

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Procesal

Título del Trabajo Académico

Desvinculación procesal, camino de regreso al modelo inquisitivo o institución justificada excepcionalmente.

Trabajo Académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho Procesal

AUTOR

José Augusto SERRANO ALVAREZ

ASESOR:

Luciano LOPEZ FLORES

CÓDIGO DEL ALUMNO:

20183647

2018

RESUMEN

La función persecutora del delito desde la constitución del 1979 ha sufrido una modificación sustancial, que empodero el rol del Ministerio Público como director de la investigación, al conducirla desde su inicio, asume su titularidad y la función de si formula o no acusación, lo que traduce y resalta la independencia de funciones dentro del proceso penal (distintas al rol jurisdiccional), adentrándonos al planteamiento del problema, es palmario saber que la desvinculación procesal es la injerencia modificatoria del órgano judicial en la tesis acusatoria fiscal, intromisión que toma sustento en posiciones jurisprudenciales que justifican positivamente su aplicación siempre que se respete al derecho de defensa del imputado, la igualdad de armas *inter partes*, además que sea sometida a un contradictorio. En el presente trabajo explicamos que la aplicación excepcional de la tesis de desvinculación es planteada en búsqueda de la tan ansiada igualdad, pero desde una perspectiva diferente y poco tratada, como es referente a los derechos de la parte material representada por el Ministerio Público (parte procesal). La existencia de justificaciones para la aplicación de la desvinculación, evidencian posturas antagónicas, pues la muestran como la irrupción a las funciones fiscales en clara afrenta de los principios procesales del modelo actual.

En el presente trabajo mostramos que esta institución procesal, tiene un anclaje justificatorio, cuando órgano jurisdiccional ejerza esta facultad que rompe el principio acusatorio, el de independencia y demás principios que erigen el nuevo modelo procesal, cuando advierta que la relación simétrica *inter partes* (a razón de la falla, error, negligencia planteada en la tesis de imputación fiscal-acusación) se convierta en asimétrica, trascendiendo con ello sus efectos al directamente ofendido por el delito-víctima; viraje justificado a fin de restablecer la simetría del proceso penal, pues no olvidemos que el principio de acceso a la justicia -constitucionalmente amparado por cierto- no es de pertenencia del Ministerio Público sino es exclusividad de la víctima.

INDICE

1. Introducción. -----	4
2. Antecedente histórico. -----	6
3. Orientación del proceso penal peruano. -----	6
4. La desvinculación procesal, sinónimo de intromisión en la acusación fiscal. --	10
5. La desvinculación procesal en el artículo 285-A del Código de Procedimiento Penales y el nuevo Código Procesal Penal. -----	11
6. Aplicación excepcional de la desvinculación procesal. -----	19
7. Conclusiones. -----	23
8. Bibliografía. -----	25

1. Introducción

El presente análisis, da cuenta de forma sucinta de las virtudes del nuevo modelo procesal penal promulgado mediante Decreto Legislativo N° 957, el mismo que define tres etapas preclusivas, las cuales de acuerdo al matiz de su tratamiento cumplen funciones específicas para los fines del proceso, la primera es la investigación preparatoria, que tiene por finalidad la obtención de elementos de convicción que permitan al fiscal decidir si formula acusación o no, de ser positiva determinará si la conducta incriminada es delictiva y pasible de reproche punitivo; en la segunda etapa, llamada también intermedia o de saneamiento donde se centra la decisión adoptada por el fiscal a cargo, dentro del cual este puede solicitar el sobreseimiento de la causa (se abstiene de la acción penal, evitando el proceso penal y la imposición de la pena al existir un acuerdo entre imputado y la víctima consigue la reparación del daño causado) o como segunda opción es la de formular acusación, es en este estadio procesal “intermedio” donde se diferencian claramente las funciones de cada actor procesal, refiriéndonos al imputado más su defensa técnica, así como las del representante del Ministerio Público, el agraviado-victima y el Juez como tercero imparcial en el proceso; ya en el corolario del proceso, luego de formular acusación se da paso al Juicio Oral, la bien llamada etapa principal del nuevo proceso penal, que tiene como piedra angular a la acusación fiscal. Es en este momento que existe la intrusión de una institución llamada Desvinculación Procesal, que faculta al órgano jurisdiccional ingresar al terreno acusatorio, en búsqueda de eficiencia y justicia-así entendemos y explicaremos-, que para nuestra posición soslaya diversos principios procesales que erigen el nuevo modelo y el otrora aún vigente Código de Procedimientos Penales de 1940, dispositivos legales que se relacionan umbilicalmente por esta institución, que da vuelta de regreso al modelo antiguo de rasgo inquisitivo.

La norma fundamental marca la orientación de nuestro novedoso sistema procesal penal, el mismo que versa sobre la base de un modelo acusatorio, el cual, de forma clara, independiza las funciones de sus actores. El aún vigente Código de Procedimiento Penales (en adelante C. de PP) y con la entrada del nuevo Código de

Procesal Penal (en adelante nCPP), se instituyen diversos principios procesales que lo estructuran y dinamizan, pero que en posición contraria, también se establece a la institución de la desvinculación procesal, como principio-así conocido (para nuestro gusto excepción facultativa) del órgano jurisdiccional, lo que podremos ver en este trabajo es que dicha intromisión surge de una justificación, la cual entendemos ya más allá de los roles y los principios que el proceso entraña, sino que estos aterrizan no desde la óptica que como comúnmente se ve-su utilización lesionaría principios en contra del imputado, sino por el contrario y por lo visto nada tratado vista su utilización de cara a los intereses y derechos de la víctima, como parte agraviada en los hechos y parte perjudicada ante una mala actuación del Ministerio Público en su acusación, que el órgano jurisdiccional pretende corregir.

La desvinculación procesal o determinación alternativa, se muestra como injerencia judicial a la decisión fiscal, que, como veremos, tiende a afectar los principios procesales que el modelo acusatorio protege – por ello que esta intromisión linda con lo inquisitivo- más aun a razón de la instauración del nCPP; dicha institución también es insertada con la finalidad de dar solución a problemas de deficiencia o mala invocación normativa -refiriéndonos al interés superior a favor del agraviado- dentro del presente análisis de la desvinculación, apreciaremos el contexto histórico de su génesis, así como la postura que tiene el modelo procesal peruano, para posteriormente describir brevemente las funciones de los actores procesales que llamaremos “roles” por un tema práctico, que certifica la independencia marcada -tan anhelada por cierto- entre el Ministerio Público y el Poder Judicial, pero que con esta institución ello entra en clara contraposición con los principios como el acusatorio, congruencia, contradicción, de igualdad de armas, el derecho de defensa y el derecho al debido proceso, lo cual vuelve pasible de críticas respecto de su planteamiento o tesis de “intromisión” por parte del órgano jurisdiccional, pero que luego del análisis podremos proponer que su aplicación excepcional tiene justificación cuando tienda a cautelar los derechos del agraviado, como parte material del proceso, pues como se verá, esta institución se convertirá en la única oportunidad que tiene el órgano jurisdiccional para buscar la tan anhelada “justicia”, no solo de cara a los derechos del imputado, sino bajo la óptica de los derechos conculcados de la víctima, quien también se ve perjudicada con la mala, deficiente o poco precavida actuación del ente acusador.

2. Antecedente histórico

La determinación alternativa –ahora llamada desvinculación procesal como afirma Víctor Prado Saldarriaga– surge a mediados del siglo XIX en Alemania siguiendo el modelo francés de Tribunales de Jurado que tienen como modelo según Novo Pérez, M. (2002: 344)¹ conformado por tres jueces profesionales y un jurado compuesto por ciudadanos extraídos de listas electorales, en principio el Tribunal Supremo Alemán admitió dicha institución jurídica cuando esta se refiera a acciones ejecutivas equivalentes del mismo tipo de delito, para posteriormente ser aplicado de forma extensiva, a hechos disímiles como la tentativa de aborto y la estafa consumada; la embriaguez plena y delito cometido en estado de embriaguez, la complicidad de un asesinato y la omisión de denunciar delitos determinados, fueron empleados en ejercicio de esta institución procesal.

3. Orientación del proceso penal peruano

Nuestra *norma normarum* establece en su inciso 5) del Artículo 139º, que es función del Ministerio Público ejercitar la acción penal, de oficio o a petición de parte; este mismo mandato es reflejo de lo también contemplado en la Carta Magna de 1979, lo cual ubica a nuestro proceso penal dentro de un sistema acusatorio o al menos así lo presenta por cuanto aún se encuentra vigente el C. de PP y el nCPP, con garantías particularmente necesarias para que encuadre dentro de este modelo procesal, lo antes dicho es también refrendado por el Tribunal Constitucional en reiterados

¹ “La Cour d’Assises cuya traducción del francés es-Tribunal de lo Penal, el cual estaba formado por tres jueces profesionales y un jurado compuesto por un número de nueve miembros (primera instancia) a doce ciudadanos (apelación) designados por tres sorteos sucesivos a partir de las listas electorales. Con respecto a su competencia encontramos que, desde el 1 de marzo de 1994, además de delitos penales juzga también sociedades, asociaciones o conjuntamente personas físicas y jurídicas. En el artículo 353 del CPP reza la promesa del jurado “la ley no pide cuentas a los jueces acerca de los medios a través de los cuales resultan convencidos, no les prescribe normas de las que deben hacer depender especialmente la plenitud y suficiencia de una prueba; les prescribe que se pregunten a sí mismos, en medio del silencio y del recogimiento y que busquen, en la sinceridad de su conciencia, la impresión que ha extraído sobre su razón, las pruebas aportadas en contra del acusado y los medios de defensa. La ley solamente les plantea esta única cuestión, que encierra toda la amplitud de sus obligaciones: ¿tiene usted una íntima convicción?”.

pronunciamientos²; como también lo establece la Corte Suprema de Justicia de la República en reiterada jurisprudencia vinculante³.

La evolución de los sistemas procesales penales nos muestra figuras donde la actuación de las partes era fundamental, lo que le daba un carácter eminentemente privado; es el proceso de la antigua Grecia (siglo IV A.C.) y la Roma tradicional, las que fueron consideradas como un proceso acusatorio puro, en las que el juzgador no tenía facultades investigadoras o instructoras. Luego, se llega a un sistema donde el juez era investigador, acusador y sentenciador, llamado sistema inquisitivo modelo instaurado en la Edad Media, ello por la gran influencia de la iglesia católica.

Por último, se sistematiza un modelo acusatorio donde se separa al órgano investigador y acusador del órgano juzgador, recogiendo los principios consagrados en la Revolución Francesa, aunque en ciertas regulaciones perdura con algunos resabios del proceso inquisitivo, como es el caso de nuestro C. de PP y bueno porque no decirlo también este atisbo se esgrime en el nuevo proceso penal peruano como veremos posteriormente, lo mencionado cobra mayor sentido con lo sostenido por MONTERO AROCA, J., (2006: 210) quien señala que el proceso inquisitivo es una *contradictio in terminis* ya que nunca fue y no es un verdadero proceso, sino solamente un sistema de aplicación del derecho penal típicamente administrativo; mientras que hablar de proceso acusatorio es un pleonismo, esto es una redundancia viciosa de palabras, dejando notar que el calificativo “acusatorio” implica ya hablar de un verdadero proceso que se sujeta a los principios de dualidad, contradicción e igualdad.

Al tener presente dicho modelo acusatorio, donde se prepondera la independencia de funciones, es decir el imputado y el fiscal (partes antagónicas) llegan ante la presencia del tercero, que en este caso es el Juez. Hoy gracias a un Estado

²Exp. N° 2005-2006-HC/TC del 13 de marzo del 2006, Exp. N° 1939-2004-HC/TC del 21 de julio del 2005, y el Exp. N° 3390-2005-PHC/TC de agosto del 2005.

³Sentencias RN N° 1874-2006-Callao del 07 de noviembre del 2006; RN N° 278- 2006-Cusco del 04 de diciembre del 2006 y en el RN N° 644-2006-Puno, también del 04 de diciembre del 2006.

Constitucional de Derecho, se habla del principio acusatorio que en palabras de Eugene Florián (2001, Pág. 50) se sintetizaba en una máxima conocida: *judex ne procedat ex officio* (el juez no puede proceder más que a instancia de parte); *nemo judex sine actore* (no hay juez sin actor), *judex ne eat ultra petita partium* (el juez no puede conocer más de lo que pidan las partes); *judex secundum allegata et probata a partibus indicare debet* (el juez debe juzgar según lo alegado y probado por las partes)

Estas máximas expresan las características esenciales que configuran el principio acusatorio, las que pueden sintetizarse en:

- El que juzga no puede acusar. Existe una separación entre el órgano juzgador y el órgano investigador y acusador. En el proceso penal, el Estado se desdobra en dos: por un lado, actúa como juzgador y por otro, actúa como acusador (rol fiscal); así pues, el principio acusatorio exige que el proceso sea iniciado por otro órgano ajeno al judicial; es decir, alguien distinto al titular del derecho a penar.
- Si no existe acusación no hay juicio. Esto resulta siendo el efecto de la anterior característica, pues si nadie sustenta la acusación no puede abrirse un juicio contra la persona del imputado; igualmente si no existe acusación no se podrá condenar a nadie. Sobre el particular el italiano Carnelutti (1971, Pag. 120), analizando el principio acusatorio –al que prefiere llamar principio de imputación– señala que, con este principio la razón y la ley resuelven el paso del procedimiento preliminar al procedimiento definitivo cuando se haya confirmado la sospecha inicial surgida contra una persona. A colación de lo planteado, el mismo Carnelutti (2001, Pag. 62-63) refiere que la imputación es manifestación de un juicio de posibilidad necesaria para proseguir a la fase del debate del proceso y, por tanto, el primer peldaño de la escalera para llegar a un juicio de certeza.

- El órgano acusador fija el objeto del proceso⁴. Este objeto está constituido por los hechos materia de análisis intra proceso, los mismos que son imputados a una persona y que el transcurso del proceso se va perfilando de forma progresiva, pero sin perder su esencia; del mismo modo, estos hechos delimitan la congruencia entre la acusación y la sentencia, es decir que los hechos y elementos propuestos por el fiscal-acusador vinculan al juzgador.
- Respecto de la producción de la prueba es un deber que recae en las partes del proceso. Esta afirmación al combinarse con el principio constitucional se vuelve relativa, debido a que del *in dubio pro reo* es fácil poder concluir que en el proceso penal la prueba de cargo sobre los hechos (que son objeto del proceso), le corresponde su ofrecimiento al acusador-fiscal y que su omisión o insuficiencia de prueba, no obliga en este caso a la parte acusada a desarrollar una efectiva actividad probatoria o a la presentación de pruebas de descargo, pues en este supuesto solamente esperará el fracaso del acusador; a *contrario sensu*, si el fiscal aportó suficiente materia probatorio de cargo, la parte contraria podrá (y establecemos podrá pues es una facultad-a título de potestad) desvirtuar la prueba de cargo, o lo que la técnica jurídica demanda en ocasiones, pues solo le bastará sembrar la duda razonable sobre el criterio del juzgador.
- La prohibición de reforma en peor o llamado también *reformatio in peius*. Es claramente deducible que este contexto referido a la actuación del juez de instancia; sobre esto, se puede afirmar que el órgano jurisdiccional - juez *ad quem*, en segunda instancia, no puede alterar la condena de una persona a un delito más grave que el impuesto en la sentencia que emitió la primera instancia, sin que la parte acusadora también hubiere sustentado esta pretensión.

⁴Se debe aclarar que, en el proceso penal, por lo general existen dos objetos: uno de connotación penal y otro civil. El objeto penal lo fija el acusador; mientras que el civil, que se traduce en una pretensión reparatoria, es fijado por el agraviado, vale decir el sujeto pasivo en el cual recae el daño producto del acto ilícito. Debemos dejar sentado que para el presente análisis cuando hablemos del objeto del proceso penal nos referimos al objeto de naturaleza penal.

4. La Desvinculación Procesal, sinónimo de intromisión en la acusación fiscal.

La desvinculación procesal o como también lo llama Cubas Villanueva (2016; Pág. 585) “correlación entre la acusación y la sentencia”, es el principio procesal que faculta al órgano jurisdiccional apartarse de la calificación jurídica propuesta por el Ministerio Público que fue plasmada en la acusación, siempre que esta surja del debate en el juicio oral y en estricto respeto al principio acusatorio y del derecho de defensa.

La pretensión punitiva está conformada por dos elementos. Uno de ellos es la solicitud de condena y la imposición de una consecuencia jurídica o pena, objeto del cual no es titular el fiscal, pues se tiene que el acusador no tiene un derecho subjetivo, ya que su delimitación es impuesta por el marco normativo vale decir, la ley, limitándose a perseguir un hecho que ha considerado como delito, el cual es exhibido en su acusación escrita que debe ser de conocimiento del acusado-procesado- a fin que no motivar indefensión. El objeto del debate es lo argumentado por este último, fundamentado a base del derecho de defensa, además de ser informado del contenido de la acusación y de los cargos que sopesan contra él, que del estudio doctrinario y de los elementos señalados, se ha fijado que el objeto del proceso (hecho punible) el mismo que tiene como requisitos constitutivos para su procedencia:

- i) Inmutable: se va limitando progresivamente, se va definiendo el hecho mediante el desarrollo de la instrucción.
- ii) Indivisible: el hecho debe conformar el objeto del proceso penal con todas las circunstancias y actos que lo componen.
- iii) Indisponibilidad: las partes no quedan a disposición de los sujetos del proceso, sino que se mantiene incólume.

Pese a la independencia de funciones que hemos venido mostrando en el presente trabajo se instituye la figura de la desvinculación, que tiene por finalidad como otras instituciones jurídicas la búsqueda de un sistema eficiente de justicia, esta tesis de desvinculación habilita al juez corregir, subsanar o recalificar la acusación formulada

por el Ministerio Público debido a una deficiente labor de este último, así también la doctrina lo define en palabras de Gálvez Villegas (2009: Pág. 734) como la posibilidad de una nueva evaluación jurídica de los hechos, debe ser vislumbrada por el juez penal al fiscal y al imputado, frente a ello las partes se pronunciarán expresamente sobre la tesis planteada y de ser el caso propondrán nueva prueba”.

Al respecto podemos plantearnos la siguiente interrogante: ¿la desvinculación procesal viene a ser un principio o una excepción? Sobre el particular, se sabe que el primero de los nombrados se refiere a reglas del más alto nivel de abstracción o generalización, construidas por los sistemas jurídicos en sus procesos históricos. En palabras de Mario Rotondi (1991; Pág. 132) los principios generales son la más alta abstracción existente en todo el complejo de un orden jurídico positivo”. Para Francisco Carnelutti (1991; Pág. 134) los principios estaban dentro del derecho escrito como el alcohol dentro del vino, y representaban el espíritu o la esencia de la ley. Desde el naturalismo Antonio Pagano (1991; Pág. 134) señala que los principios del derecho son principios universales de valor absoluto, dignos de regir la conducta humana en cuanto tal y capaces de gobernar genéricamente todas las relaciones disciplinarias en un sistema jurídico-positivo; como así también lo define Gómez de Liaño y Pérez Cruz (2002; Pág. 127) quienes refieren que los principios del proceso nos posibilitan apreciar la filosofía inspiradora, los criterios generales que orientan el sistema procesal, permitiéndonos comprobar su adecuación o no al denominado “proceso justo”, que en palabras de Monroy Gálvez (1996; Pág. 81) son indispensables para la existencia de un proceso, sin ello carecería de elementos esenciales para ser admitidas las causa como tal. Siguiendo la línea en el tiempo desde el naturalismo los principios son permanentes e inmutables; y del positivismo, responden al ordenamiento jurídico determinado; pero que en ambos casos son reglas generales del más alto nivel de abstracción, por ello podemos inferir que la desvinculación no es un principio, sino más bien una excepción.

5. La desvinculación procesal en el artículo 285º-A del Código de Procedimiento Penales y el nuevo Código Procesal Penal.

La desvinculación procesal o tesis de desvinculación, tiene un carácter complejo, que la doctrina y la jurisprudencia plantean en el intento de justificar su existencia, el primero de ellos con fines académicos y el segundo para sustentar una seuda

eficiencia que el sistema de justicia necesitada, para su subsistencia y legitimidad, pero con un espíritu analítico y no aquiescente, mostraremos que dicha institución procesal no guarda relación congruente con los principios procesales en materia penal, que nuestro nuevo código procesal instituye o como vemos ahora instituye, como “cliché” luego de su vigencia.

Esta institución es recogida en el artículo 374° del nCPP, el mismo que señala la posibilidad de que el Juez penal observe la calificación jurídica de los hechos objeto del debate, que no han sido considerados por el Ministerio Público⁵, es ahora que podemos entender lo siguiente, al no entrar en total vigencia el nuevo modelo procesal (en lo que respecta a la ciudad de Lima, solo vigente en los distritos judiciales de Lima Norte, el Callao y en los delitos que atentan a la administración pública-corrupción de funcionarios); por cuanto aún se encuentra vigente nuestro viejo Código de Procedimiento Penales de 1940, por ello con un ánimo exacerbado de corregir y mantener el mismo orden-inquisitivo entendemos ahora- es que nuestro supremo gobierno emite el Decreto Legislativo N° 959 (posterior por el número 957 que aprobó el nCPP) incorporando en el viejo código –vigente a la fecha– el artículo 285-A⁶ mediante el cual se plantea la tesis de la determinación alternativa.

Traemos a colación lo señalado en el artículo 225° del Código de Procedimientos Penales en su literal 2) el mismo, establece que el escrito de acusación que formule el Ministerio Público debe contener la descripción de la acción u omisión punible y

⁵ 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. (...).

⁶ 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.

las circunstancias que determinen la responsabilidad del imputado, a la vez que la invocación de los artículos pertinentes del Código Penal, esta descripción es *el límite* o marco de referencia del juicio oral-tamaño contradicción-, a lo que el fiscal, en la correspondiente fase decisoria-claro está luego de la parte probatoria-deberá ceñirse cuando formule acusación oral; es así como lo establece el C. de PP en cuanto a que el fiscal en su exposición de los hechos que considere probados en el juicio y en la calificación legal pertinente se mantendrá dentro de los límites fijados por su acusación⁷, este mismo artículo es citado en el fundamento jurídico 6) del Acuerdo Plenario N° 4-2007/CJ-116⁸ que tiene por asunto “Desvinculación procesal. Alcances del artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales” el mismo que en su fundamento 7) de manera incongruente y autoritaria establece que **“Lo expuesto no significa, en modo alguno, que el hecho-acción u omisión punible-descrito en la acusación escrita quede inalterado”** (*el resaltado es nuestro*), fundamento que plasma un punto bisagra a todo lo establecido respecto a las funciones conferidas a los actores procesales en lo que llamamos roles, que marcan líneas independientes en alusión al modelo acusatorio y que desde luego se defienden en el nuevo modelo procesal, lo cual desvirtúa y colisiona con diversos principios procesales como son: el principio acusatorio⁹-al romper el principio que marca la

⁷ Artículo 273.- El Fiscal expondrá los hechos que considere probados en el juicio y su calificación legal, la responsabilidad de los acusados y la civil que afecta a terceros, y todas las consideraciones conducentes a ilustrar al Tribunal; pero manteniéndose dentro de los límites fijados por el escrito de acusación. Concluirá planteando los hechos sobre que debe pronunciarse el Tribunal Correccional, pidiendo la pena que juzgue legal y la indemnización que corresponda.

Estas conclusiones las pasará por escrito al Tribunal.

⁸ La tesis de la desvinculación del órgano jurisdiccional o Desvinculación procesal, en los operadores de justicia ha generado muchas dificultades en su aplicación dentro del vigente procedimiento penal lo que, incluso, ha sido materia de discusión del tema en la: “Desvinculación de la acusación fiscal y el carácter vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional”, plasmada en la segunda ponencia desarrollada en el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal realizado el 11 de diciembre del 2004 realizada en la ciudad de Trujillo; así como también en el Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, del 30 de septiembre del 2005, así como en el Pleno Jurisdiccional Regional realizado en la ciudad de Moquegua, el 15 de octubre del 2006, donde se presentó la ponencia: “Oportunidad de la desvinculación de la acusación fiscal y denuncia fiscal suficiente”. Pronunciamientos que finalmente dieron motivo y origen en la discusión dentro del Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema realizado en Lima el 16 de noviembre del 2007, donde se adoptó el Acuerdo Plenario N° 4-2007/CJ-116.

⁹ La doctrina lo concibe como un criterio fundamentalmente configurador del proceso, en este caso, por cuanto se necesita de una acusación para el inicio del juicio oral y una sentencia de condena, principio recogido en el Art. 356° del nCPP “El juicio es la etapa principal del proceso. Se realiza sobre la base de la

independencia e imparcialidad que su estructura procesal sostiene acorde al marco constitucional vigente, así también afecta al principio de congruencia¹⁰-al no preservar la relación que debe existir entre la acusación y la decisión del juez-sentencia, así también el principio de contradicción¹¹-tras la redacción y proposición

acusación. Sin perjuicio de las garantías procesales reconocidas por la Constitución y los Tratados de Derecho Internacional de Derechos Humanos aprobados y ratificados por el Perú (...)", consistiendo en una potestad del titular del ejercicio del acción penal de formular acusación ante el órgano jurisdiccional; así como lo señala Alberto Bovino "el principio acusatorio es un principio estructural del derecho positivo, de alcance formal en los supuestos de persecución penal pública, este principio tiene por finalidad principal, realizar la garantía de imparcialidad del tribunal, esto es la actuación objetiva del tribunal, limitada a las tareas decisorias que no se comprometen con la hipótesis persecutoria". Así también lo define el Tribunal Constitucional, Exp. N° 2005-2006-PHC/TC, Caso Manuel Enrique Umbert Sandoval, Fundamento 5. "Que la vigencia del principio acusatorio imprime al sistema de enjuiciamiento determinadas características a) Que no puede existir juicio sin acusación, debiendo ser formulada esta por persona ajena al órgano jurisdiccional sentenciador, de manera que, si ni el fiscal ni ninguna de las otras partes posibles formulan acusación contra el imputado, el proceso debe ser sobreseído necesariamente. b) Que no puede condenarse por hechos distintos de los acusados ni a persona distinta de la acusada; c) Que no pueden atribuirse al juzgador poderes de dirección material del proceso que cuestionen su imparcialidad".

¹⁰ El signado principio como garantía de los justiciables contiene ciertas particularidades, el mismo que trae a colación el apartado 6) del artículo 50° del Código Civil que citando su texto dice: "6. Fundamentar los autos y las sentencias, bajo sanción de nulidad, respetando los principios de jerarquía de las normas y el de congruencia". En palabras de Cubas Villanueva "Conforme al ordenamiento procesal civil este principio implica que el Juez no puede ir más allá del petitorio, ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes, y por otro lado la obligación de los magistrados de pronunciarse respecto a todos los puntos controvertidos establecidos en el proceso, a todas las alegaciones efectuadas por las partes en sus actos postulatorios o en sus medios impugnatorios", por lo que el ordenamiento procesal penal, vincula a este principio con la correlación que debe existir entre la acusación y la sentencia. Asimismo, lo ha definido el Tribunal Constitucional en Exp. N° 00402-2006-HC/TC caso Luis Enrique Rojas Alvarez, Fundamento 10, "El principio de correlación o congruencia entre lo acusado y lo condenado, aun cuando expresamente no esté enunciado en la ley procesal especial de la materia, es el límite a la potestad de resolver del órgano jurisdiccional, e impone como sanción la invalidación del acto procesal, de lo cual se infiere no sólo la existencia de la institución, sino también de su importancia".

¹¹ Principio recogido en el Título Preliminar y en el artículo 356° del nCPP, consistente en el control de la actividad procesal de forma recíproca, en base a la oposición de argumentos y razones entre los contendientes sobre las diversas cuestiones introducidas que constituyen su objeto, esta es concretada poniendo en conocimiento de las partes el pedido y los medios de prueba presentados por la parte contraria. Como así lo define Bovino, Alberto (1998, pag.252) "El principio de contradicción rige todo el debate donde se enfrenta intereses contrapuestos y se encuentra presente a lo largo del juicio oral, lo cual permite que las partes tengan: i) El derecho a ser oídas por el tribunal; ii) El derecho a ingresar pruebas; iii) El derecho a controlar la actividad de la parte contraria; y, iv) El derecho a refutar los argumentos que puedan perjudicarlo."; En palabras de Enrique Gimbernat Ordeig y otros (2014, Pág. 674) este principio también es recogido por la justicia procesal penal federal norteamericana, al establecer como sus características i) Las partes son las que investigan, lo que permitirá obtener los medios de prueba que introducirán al juicio oral para que un tercero imparcial que no ha intervenido, quien finalmente decida, ii) este proceso se realiza de forma concentrada, iii) las partes tienen igualdad de oportunidades, y iv) Los actos procesales tienen lugar en una audiencia pública y con la comparecencia de todas las partes.

de la acusación esta es notificada al imputado para las oposiciones y observaciones pertinentes, pero que al nacer una tercera opinión-tesis de vinculación este principio se ve lesionado-entendemos en oportunidades y tiempo, el principio de igualdad de armas¹²-pues el modelo acusatorio brinda “trato igualitario” a las partes dentro del proceso que con la desvinculación procesal se destruye al existir un nuevo pronunciamiento que el Juez introduce, afectándose con ello lo antes mencionado, el derecho de defensa¹³ y el derecho al debido proceso¹⁴.

De lo anteriormente mencionado, se define que, con la tesis de desvinculación procesal el Tribunal puede alterar de oficio la tipificación del hecho punible –título de imputación– que por error de subsunción normativa de parte del Ministerio Público o por la concurrencia de un hecho o circunstancia modificativa específica no comprendida en la acusación resulta como condición para cambiar el título de condena (según lo establece el tercer párrafo del fundamento jurídico 11 del Plenario en mención), el mismo que como hemos mostrado afectan diversos principios

¹² Sostiene San Martini, Cesar, pág. 127 “este principio es fundamental para la efectividad de la contradicción y garantiza que ambas partes procesales gocen de los mismos medios de ataque y de defensa”. Como así lo establece el nCPP en el número 3) del Artículo I, del Título Preliminar “Las partes intervendrán en el proceso con iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la Constitución y en este Código. Los jueces preservarán el principio de igualdad procesal, debiendo allanar todos los obstáculos que impidan o dificulten su vigencia.”, de lo que se desprende que todas las partes de un proceso penal recibirán idéntico tratamiento por parte de los órganos jurisdiccionales. Siendo este principio esencial dentro del esquema acusatorio adversarial, cuyo desarrollo depende de las partes y en el que la imparcialidad del juez está garantizada.

¹³ Derecho contemplado en el norma constitucional (Art. 139, inc. 14) como derecho irrenunciable) que también es contemplado en el Art. IX del Título Preliminar del nCPP que establece que “Toda persona tiene el derecho inviolable e irrestricto a que se le informe de sus derechos, a que se le comunique de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra, y a ser asistida por un abogado defensor de su elección o, en su caso por un abogado de oficio, desde que es citado o detenido por la autoridad”, derecho reconocido por el Tribunal Constitucional en Exp. N° 6260-2005-PHC/TC, Caso Margi Clavo Peralta, Fund.3, derecho que tiene una doble dimensión, la primera, material referido al derecho del imputado a ejercer su propia defensa y la otra, formal que el derecho defensa técnica es decir de contar con un abogado de su libre elección.

¹⁴ Para Sánchez Velarde, Pablo (1994; Pag.82) el debido proceso es aquel que se realiza con estricta observancia de los principios y garantías constitucionales que se reflejarán en las previsiones normativas de la ley procesal, así como también lo sostiene el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 9760-2006-PHC/TC Caso Jorge Adalberto Geroya Rojas, Fundamento: 7 que define, al debido proceso como el respeto, al interior de todo proceso, de los derechos y garantías mínimas con que se debe contar, tanto para los justiciable como para el proceso en sí mismo, con la finalidad de que la causa sujeta a trámite se resuelva en justicia.

procesales que estructuran el vigente proceso penal, que solo podría activarse o tomar relieve siempre que o únicamente cuando le favorezca al imputado, lo propuesto se ve sustentado con el principio constitucional de *indubio pro reo*¹⁵ en su doble vertiente como es, en el supuesto de la existencia de duda razonable respecto de los hechos y medios de probatorios, se debe resolver en favor el imputado y de acuerdo a la interpretación normativa en caso de existir conflicto entre ellas, se aplique la norma que mejor le favorezca al imputado.

Dicho planteamiento de desvinculación pese a que en este mismo plenario (vinculante por cierto) se mencione, que la tesis de desvinculación debe ser propuesta respetando el derecho de defensa, además que el imputado puede suspender la audiencia, ofrecer medios de prueba, es decir pueda contradecir la tesis-arbitraria para nosotros- es que advertimos que este supuesto o el repentino respeto de algunos principios (como el derecho de defensa y a contradecir), sumado al otorgamiento de un irrisorio plazo¹⁶ solo convierte en paliativos lo que a nuestro entender lacera sensiblemente una gran porción de principios que han sido tallados por el derecho procesal de vigencia bisoña, más aun por el corte que este perfila -modelo acusatorio- ya que se obliga al ministerio de la defensa en este caso la defensa técnica del imputado, al replanteo de la teoría del caso y de sobremanera pretenda que este viraje se dé en este estadio procesal-conociéndose que el proceso penal tiene etapas preclusivas - oportunidad brindada por la institución de la desvinculación procesal con la que se pretende poner atisbos de legalidad a tan nociva intromisión, institución que pretende mostrar una justificación a la luz de la búsqueda de una pseudo eficiencia de un sistema jurídico que tiene como instituciones de corte garantista, adversarial y con independencia de funciones entre los actores procesales, donde el Juez es el tercero imparcial, por ello entendemos que la determinación alternativa irrespeta o

¹⁵ EXP N° 0828-2005-HC del 25 de marzo del 2005; EXP. N° 00555-2011-HC del 30 de enero de 2012; EXP N° 02487-2013-AA del 14 de julio de 2013 y EXP. N° 01883-2010-HC del 18 de junio del 2010.

¹⁶ "Artículo 267.- Término para la suspensión del juicio oral

El Juicio Oral podrá suspenderse hasta por ocho días hábiles. Cuando el Juicio Oral importe una especial dificultad en su sustanciación, relacionada con la existencia de una organización criminal de más de diez imputados, la suspensión podrá extenderse hasta por doce (12) días hábiles, en cuyo caso la resolución de suspensión de la sesión de audiencia deberá estar debidamente motivada. No serán de cómputo los días de suspensión del despacho por causas de fuerza mayor o por causas imprevistas.

Cuando la suspensión durase más de ese término se dejará sin efecto la audiencia realizada, señalándose, a la brevedad posible, día y hora para un nuevo Juicio Oral."

trasgredir principios procesales que el mismo proceso instituye, como reglas fundamentales; dicha intromisión se plasma en el intento de corregir la labor de la parte acusadora, con esta incursión del “supuesto” tercero imparcial, quien como vemos plantea una tercera opinión respecto del caso en concreto.

La desvinculación procesal permite al órgano jurisdiccional condenar a un procesado por un delito distinto al expuesto en la acusación, pero que, para su procedencia es necesaria la concurrencia de determinados requisitos como son: la homogeneidad del bien jurídico tutelado, la inmutabilidad de los hechos y las pruebas; la preservación del derecho de defensa; coherencia entre los elementos fácticos y normativos para realizar la correcta adecuación al tipo; y la favorabilidad, como así lo ha resuelto la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N° 3424-2013-Junín en su fundamento tercero; en relación de este último principio refiriéndonos al de “favorabilidad” el mismo que constitucionalmente está reconocido en el inciso 11) del Art. 139°, que versa en la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales.

Con la promulgación del Decreto Legislativo N° 959 y que cuyo efecto reflejo ha sido incorporado en el nCPP¹⁷, han generado posición disimiles en relación al fundamento de la desvinculación procesal, la misma que es sustentada por el principio de *iura novit curia* pero en materia penal, que por un lado de la doctrina ha sido duramente criticada en cuanto a que el órgano jurisdiccional no se puede desvincular de la calificación jurídica del hecho, propuesta por el fiscal, pues ella sería claramente incompatible con el modelo acusatorio del proceso penal y por consiguiente una regulación en tal sentido se tornaría inconstitucional, posición que desde este análisis compartimos.

La aplicación del principio de *iura novit curia*, conocido aforismo latín que era una expresión empleada por los jueces en el siglo XIII, cuando frente a las interminables discusiones normativas efectuadas por los letrados hacia las cuestiones de derecho con descuido de los hechos, eran obligados a interrumpirlos con la siguiente expresión: “aténgase el letrado a los hechos, que el juez conoce el derecho”, que, para el caso en análisis, es la facultad y libertad que concede el *iura novit curia*, no es

¹⁷ Artículo 374° y 377° del nCPP.

absoluta, pues está limitada por dos principios: el principio de contradicción y el principio de congruencia; contradicción a que las partes no deban estar conformes con el pronunciamiento judicial y el de congruencia aquella que se relaciona con que el Juez no puede ir más allá del petitorio-extra petita, ni fundar su decisión en hechos diversos a los que no han sido alegados por las partes, así también la obligación de los magistrados a pronunciarse respecto de todos los puntos controvertidos establecidos, como a todas las alegaciones efectuadas por las partes en sus actos postulatorios o en sus medios impugnatorios (todo ello en materia civil), pero que en materia penal este principio vincula a la correlación que debe existir entre la acusación y la sentencia, que en relación a ello, el Tribunal Constitucional ha realizado la siguiente definición “el principio de correlación o congruencia entre lo acusado y lo condenado, aun cuando-expresamente-no este enunciado en la ley procesal especial en la materia, es el limite a la potestad de resolver del órgano jurisdiccional, e impone como sanción la invalidación del acto procesal, de lo cual se infiere no solo la existencia de la institución en mención, sino de su importancia”¹⁸

Por esta razón, la desvinculación procesal, se manifiesta como la intromisión del supuesto tercero imparcial del proceso, en la petición fiscal que bajo un acto aparente de justo aplicador del derecho y simulado velo gris que envuelve a este principio procesal llamado *iura novit curia* (principio procesal por excelencia) interfiere en las labores del ente acusador, a costas de la vulneración de diversos principios que los modelos procesales vigentes (C. de PP. y nCPP) en el Estado han jurado tutelar, más aun por el matiz acusatorio en el cual nos desenvolvemos, como corriente innovadora y prolijamente garantista, que desde esta institución procesal vemos que como su propio nombre lo dice se “desvincula” de lo mismo que dice proteger, refiriéndonos al modelo del proceso, a la independencia de funciones, igualdad de las partes y respeto de los demás principios. Lo que sí podría ser y que constitucionalmente resultaría aceptable, es que esta institución procesal en base del principio de *indubio pro reo*, se muestre permisiva cuando la desvinculación procesal (tesis del juzgador) favorezca al acusado¹⁹ en su doble vertiente (en caso de duda razonable y la mejor

¹⁸ Exp. 00402-2006-HC/TC Caso Luis Enrique Rojas Alvarez, Fundamento 10.

¹⁹ Como así lo ha resuelto la Primera Sala de Apelaciones de La Libertad, Exp. N° 036-2007, al transformar la imputación primigenia de homicidio calificado a lesiones graves seguidas de muerte; como también lo resuelto por la Primera Sala Mixta Descentralizada de La Merced de la Corte Superior de Justicia de Junín,

interpretación en caso de conflicto normativo), posición que desde nuestro punto de vista, guarda mayor “congruencia” con más principios que el en proceso penal se pregona, en comparación con los que colisionaría tras aplicación de la tesis de desvinculación, pues al ponderar la misma, se tendría como antagonista únicamente al principio de *iura novit curia*, que como vemos no puede surgir de la ineficiencia del sistema judicial y que desde ningún punto de vista esta pueda ser planteada *in malam partem* al imputado tratando de buscar una responsabilidad que recae única y exclusivamente en la tesis acusatoria del Fiscal como ente operador del Estado, en base a sus funciones constitucionales.

La aplicación del *iura novit curia* en el proceso penal se muestra avasalladora frente a otros principios de igual o mayor jerarquía, figura contraria es lo que ocurre en materias del campo civil, que bien sabemos también giran sobre derechos fundamentales de jerarquía fundamental (como son la propiedad, el nombre, la herencia, entre otros) pero que al final sin menospreciar los mismos, estos recién se activarían cuando todas ellas pueden ser ejercidas en libertad, derecho del libre albedrío, libre tránsito, libertad de reunión, libertad de celebrar contratos, entre otros del que goza todo sujeto de derecho; situación contraria acontece cuando la persona es privada de su libertad, es ahí donde, ve frustrado su derecho de goce, disfrute de sus demás derechos, por ende la libertad entendamos siempre se encontrará unos peldaños más arriba que los derechos antes mencionados, sin obviamente irrespetar la importancia de los mismos.

6. Aplicación excepcional de la desvinculación procesal.

La función persecutora del delito, desde la constitución del 1979, ha sufrido una modificación sustancial, por cuanto este empodera el rol fiscal como director de la investigación, lo cual constituye un salto considerable consagrado por el inciso 4) del Art. 159° de nuestra norma constitucional vigente, que dispone al representante del Ministerio Público, el conducir desde su inicio la investigación del delito, en consecuencia asume la titularidad de la investigación, ardua tarea que debe realizar con plenitud a su iniciativa y autonomía (de principio a fin del proceso), con lo cual

que declaró la tesis de desvinculación contra el delito de Libertad Sexual en su modalidad violación sexual de menor de edad al delito contra la libertad sexual en la modalidad de actos contra el pudor de menor de catorce años.

decide si formula o no acusación, así lo refrenda Cubas Villanueva (2013; Pág.483) haciendo notar que esta función es exclusiva del Fiscal “El juez debe alejarse definitivamente de las tareas de investigación y reasumir su función exclusiva: Dirigir la etapa procesal del juzgamiento, juzgar, decidir y ser garante de la vigencia de los derechos fundamentales, tareas exclusivas y excluyentes”. Apoyamos lo anteriormente dicho, respecto de la independencia de funciones, gracias a las reformas procesales en palabras de Mauricio Duce²⁰ (2005; Pág. 89) las reformas del sistema de enjuiciamiento criminal comprendidas en Latinoamérica, desde mediados de la década de los 80, junto con producir modificaciones muy relevantes en la estructura del proceso tradicional en la región, han tenido también un impacto significativo en la reconfiguración del Ministerio Público (...). Los cambios realizados al Ministerio Público han sido indispensables para adecuar a dicha institución de conformidad al rol y funciones requeridas por el nuevo modelo procesal penal de carácter acusatorio.

Adentrándonos al problema de fondo, bien es sabido que la desvinculación procesal es la injerencia del órgano jurisdiccional en la tesis acusatoria del Ministerio Público, pero que la misma es aceptada bajo el cumplimiento de determinados requisitos (homogeneidad del bien jurídico tutelado, inmutabilidad de los hechos y pruebas, preservación del derecho de defensa, coherencia entre los elementos facticos y normativos para realizar la correcta adecuación del tipo y favorabilidad²¹), intromisión que toma sustento, alimentado por las posiciones doctrinarias y jurisprudenciales que tienden a justificar positivamente la aplicación de la desvinculación procesal, en base a ser una institución aplicada excepcionalmente, siempre que se manifieste en irrestricto respeto al derecho de defensa del imputado, ligado a la igualdad de armas *inter partes* -imputado y el Ministerio Público, además que esta tesis de desvinculación sea sometida al contradictorio con la finalidad de no conculcar derechos fundamentales, además de no desnaturalización del principio acusatorio-que como hemos dicho es una función exclusiva del representante del Ministerio Público y finalmente el principio de imparcialidad que asienta la

²⁰ “El Ministerio Público en la reforma procesal penal en América Latina: visión general acerca del estado de los cambios”. En: “*El nuevo proceso penal, estudios fundamentales*.” CUBAS VILLANUEVA, Víctor; DOIG DIAZ, Yolanda y QUISPE FARFAN, Fany Soledad (coordinadores). Palestra. Lima, 2005, Pág. 89.

²¹ Sala Penal Transitoria R.N. N° 3424-2013 de la Corte Suprema de Justicia de la República

independencia existente entre el ente acusador y juzgador-no cabiendo intromisión permisible; siendo imprescindible resaltar que, de acuerdo a innumerable jurisprudencia constitucional ningún derecho fundamental es de carácter absoluto²², por cuanto ellos son susceptibles a ser ponderados (sopesándose sus respectivas magnitudes frente a otros de mismo nivel), pudiendo concluir aventuradamente que la aplicación de esta excepción -mal llamado principio de desvinculación-buscaría la igualdad de armas, pero de cara a los derechos de la víctima (parte material) como parte representada por el Ministerio Público (parte procesal) la misma que ha sufrido directamente el efecto de las acciones que son imputables al actor del ilícito, pues nos desvivimos diciendo que la tesis de desvinculación procesal, es una clara irrupción a las funciones fiscales en clara afrenta de los principios procesales del modelo actual, pero en ningún caso, nos hemos puesto a analizar que esta tesis, tendría un anclaje constitucional, en la justicia y el derecho que también le asisten al agraviado en el delito.

Por ello nos preguntamos, cual sería el basamento constitucional para que el juez pueda verse entrometido en la labor acusatoria fiscal, cuestionamiento que surge a razón de que la mayoría de respuestas son inclinadas, a que la determinación del hecho punible se limita solo a la descripción fáctica (proposición factual), pues la acusación fiscal no tiene poder de disposición sobre la calificación jurídica de la pretensión (hecho punible), es vinculante la imputación jurídica del hecho²³. Razón a ello se tiene que el órgano jurisdiccional, plantea la solución jurídica en base al principio de *iura novit curia*, como una manifestación de los poderes conferidos por el estado-*ius puniendi*- a la jurisdicción, lo cual significa que no puede renunciar a este, en favor de alguna de las partes (entendiéndose nuevamente al imputado y a la víctima debidamente representado por el fiscal), por ello le es impositivo conocer y aplicar el derecho correcto al caso.

Ante tal propuesta, podríamos referirnos que el mejor sustento de la aplicación excepcional de la tesis de desvinculación, se tornaría justificado cuando el juez ejerza

²² "Es importante señalar que, como todo derecho fundamental, la libertad personal no es un derecho absoluto, pues su ejercicio se encuentra regulado y puede ser restringido mediante ley, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 7. 2º de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos 00332-2005-HC AUTO; 05184-2005-HC AUTO; 09943-2005-HC SENTENCIA; 09943-2005-HC SENTENCIA.

²³ San Martín de Castro, Cesar "Derecho procesal penal", 2003, Lima, Edit. Grijley, Pág. 419.

su poder discrecional rompiendo el principio acusatorio y demás que erigen el proceso penal actual- siempre que como director o moderador del debate advierta que la relación simétrica en la práctica *inter partes* (a razón de la falla, error, negligencia en la tesis de imputación fiscal-acusación) se convierta en asimétrica pero que esta trascienda y valla que trascienden sus efectos al directamente ofendido por los hechos delictivos, que como sabemos es la víctima; todo este complejo movimiento se vería mejor justificado con la finalidad de restablecer la simetría del proceso, pero como hemos explicado en salvaguarda de los derechos que le asisten a la víctima.

En el proceso penal que ahora conocemos y al observar la aplicación de la tesis de desvinculación, tendríamos que apreciar cuidadosamente que no solo la relación simétrica debe estar puesta de manifiesto en función al procesado (sujeto activo del delito quien merece todo el reproche penal), sino que también esta simetría se plasme o materialice de cara a los derechos víctima, de allí que surge un problema de mayor envergadura, pues recordemos que el principio acusatorio monopoliza la acción penal en el Ministerio Público, pero desde el punto de vista de la realidad, el principio acusatorio al monopolizar la acción penal en el fiscal, prescinde, aísla y excluye, la participación de la víctima de forma activa y directa en la interna del proceso (por cuanto limita su postulación al resarcimiento del daño sufrido en el acto delictivo-indemnización) pero no olvidemos que el principio de acceso a la justicia no le pertenece al Ministerio Público, sino por el contrario este le pertenece única y exclusivamente a la víctima en el proceso, pues dicho acceso no solo significa que depuesta una denuncia esta sea admitida, calificada y bueno si se llega a determinar responsabilidad penal del imputado en un proceso; sino por el contrario, que esta arribe a un proceso judicial, estructurado con principios, garantías e instituciones que son abiertamente puestas a disposición de las partes, dentro de los cuales la víctima asuma un rol protagónico, en búsqueda de lo que conocemos en teoría como justicia, la misma que pocas veces llega, o hasta a veces inoportunamente resulta.

Hablando en concreto, ingresando a la correcta dimensión y bajo el presupuesto de lo que pretendería proteger o tutelar la figura de la desvinculación procesal de cara a lo muy tangencialmente tratado por la doctrina y la jurisprudencia, que es los derechos de la víctima, tesis que tendría como finalidad de enmendar un error del

Ministerio Público, pero no un yerro como la doctrina y la jurisprudencia lo conocen siempre de parte o a favor de la parte imputada- sino por el contrario que esta intromisión sustente su aplicación excepcional por cuanto su repercusión trasciende directamente a los derechos de la víctima.

7. Conclusiones

- El proceso penal peruano establece sus estadios procesales de forma definida, las mismas que están delimitadas en la interna del marco normativo procesal, donde el juicio oral se comporta como la etapa más importante dentro de este, además donde se ejercitan los principios que el modelo procesal de acuerdo con su novedosa dinámica exige.
- Bajo el contexto de sus marcados estadios, la orientación del proceso penal en el Perú se muestra de corte acusatorio, por ende, se establece la independencia de funciones, de cada uno de sus actores procesales, siendo el Juez el tercero imparcial, sujeto quien garantice el respeto de los principios procesales, tiene desde su génesis, que a su vez propugna y tutela.
- La acusación fiscal es la propuesta punitiva presentada por el Ministerio Público luego de la conclusión de la etapa de la investigación preparatoria y la etapa intermedia, se convierte por ello en la petición del acusador ante un órgano independiente como es el poder judicial, ente que, dentro de la configuración tripartita del Estado, está dotado de autonomía e imparcial, decidirá la absolución o condena del procesado.
- La desvinculación procesal es una institución procesal que, bajo el argumento de búsqueda de la tan anhelada justicia eficiente, realiza una función con tintes de intromisión en la acusación fiscal, volviendo con ello la opinión del juzgador, en una tercera opinión, en atención a que en el proceso penal, subyacen dos partes antagónicas como es la del Ministerio Público-acusación y la del imputado con su tesis de defensa.
- La búsqueda de eficiencia a través de la desvinculación procesal, se convierte en un páramo de excepción, que ingresa a un territorio rodeado de principios

estructurados armoniosamente que fundamentan el nuevo modelo procesal, lo cual la convierten en institución procesal no compatible con lo que llamamos justicia en el modelo que se propugna, más aún si esta por justificar eficiencia trasgrede derechos, principios y garantías que la edifican, doble rasero que se tornaría intolerable de cara a la seguridad jurídica.

- La intromisión de la tesis de desvinculación en la acusación fiscal, conculca principios procesales que el modelo acusatorio protege, más aún que los mismos radican en la independencia de funciones que nuestra constitución reafirma, lo cual se muestra incompatible respecto a su utilización.
- La aplicación del principio de *iura novit curia* en materia penal resulta cuestionable, por tener el derecho penal una finalidad limitativa del derecho a la libertad, base del derecho de goce y disfrute de otros derechos fundamentales, por cuanto este derecho siempre estará un nivel preponderante que otros derechos- sin restarle importancia a otros claro está, pero de cara a la desvinculación, la aplicación de este principio defenestra, otros de mayor o igual hegemonía.
- La homogeneidad entre la calificación jurídica (judicial) y la calificación propuesta por la acusación (Ministerio Público) imposibilitaría al juzgador modificar y proponer la tesis de desvinculación manifestada en una nueva calificación jurídica por un nuevo delito, lo cual conllevaría a la impunidad, por cuanto en aplicación del *ne bis in idem* sería imposible volver a perseguir al acusado penalmente. Por ello la aplicación del *iura novit curia*, se convierte en el último recurso para procesar al imputado en ejercicio del *ius puniendi*, pero como hemos dicho la aplicación de este mal llamado principio, afecta el principio fundamental del *indubio pro reo* por la injerencia jurisdiccional.
- La aceptación de la tesis de desvinculación procesal que, como hemos visto soslaya muchos más principios que los que protege, por lo tanto, su propuesta podría darse en un escenario cuando si solo si, esta favorezca al imputado en base al principio constitucional de *indubio pro reo*.

- La mencionada institución, aparte de sustentar su asertividad en aplicación al principio de *iura novit curia*, toma un mayor realce cuando nos vemos frente a la posición de un actor procesal que tiene un rol “secundario” con derechos de atención fundamental, el mismo que actúa a través del representante del Ministerio Público; por eso la tesis de desvinculación resulta de aplicación excepcionalmente fundamentada cuando nos ponemos de cara al derecho de acceso a la justicia, que posee la víctima dentro del proceso, en clara intención de acceder a la justicia, por sobre los principios que la norma procesal consagra, buscando la armonía que debe existir entre la norma, justicia y derechos.

Bibliografía

Libros

- Arana Morales, William
2014 *Manual de Derecho Procesal Penal, para operadores jurídicos del nuevo sistema procesal penal acusatorio garantista*, 2014, Lima Edit. Gaceta Jurídica.
- Arbulú Martínez, Víctor Jimmy
2018 *El proceso penal peruano*, Lima, Edit. Legales Ediciones.
- Arbulú Martínez, Víctor Jimmy
2015 *Derecho Procesal Penal. Un enfoque doctrinario y jurisprudencial. Tomo II*, Lima Edit. Gaceta Jurídica.
- Bovino, Alberto.
1966 *Temas de Derecho Procesal Penal Guatemalteco*, Guatemala, Edit. Fundación Myrna Mack.
- Bovino, Alberto.
1998 *“Problemas del Derecho Procesal Penal contemporáneo”*, Argentina-Buenos Aires, Editores del Puerto.

- Carnelutti, Francesco.
1971 *“Derecho procesal civil y penal”*. Tomo II. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América.

- Carnelutti, Francesco.
2001 *“Cuestiones sobre el proceso penal”*. Vol. 2. Traducción de Santiago Sentís Melendo. México, Editorial Jurídica Universitaria.

- Cubas Villanueva, Víctor
2013 *“La Constitución Comentada”*, Tomo III, Segunda Edición, Lima, Edit. Gaceta Jurídica.

- Cubas Villanueva, Víctor
2017 *“El Proceso Penal Común. Aspectos teóricos y prácticos”*, Lima, Edit. Gaceta Jurídica.

- Cubas Villanueva, Víctor.
2016 *“El nuevo proceso penal peruano”*, Lima, 2º Edición, Edit. Palestra.

- Enciclopedia Omeba.
1991 Tomo XXIII, Argentina, Editado por Driskill.

- Gálvez Villegas, Tomas y otros
2009 *“El Código Procesal Penal”*, Lima, Edición 2009.

- Gimbernat Ordeig y otros.
2014 *“Dogmática del Derecho Penal”*, Lima, Tomo II, Edit. Gaceta Jurídica.

- Florián, Eugenio.
2001 *“Elementos del Derecho Procesal Penal”*, México, Editorial Jurídica Universitaria.

- Gálvez Villegas, Tomas y otros.

- 2009 *"El Código Procesal Penal"*, Lima, Edit. Gaceta Jurídica.
- Gómez de Liaño y Pérez-Cruz
2002 *"Derecho Procesal Civil"*, España, Segunda Edición, Edit. Forum.
- Lujan Tupéz, Manuel y otros.
2018 *"Técnicas de Litigación Oral y la Teoría del Caso"*, Lima, Edit. Gaceta Jurídica.
- Monroy Gálvez Juan.
1996 *"Introducción al Proceso Civil"*, Lima, Tomo I, Edit. Temis.
- Montero Aroca, Juan.
2006 *"El principio acusatorio entendido como eslogan político"*, publicado en la revista *Ius et veritas*, N° 33.
- Sánchez Velarde, Pablo.
2006 *"Introducción al nuevo procesal penal"*, Lima, Edit. Idemsa.
- Sánchez Velarde, Pablo.
1994 *"Comentarios al Código Procesal Penal"*, Lima, Edit. Idemsa.
- San Martín, César.
2003 *"Derecho Procesal Penal"* Vol. 1, 2ª Edición, Lima, Edit. Grijley.
- Prado Saldarriaga, Víctor.
2002. *"Sobre la jurisprudencia Penal en el Perú"*. *Legal Express* N° 18.
- Urquiza Olaechea, José
2017 *"Compendio Total de Jurisprudencia Vinculante penal y Procesal Penal"*, Tomo II, Lima, Edit. Gaceta Jurídica.
- Ramos Heredia, Carlos.
2006 *"Comentario al Código Procesal Penal"* Lima, Edit. Idemsa.

Recursos Electrónicos

➤ Novo Pérez.

2002 “El tribunal del jurado en estados unidos, Francia y España: tres modelos de participación en la administración de justicia. implicaciones para la educación del ciudadano”, en revista científica Publicaciones de la Universidad de Granada, Nº 32. Pags.335-360, consultado el 01 de julio de 2018.

http://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/23947/458_32.pdf;jsessionid=F038F25C519C501CBE7C9914D0F52579?sequence=1