suprema ha señalado que en virtud del principio de contradicción y del derecho de defensa, el Tribunal puede plantear de oficio la tesis de desvinculación en dos supuestos habilitados (nueva tipificación e incorporación de circunstancias agravantes). Se realizará la aplicación de la figura procesal para ambos supuestos cuando se cumplan con las siguientes exigencias: (i) existan tipos legales homogéneos (modalidades distintas pero relacionadas dentro de la tipicidad penal); y, (i) se informe a la parte procesada la aplicación de la desvinculación procesal para, luego, concederle la oportunidad de

---

<sup>82</sup> El literal c) del artículo 2° de la Convención Americana de Derechos Humanos hace referencia a una de las garantías mínimas que debe tener toda persona imputada de un delito: la concesión de un tiempo razonable y de los medios adecuados para preparar su defensa de la mejor manera posible.

<sup>83</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Casación N° 659-2014. Fecha: 10 de mayo del 2016.

<sup>84</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Recurso de Nulidad N° 3424-2013-Junín.

emitir pronunciamiento al respecto y de aportar nuevas pruebas (ejercicio del derecho de contradicción como sustento del derecho de previo conocimiento de los cargos)<sup>85</sup>.

Una vez examinada la figura de la desvinculación procesal adoptada en el Nuevo Código Procesal Penal, se observa la incompatibilidad con el modelo del Estado Constitucional de Derecho ya que, recordando la importancia del principio acusatorio y de la imputación necesaria: el Ministerio Público será el único operador que tendrá la función de atribuirle a una persona la comisión de un determinado delito, delito que corresponde a un tipo penal; y, sin una imputación, el imputado no puede ser condenado porque ello afectaría la garantía al debido proceso.

De otro lado, teniendo en cuenta el principio de igualdad de armas procesales y la garantía del debido proceso, la pretensión punitiva establecida por el Ministerio Público debe ser una sola y ella no debe cambiar de ninguna manera. Asimismo, teniendo en cuenta el principio de imparcialidad del magistrado y tratándose de que el rol del juez ha cambiado y ya no se trata de uno inquisitivo sino el de ser director de debates, no se aceptaría el argumento fáctico de la no impunidad del hecho ilícito, de la no satisfacción y de la reparación del daño a la víctima para aceptar la tesis de la desvinculación en el proceso penal.

## **V. CONCLUSIONES**

- La transformación del Estado legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho implica el desplazamiento de la primacía de la ley a la supremacía de la Constitución. Hoy en día, el Estado Constitucional del Derecho concibe como fundamentos a la dignidad y a la defensa de los derechos fundamentales de la persona. Asimismo, recordemos que la Constitución Política del Perú del año 1993 establece que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y el Estado tiene la obligación de proteger y respetar sus derechos fundamentales.
- La protección de los derechos fundamentales y las garantías procesales del imputado recogidos en ella es una exigencia de parte de los operadores judiciales y fiscales. En ese sentido, no existe justificación constitucional para que exista la figura de la desvinculación en el modelo actual del proceso penal ya que se contravienen los derechos y las garantías procesales del imputado.

---

<sup>85</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Acuerdo Plenario 4-2007/CJ-116. Fundamentos 9, 11 y 12. Fecha: 12 de noviembre del 2007.

- No existe una doctrina uniforme respecto a la figura de la desvinculación en el proceso penal. Por un lado, existen quienes establecen que es necesario porque la finalidad del proceso penal es la no impunidad del hecho, la búsqueda de la verdad y la satisfacción de la víctima. Por otro lado, hay quienes sostienen que ello puede ser correcto, pero también hacen mención a que las fallas de parte del órgano acusador no pueden recaer en el procesado. En ese sentido, sería injusto que se le condene a un imputado cuando no se realizó una adecuada imputación porque hubo una deficiente investigación de parte del fiscal.
- Es cierto que existen pronunciamientos de los tribunales a favor de la aplicación de la desvinculación procesal; sin embargo, el derecho humano es caracterizado por ser evolutivo y, en función de ello, los argumentos emitidos dichos órganos judiciales deben cambiar conforme a la globalización, la contextualización y el garantismo de los derechos humanos que se predica tanto a nivel mundial.
- En el pasado, la razón de existencia de la figura de la desvinculación en el proceso penal fue la ineficacia y la deficiencia de parte del Ministerio Público al momento de atribuir una adecuada imputación. Quizás, pueda existir complejidad en el caso; empero, actualmente, existen plazos de investigación en los cuales el fiscal puede cumplir adecuadamente su misión. Los tiempos han cambiado y, hoy en día, ya no existe el rasgo característico del proceso penal antiguo: el inquisitismo.
- El inquisitismo ha sido un mal que ocasionó serias transgresiones a los derechos fundamentales y a las garantías procesales del procesado. Actualmente, en el Perú, se presencia el modelo garantista luego de la implementación del Nuevo Código Procesal Penal. A través de ello, debe existir la eficacia de parte del Ministerio Público y el garantismo brindado de parte del Poder Judicial. Sólo así habrá un pleno respecto de aquellas garantías mínimas que todo ciudadano posee en el marco de un proceso penal.
- La aplicación del principio de la imparcialidad judicial en el ámbito del proceso penal se realiza de manera diferente ante un proceso penal acusatorio y uno que es inquisitivo. En el proceso penal acusatorio, existe un juez pasivo que se encuentra rígidamente separado de las partes procesales y que el juicio es una contienda entre partes iguales. En sentido contrario, el proceso penal inquisitivo era aquel sistema procesal donde el juez actuaba de oficio y tenía la función de buscar, recolectar y

valorar las pruebas obtenidas. Como consecuencia de ello, se limitaba el principio de contradicción y el derecho de defensa del imputado.

- En el marco del Estado Constitucional de Derecho y con el Nuevo Código Procesal Penal, el rol del juez ha variado de modo que su nueva función es la de dirigir el debate y, de acuerdo a lo establecido en la Casación N° 328-2012-Ica, el juez debe ser garantista de los derechos fundamentales del procesado.
- En la “construcción del caso”, el juez formula problemas y busca respuestas, procediendo por grados, por hipótesis y controles en el análisis de los hechos, de las normas y de sus posibles conexiones. Durante todo el proceso de dicha construcción, en el proceso penal acusatorio y garantista, ningún juez podrá intervenir de oficio ya que ello implica una ruptura del principio de igualdad de armas entre las partes procesales.
- El Ministerio Público, en virtud de la imputación necesaria y del principio acusatorio, cumple un rol importante dado que la imputación de cargos no sólo tiene que contener la descripción de la conducta atribuida, las circunstancias de la conducta, el grado de intervención atribuida, el aparato probatorio, la calificación jurídica sino que, además, establecerá la distinción entre los autores que ostentan el dominio del hecho o infringen el deber institucional y los partícipes, cómplices o instigadores que lesionan el bien jurídico de modo accesorio. En otras palabras, para una apropiada imputación, es menester que el órgano acusador sea eficaz y diligente porque el relato fáctico no debe tener inexactitud ni desorden de la acción u omisión que se atribuye al imputado y, además, se debe señalar las circunstancias de modo, tiempo y lugar que lo ubiquen en el mundo de los hechos. Recordemos que la figura de la desvinculación procesal aparece dados los constantes errores de parte del órgano acusador.
- La condición de ser imputado no implica un trato desigual o diferenciado, sino que deberá ser igual para evitar una situación de desventaja o vulnerabilidad: los mismos derechos, posibilidades, obligaciones y cargas y la inexistencia de ciertas preferencias o privilegios en contra o a favor de alguna de las partes procesales.

## VI. BIBLIOGRAFIA UTILIZADA

### Libros:

1. ASECIO Mellado, José María. Derecho Procesal Penal: Estudios Fundamentales. Lima.
2. ATIENZA Rodríguez, Manuel. Enseñanza del Derecho y Argumentación Jurídica. En: Academia de la Magistratura, pp. 9.
3. BERNAL Pulido, Carlos. El neoconstitucionalismo y la normatividad del Derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pps. 516.
4. CAVANI Brian, Renzo. “Comentario al artículo III del Código Procesal Civil”. En: Gaceta Jurídica, Tomo I, 2016, pp. 41.
5. CALVINHO, Gustavo. Estudios procesales. Enfoque sistemático pro-homine. Lima: Editorial San Marcos, 2008, pp.71.
6. DE LA OLIVA, A., ARAGONESES, S., HIMOJOSA, R., MUERZA, J. & TOMÉ, J. Derecho Procesal Penal. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2002, quinta edición.
7. DEL RIO FERRETTI, Carlos. “Los poderes de resolución y calificación jurídica en la doctrina jurisprudencial del tribunal europeo de derechos humanos: paralelismos con la situación chilena”. En: Revista Derecho, 2009, Volumen 22, N° 1
8. EZQUIAGA Ganuzas, Francisco. *Iura novit curia* y aplicación judicial del Derecho. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2000, pp. 24.
9. FIERRO-MÉNDEZ, Heliodoro. Manual de Derecho Procesal Penal. Bogotá: Editorial Leyer, Tomo I.
10. GÓMEZ Colomer, Juan Luis. El Tribunal penal internacional: investigación y acusación. Valencia: Tirant monografías, 2003.
11. MEINI Méndez, Iván. Lecciones de Derecho Penal- Parte General. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015.
12. MONROY Gálvez, Juan. Teoría general del proceso. Lima: Communitas, 2009, pp. 392.
13. MONTERO Aroca Juan, GÓMEZ Colomer Juan Luis, MONTÓN Redondo, Alberto y BARONA Vilar Silvia. Derecho Jurisdiccional III Proceso Penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.
14. ORMAZABAL Sánchez, Guillermo. *Iura novit curia*: la vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda. Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 84.



15. PICÓ I, Junoy Joan. “El Derecho Procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado”. ET URBE IUS, Volumen 1.
16. REYNA Alfaro, Luis Miguel. Manual de Derecho Procesal Penal. Lima: Instituto Pacífico, 2015, primera edición.
17. RIFÁ, J., RICHARD, M. y RIAÑO, I. Derecho procesal penal. Navarra: Instituto Navarro de Administración Pública, 2006.
18. SÁNCHEZ Velarde, Pablo. Código Procesal Penal Comentado. Lima: IDEMSA, 2013, pps. 860.
19. SANCHÍS, Luis. Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial. Lima: Palestra Editores, pps. 232.
20. SAN MARTÍN Castro, César. Derecho Procesal Penal: Lecciones. Lima: INPECCP y CENALES, 2015, Primera Edición.
21. SENTIS Melendo, Santiago. Estudios de Derecho Procesal. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa- América, 1967.

Normas:

1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ.
2. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES.
3. NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL.

Jurisprudencia:

1. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-980/10. Fecha: 01 de diciembre del 2010.
2. CORTE INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú. Fecha: 25 de noviembre del 2004.
3. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE ARGENTINA. Recurso de inconstitucionalidad recaído en el Expediente N° 690-90. Fecha: 26 de febrero del 1992.
4. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Acuerdo plenario 4-2007/CJ-116. Fecha: 12 de noviembre del 2007.
5. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Acuerdo Plenario 6-2009/CJ-116. Fecha: 13 de noviembre del 2009.

6. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Acuerdo Plenario 02-2012/CJ-116. Fecha: 26 de marzo del 2012.
7. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Casación N° 659-2014. Fecha: 10 de mayo del 2016.
8. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 737-2017. Fecha: 10 de julio del 2017.
9. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Recurso de Nulidad N° 946-2011- UCAYALI.
10. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Recurso de Nulidad N° 3424-2013-Junín.
11. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. Sentencia N° 237/1991. Fecha: 12 de diciembre del 1991.
12. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. Sentencia N° 104/1986. Fecha: 17 de julio del 1986.
13. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. Sentencia N° 17/1988. Fecha: 16 de febrero del 1988.
14. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO. Expediente N° 0582-2006-PA/TC. Sentencia: 13 de marzo del 2006.
15. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO. Expediente N° 05228-2006-PA/TC. Sentencia: 15 de febrero del 2007.
16. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO. Expediente N° 1323-2002-HC/TC. Sentencia: 09 de julio del 2002.
17. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO. Expediente N°1919-2006-PHC/TC. Sentencia: 16 de marzo del 2006.
18. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO. Expediente N° 6260-2005-PHC/TC. Sentencia: 12 de setiembre del 2005.
19. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO. Expediente N° 05652-2007-PA/TC. Sentencia: 06 de noviembre del 2008.
20. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO. Expediente N° 8123-2005-PH/TC. Sentencia: 14 de noviembre del 2005.
21. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO. Expediente N° 7357-2006-PHC/TC. Sentencia: 12 de abril del 2007.
22. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO. Expediente N°1132-2007-PHC/TC. Sentencia: 22 de noviembre del 2007.

23. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO. Expediente N° 06817-2008-AA/TC. Sentencia: 04 de setiembre del 2009.
24. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Caso Colak y Tsakiridis vs. Alemania. Sentencia: 05 de junio del 2009.
25. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Caso De Salvador Torres vs España. Sentencia: 24 de octubre del 1996.
26. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Caso Pélissier y Sassi vs Francia. Sentencia: 25 de marzo del 1999.
27. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Caso Kress vs. Francia. Sentencia: 07 de junio del 2011.
28. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Caso Jasper vs. Reino Unido. Sentencia: 16 de febrero del 2000.
29. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Caso Zahirović contra Croacia. Sentencia: 25 de abril del 2013.
30. TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL EN LO PENAL. Sentencia N° 1986/6241. Fecha: 04 de noviembre del 1986.
31. TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL EN LO PENAL. Sentencia N° 590/2004. Fecha: 06 de mayo del 2004.

Recursos electrónicos:

1. AFOJASCERO. El *iura novit curia* y sus (necesarios) límites: a propósito de la variación del régimen de la responsabilidad civil. Consulta: 26 de mayo de 2017. <https://afojascero.com>
2. LEGIS.PE “¿Puede el juez condenar por un delito no postulado en la acusación fiscal?”. Consulta: 05 de junio de 2017. En: <http://legis.pe/puede-el-juez-condenar-por-un-delito-no-postulado-en-la-acusacion-fiscal-legis-pe/>.