

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA**

**ESCUELA DE POSGRADO**



**UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y**

**CIENCIAS POLÍTICAS**

**PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS**

**TESIS:**

**FUNDAMENTOS JURÍDICO-FÁCTICOS QUE JUSTIFICAN EL  
CONTROL JUDICIAL DE LA TIPIFICACIÓN Y LA IMPUTACIÓN  
NECESARIA EN LOS REQUERIMIENTOS DE PRISIÓN  
PREVENTIVA Y DE ACUSACIÓN**

Para optar el Grado Académico de

**DOCTOR EN CIENCIAS**

**MENCIÓN: DERECHO**

Presentada por:

**M.Cs. TATIANOVA ABANTO TAFUR**

Asesor:

**Dr. GLENN JOE SERRANO MEDINA**

Cajamarca, Perú

2023

COPYRIGHT © 2023 by  
**TATIANOVA ABANTO TAFUR**  
Todos los derechos reservados

# **UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA**

## **ESCUELA DE POSGRADO**



### **UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y**

### **CIENCIAS POLÍTICAS**

### **PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS**

### **TESIS APROBADA:**

### **FUNDAMENTOS JURÍDICO-FÁCTICOS QUE JUSTIFICAN EL CONTROL JUDICIAL DE LA TIPIFICACIÓN Y LA IMPUTACIÓN NECESARIA EN LOS REQUERIMIENTOS DE PRISIÓN PREVENTIVA Y DE ACUSACIÓN**

Para optar el Grado Académico de

### **DOCTOR EN CIENCIAS**

### **MENCIÓN: DERECHO**

Presentada por:

**M.Cs. TATIANOVA ABANTO TAFUR**

### **JURADO EVALUADOR**

Dr. Glenn Joe Serrano Medina  
Asesor

Dr. Joel Romero Mendoza  
Jurado Evaluador

Dr. Alcides Mendoza Coba  
Jurado Evaluador

Dr. Saul Alexander Villegas Salazar  
Jurado Evaluador

**Cajamarca, Perú**

**2023**



**Universidad Nacional de Cajamarca**  
LICENCIADA CON RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 090-2018-SUNEDU/CD

**Escuela de Posgrado**  
CAJAMARCA - PERU



**PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS**

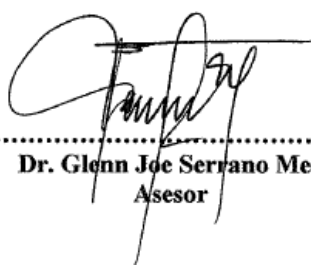
**ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS**

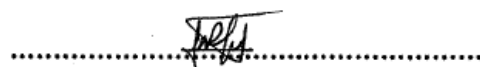
**MENCIÓN: DERECHO**

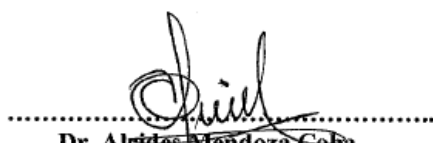
Siendo las 18:00 horas, del día 30 de enero del año dos mil veintitrés, reunidos en el Auditorio de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por el **Dr. JOEL ROMERO MENDOZA**, **Dr. ALCIDES MENDOZA COBA**, **Dr. SAÚL ALEXANDER VILLEGAS SALAZAR**, y en calidad de Asesor el **Dr. GLENN JOE SERRANO MEDINA**, Actuando de conformidad con el Reglamento Interno de la Escuela de Posgrado y el Reglamento del Programa de Doctorado de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, se inició la SUSTENTACIÓN de la tesis titulada: **FUNDAMENTOS JURÍDICOS-FÁCTICOS QUE JUSTIFICAN EL CONTROL JUDICIAL DE LA TIPIFICACIÓN Y LA IMPUTACIÓN NECESARIA EN LOS REQUERIMIENTOS DE PRISIÓN PREVENTIVA Y DE ACUSACIÓN**; presentada por la Maestra en Ciencias, Mención Derecho **TATIANOVA ABANTO TAFUR**.

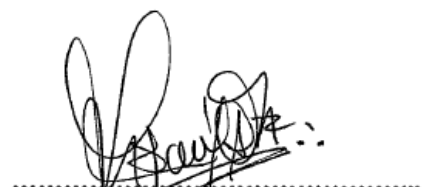
Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó **APROBAR** con la calificación de **DIECI SEIS (16) - BUENO** la mencionada Tesis; en tal virtud, la Maestra en Ciencias, Mención Derecho **TATIANOVA ABANTO TAFUR**, está apta para recibir en ceremonia especial el Diploma que la acredita como **DOCTOR EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Mención **DERECHO**.

Siendo las 19:00 horas del mismo día, se dio por concluido el acto.

  
.....  
**Dr. Glenn Joe Serrano Medina**  
Asesor

  
.....  
**Dr. Joel Romero Mendoza**  
Presidente - Jurado Evaluador

  
.....  
**Dr. Alcides Mendoza Coba**  
Jurado Evaluador

  
.....  
**Dr. Saul Alexander Villegas Salazar**  
Jurado Evaluador

A Dios, a mis padres, a mi familia

## TABLA DE CONTENIDO

DEDICATORIA.....	v
TABLA DE CONTENIDO .....	vi
RESUMEN.....	ix
<i>ABSTRACT</i> .....	x
INTRODUCCIÓN .....	xi
CAPÍTULO I .....	1
ASPECTOS METODOLÓGICOS .....	1
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	1
1.1.1. Contextualización o problemática.....	1
1.1.2. Descripción del Problema.....	15
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	16
1.3. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN .....	16
1.4. OBJETIVOS .....	18
1.4.1. General.....	18
1.4.2. Específicos .....	18
1.5. DELIMITACIÓN.....	19
1.5.1. Espacial.....	19
1.5.2. Temporal .....	19
1.6. LIMITACIONES .....	19
1.7. TIPO Y NIVEL DE TESIS .....	19
1.7.1. De acuerdo con el fin que persigue .....	19
1.7.2. De acuerdo con el diseño de la investigación.....	20
1.7.3. De acuerdo con los métodos y procedimientos que se utilizan .....	21
1.8. HIPÓTESIS .....	22
1.9. MÉTODOS .....	22
1.9.1. Generales.....	22
1.9.2. Específicos .....	25
1.10. TÉCNICAS .....	26
1.10.1. Revisión sistemática cualitativa de fuentes .....	26
1.11. INSTRUMENTO .....	27
1.11.1. Hoja guía de revisión sistemática .....	27
1.12. UNIDAD DE ANÁLISIS, UNIVERSO Y MUESTRA .....	28

1.13. ESTADO DE LA CUESTIÓN .....	28
<b>CAPÍTULO II</b> .....	29
<b>MARCO TEÓRICO</b> .....	29
<b>2.1. MARCO IUSFILOSÓFICO</b> .....	29
2.1.1. Positivismos incluyente y post-positivismo.....	29
2.1.2. Sistema acusatorio moderno garantista con tendencia adversarial	36
<b>2.2. MARCO CONSTITUCIONAL GARANTISTA</b> .....	44
2.2.1. Los derechos constitucionales a ser respetados en el proceso penal	
.....	44
2.2.2. Acerca de principios que sustentan la intervención penal .....	46
A. Principio de legalidad .....	46
B. La prohibición de analogía .....	47
C. Principio de irretroactividad .....	48
D. Principio de necesidad o de mínima intervención .....	48
c. Principio de exclusiva protección de los bienes jurídicos:.....	50
d. Principio de racionalidad y humanidad de las penas:.....	51
e. Principio de culpabilidad .....	51
f. Principio de proporcionalidad .....	51
g. Principio del primado del derecho de los derechos humanos, del	
derecho internacional humanitario y los principios constitucionales	
y de subordinación de la ley penal sustantiva .....	52
<b>2.3. MINISTERIO PÚBLICO</b> .....	52
2.3.1. Funciones .....	54
<b>2.4. PODER JUDICIAL</b> .....	63
2.4.1. Estructura jerárquica.....	65
2.4.2. Principio de jurisdiccionalidad .....	67
<b>2.5. TIPICIDAD</b> .....	75
2.5.1. Concepto.....	75
2.5.2. Vertiente Positiva .....	77
2.5.3. Vertiente negativa .....	78
2.5.4. Control de tipicidad por los jueces de investigación preparatoria ...	79
<b>CAPÍTULO III</b> .....	87
<b>DISCUSIÓN Y CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS</b> .....	87
<b>3.1. DISCUSIÓN</b> .....	87

3.1.1. Finalidad de la tipificación y la imputación necesaria en función a la teoría del delito, los principios del derecho penal y su regulación normativa .....	87
3.1.2. Delimitación de las facultades y obligaciones con las que cuenta el Fiscal Penal y el Juez de la investigación preparatoria y etapa intermedia en relación con los presupuestos del garantismo penal....	106
3.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.....	117
3.2.1. La obligación primigenia de subsunción con la que cuenta el fiscal en virtud de los presupuestos generales establecidos por la teoría de la interpretación jurídica.....	117
3.2.2. El carácter normativo del principio de objetividad plasmado en el título preliminar del Código Procesal Penal, que cuenta con un alcance material sustantivo y no únicamente formal .....	122
3.2.3. La facultad para controlar, de fiscalización y tutelar de los derechos fundamentales con la que cuenta el juez de la investigación preparatoria y de la etapa intermedia .....	125
CAPÍTULO IV .....	129
PROPUESTA NORMATIVA QUE ASEGURE EL CONTROL JUDICIAL DE LA TIPIFICACIÓN Y LA IMPUTACIÓN NECESARIA EN LOS REQUERIMIENTOS DE PRISIÓN PREVENTIVA Y DE ACUSACIÓN FORMULADOS POR EL MINISTERIO PÚBLICO .....	129
Proyecto de ley que modifica los artículos 271, numeral 1, 349, numeral 1, literal b) y 352, numeral 2 del Decreto Legislativo n.º 957, Código Procesal Penal .....	129
CONCLUSIONES.....	138
RECOMENDACIONES.....	140
LISTA DE REFERENCIAS .....	141



## RESUMEN

La finalidad de la presente investigación fue identificar los fundamentos jurídico-fácticos que justifican el control judicial de la tipificación y la imputación necesaria en los requerimientos de prisión preventiva y de acusación formulados por el Ministerio Público; para tal efecto, se planificó una investigación de tipo básica, con un diseño explicativo y propositivo, así como, cualitativa en tanto las técnicas de recojo de información buscaron recoger cualidades y características más que información cuantitativa; así, se estableció como única técnica de recojo de información a la revisión sistemática de fuentes que permitió conocer la dinámica teórica, dogmática y doctrinaria relativa a la tipicidad, así como a las actuaciones y potestades del Ministerio Público y el juez de Investigación Preparatoria y de Etapa Intermedia, asimismo, las normas que respaldan tales facultades y funciones, como la jurisprudencia y casuística relevante sobre el problema de investigación; información que ha sido comprendida y procesada en función al método deductivo, al método analítico-sintético, así como a los métodos específicos del derecho como el dogmático jurídico y el hermenéutico. Luego de lo cual se obtuvo como el resultado central la potestad del juez de la Investigación Preparatoria y de la Etapa Intermedia cuenta para controlar, fiscalizar y tutelar de los derechos fundamentales en cada actuación del Ministerio Público que involucre afectación de los derechos fundamentales del imputado, la verificación de la existencia de procesos en los que existe una errada calificación jurídica de los hechos materia de imputación y la realización del control de los requerimientos de prisión preventiva y acusatorio, en el extremo de la imputación necesaria a fin de cumplir con los presupuestos del garantismo penal.

**Palabras clave:** Control judicial de la tipificación y la imputación necesaria, requerimientos de prisión preventiva y de acusación, Ministerio Público y, Juez de la Investigación Preparatoria y de la Etapa Intermedia.

## **ABSTRACT**

*The purpose of this investigation was to identify the legal-factual foundations that justify the judicial control of the classification and the necessary imputation in the requirements of preventive detention and accusation formulated by the Public Ministry; for this purpose, a basic type of research was planned, with an explanatory and propositional design, as well as a qualitative one, insofar as the data collection techniques sought to collect qualities and characteristics rather than quantitative information; thus, the only technique for collecting information was the systematic review of sources that allowed knowing the theoretical, dogmatic and doctrinal dynamics related to criminality, as well as the actions and powers of the Public Ministry and the Judge of the Preparatory Investigation and Intermediate Stage, as well as the regulations that support such powers and functions, such as the relevant jurisprudence and casuistry on the research problem; information that has been understood and processed according to the deductive method, the analytical-synthetic method, as well as the specific methods of law such as legal dogmatic and hermeneutic. After which the power of the judge of the Preliminary Investigation and of the Intermediate Stage was obtained as the central result to control, supervise and protect the fundamental rights in each action of the Public Ministry that involves affectation of the fundamental rights of the accused, the verification of the existence of processes in which there is an erroneous legal classification of the facts subject to imputation and the control of the requirements of preventive and accusatory detention, at the end of the necessary imputation in order to comply with the budgets of the criminal guarantee.*

**Keywords:** *Judicial control of the classification and the necessary imputation, pre-trial detention and indictment requirements, Public Ministry and, Judge of the Preparatory Investigation and the Intermediate Stage.*

## INTRODUCCIÓN

La investigación presentada a continuación partió de la siguiente interrogante: ¿Cuáles son los fundamentos jurídico-fácticos que justifican el control judicial de la tipificación y la imputación necesaria en los requerimientos de prisión preventiva y de acusación formulados por el Ministerio Público?; en este sentido, sentó como componentes de la misma a los fundamentos jurídicos que serían alcanzados en la hipótesis y luego objeto de contrastación, pero además, a la tipificación e imputación necesaria, así como a los requerimientos de prisión preventiva y acusación emitidos por el Ministerio Público que determinaron los objetivos específicos.

Para esto, se estableció el primer capítulo referido a los aspectos metodológicos, mismos que consignan a la contextualización del problema, dispuesta de lo general a lo particular, con la evidencia de que se presente un problema a nivel fáctico, en cuanto a la incertidumbre de si el juez de garantías cuenta o no con la posibilidad de realizar un control de tipicidad e imputación necesaria en los requerimientos de prisión preventiva y acusatorio, pero que se extiende hacia la anomia normativa y el incumplimiento de la teoría del delito.

Así, en este primer capítulo se ha estructurado una investigación básica, explicativa y cualitativa; la necesidad de utilización de la técnica de revisión sistemática con la ficha de revisión sistemática como su correspondiente instrumento; así como con los métodos generales de deducción y analítico sintético y los métodos específicos de dogmática jurídica y el método hermenéutico.

En el segundo capítulo, se ha desarrollado un marco *iusfilosófico* relevante para la discusión de resultados, pero que, además, responde al desarrollo de cada uno de los componentes de investigación, tales como el contenido y elementos de la tipificación y la imputación necesaria, lo presupuestos y finalidades de los requerimientos de prisión preventiva y de acusación y, bajo este entendido, las potestades y obligaciones del Ministerio Público y de los Jueces de la Investigación Preparatoria y de la Etapa Intermedia.

Finalmente, en el tercer capítulo, se ha desarrollado la discusión de resultados que parte de los propósitos particulares recogidos en los objetivos específicos, pero que aterriza en cada uno de los fundamentos contemplados en la hipótesis a efectos de contrastarlos; mismo que han sido consignados en las conclusiones y han servido de fundamento para la realización de la propuesta normativa, así como de las recomendaciones planteadas al final del documento.

# CAPÍTULO I

## ASPECTOS METODOLÓGICOS

### 1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

#### 1.1.1. Contextualización o problemática

Es pertinente para comenzar con la contextualización axiológica del problema de investigación, recordar la frase señalada por Hans Welzel en el verano de 1955, cuando prologó la primera edición española de su Derecho Penal – Parte General, en los siguientes términos:

Es cierto que existe en el derecho penal una serie de problemas puramente técnicos que el derecho penal nacional regula en esta o aquella forma y que un libro de texto de derecho penal tiene que tratar. Pero es una creencia errónea y peligrosa, lamentablemente muy difundida y profundamente arraigada, la que supone que el tratamiento del derecho penal es un asunto de mera “técnica jurídica”. (1956, p. VII)

Creencia errónea, en tanto, la técnica jurídica necesita también alimentarse de las vivencias y experiencias surgidas en cada sistema para construir sus contenidos y los procedimientos que de estos dependen, como es el caso de la tipicidad y su importancia para el proceso penal, a nivel aplicativo y no únicamente como categoría técnico-dogmática.

Entonces, el desarrollo de las figuras del proceso penal, no pueden estar separadas de la teorización del derecho penal y, mucho menos, de su faceta aplicativa, puesto que esta dinámica se desprende de la “estrecha relación que existe entre el Derecho penal y el Derecho procesal penal como corresponsables de la configuración de la política criminal y como ejes estructuradores de lo que se ha denominado “Sistema Penal” o “Sistema de Justicia Penal”” (Binder, 1999, p. 41).

Esa es precisamente la pretensión en la presente investigación, el análisis de la figura de la tipicidad, con un contenido técnico jurídico, pero de aplicación a través del proceso penal, a fin de entender su importancia transversal a todas las dimensiones del derecho penal.

Así, cualquier actuación procesal no puede estar separada de los fundamentos del proceso penal y, dichos fundamentos, no pueden encontrarse separados de la racionalidad de sus normas y su aplicación para encontrarse dotados de legitimidad (Hugo Álvarez, 2016).

Ello lleva al primer punto a tratar axiológicamente, el Derecho Penal no puede encontrarse exento de la consideración del respeto de los derechos humanos o derechos fundamentales al momento de la construcción de sus figuras, tan es así que, si corresponde

reformular los contenidos básicos del derecho penal en pos del respeto de dichos derechos, este cambio debe realizarse (Mendoza Ayma), sea que tenga como finalidad proteger a los intereses del Ministerio Público, de la víctima, o del imputado o acusado.

Es de esta idea, basada en los derechos subjetivos, sean fundamentales o patrimoniales, que surgieron las bases del garantismo del cual se encuentra imbuido el proceso penal peruano; en primer lugar, comprendiendo a éstos como expectativas positivas de prestación o negativas de no lesión, mismas que guardan correspondencia con obligaciones y prohibiciones; en segundo lugar, derechos expectaticios que originan una obligación de parte del Estado, a través de sus órganos de gobierno, para su protección, como “garantías de los derechos de libertad y de los derechos sociales” (Ferrajoli, 2016, p. 61).

Esta visión constitucional y garantista del derecho penal, es la que da fundamento a las prescripciones del sistema penal acusatorio con tendencia adversarial que se ha instituido en el país; pues, ha de tenerse en cuenta que este modelo asumido, condensa elementos sustanciales del modelo acusatorio y el modelo adversarial vistos individualmente.

El modelo adversarial es aquel en el que existe una marcada distribución de funciones entre la policía, el fiscal y los abogados, que investigan, y el jurado que acusa a partir de una recomendación de la fiscalía y los abogados y decide por la inocencia o responsabilidad, a partir del cual el juez determina técnicamente la responsabilidad; en cambio, el modelo acusatorio, propone una distribución de las funciones de obtención y presentación de la evidencia, acusación, determinación de la responsabilidad penal e individualización de la pena, momentos a cargo del Ministerio Público, juez de garantías y juez de juzgamiento, respectivamente (Reyna Alfaro, 2015).

En ese sentido, es la estructura del modelo acusatorio la que se ha instaurado en el país, pero, con algunos rasgos adversariales en tanto existen garantías relevantes como la igualdad de armas, la imparcialidad y objetividad en la actuación fiscal, la presunción de inocencia, el derecho de defensa y, específicamente con el tema en cuestión, la posición del fiscal, primero como investigador, con actuación neutral y objetiva, luego como acusador, cuando es considerado una parte procesal más (Reyna Alfaro, 2015).

La actuación del Fiscal tanto en la investigación como en la acusación, ha sido regulada a nivel normativo, en el sentido que debe estar secundada por el principio de objetividad, de lo que se va a asegurar el juez de garantías; y las garantías que este último



debe tutelar, son principalmente las contenidas en el artículo 2, numeral 24 y el artículo 139 del texto constitucional, pero además, aquellas contenidas en el título preliminar del Código Procesal Penal; así como a lo largo de toda su regulación.

Si bien es cierto, el principio garantista no se encuentra taxativamente reconocido en el texto constitucional y tampoco en el Código Procesal Penal, el hecho de que existan regulaciones en la constitución que reconocen el principio de legalidad (art. 2, num. 24, lit. d), el principio de la presunción de inocencia (art. 2, num. 24, lit. e), la prohibición de detención arbitraria o de detención irracional (art. 2, num. 24, lit. f), la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional (art. 139, num. 3), la publicidad de los procesos que se refieren a derechos fundamentales (art. 139, num. 4), la obligación de motivar las resoluciones judiciales en todas las instancias (art. 139, num. 5), entre otros que encuentran regulación constitucional.

Asimismo, a nivel legal, el Nuevo Código Procesal Penal establece en su título preliminar el principio a la gratuidad de la justicia, la imparcialidad de los órganos jurisdiccionales competentes y el plazo razonable (art. I, num. 1), el derecho a un juicio previo, oral, público y contradictorio (art. I, num. 2), la igualdad de las posibilidades de las partes para ejercer facultades y derechos, o igualdad procesal (art. I, num. 3), el derecho de recurrir las

resoluciones judiciales (art. I, num. 4), la presunción de inocencia y el indubio pro reo (art. II), las obligaciones del titular de la acción penal (art. IV), las competencias judiciales (art. V), el derecho de defensa (art. IX), entre otras garantías reconocidas en el Título Preliminar y el resto del articulado del Código.

Vale señalar entonces que la característica del proceso penal garantista, no se encuentra regulada expresamente pero se puede extraer de la regulación que le sustenta; para el caso específico de la investigación a plantear, los principios – derechos – obligaciones que interesan conocer son los relativos a la función del fiscal y del juez en el desarrollo de un proceso penal.

Concretamente, el art. IV, num. 2 del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal, contempla la obligación del Ministerio Público de actuar con “objetividad, indagando los hechos constitutivos de delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado. Con esta finalidad conduce y controla jurídicamente los actos de investigación que realiza la Policía Nacional”.

Dicha objetividad, entonces, se encuentra pautada por la indagación de los hechos constitutivos presentados materialmente, estableciendo elementos de convicción o medios probatorios que permitan prever o generen certeza de la responsabilidad penal,

respectivamente, o que sirvan para sustentar un archivo, la presentación del sobreseimiento o el retiro de la acusación.

Asimismo, en relación a dichas responsabilidades del Ministerio Público, el mencionado Código contempla que es pertinente también para la investigación, tener en cuenta que los actos de investigación no tienen naturaleza jurisdiccional y que, de ser necesaria la realización de una diligencia que implique la disposición sobre un derecho fundamental, es el juez el llamado a otorgarla o a cautelar el cumplimiento de dichas garantías (art. IV, num. 3); es decir, intervenir durante la investigación preliminar y preparatoria como un garante del respeto de los derechos de las partes y del Derecho mismo; asimismo, durante la etapa intermedia como controlador y el juicio oral como juzgador (art. V).

La obligación de objetividad del Fiscal, se mantiene también en cada uno de los actos y requerimientos que lleve a cabo dentro del proceso penal, sea en etapa de investigación, etapa intermedia o en el juicio oral; en este sentido, su requerimiento de prisión preventiva deberá contar con la sustentación suficiente compuesta por los presupuestos regulados en el artículo 268, 269 y 270 del Código Procesal Penal, mismos que han de ser valorados por el juez de garantías en la audiencia correspondiente (art. 271) a fin de fijar la medida excepcional.

Asimismo, en el caso de la etapa intermedia, generada por el requerimiento acusatorio (art. 344), el primero de los cuales exige al fiscal el cumplimiento de requisitos concurrentes (art. 349), los mismos que son controlados por el órgano jurisdiccional en la denominada audiencia preliminar (art. 351).

Así, se cuenta con momentos claves para que el juez verifique el cumplimiento de las garantías penales por parte del Ministerio Público, entre estos, la audiencia de prisión preventiva y la audiencia preliminar; pero, independientemente de estos momentos, es menester señalar que, funcionalmente, el Juez de la Investigación Preparatoria y de la Etapa Intermedia no solo cuentan con la potestad de tutelar dicho cumplimiento, sino que se instituye en una obligación que redundará en la protección de las partes, de la estructura y funcionalidad del proceso penal, así como previene la afectación del desarrollo del juzgamiento.

Esto ocurre en torno al control de la debida tipificación por parte del Ministerio Público, tanto al solicitar la medida coercitiva de prisión preventiva como al formular el requerimiento acusatorio, dos momentos en los que se pretende centrar la presente investigación, aunque podrían señalarse otros distintos que se presenten en el contexto del proceso penal como ocurre, por ejemplo, con la formalización y continuación de investigación preparatoria (art. 336, num. 1, lit. b).

Cabe aclarar, que el contenido de la tipificación no ha sido desarrollado a nivel constitucional y tampoco dentro del Código Procesal Penal que únicamente se limita a señalar los momentos del proceso que exigen su configuración; como es el caso de la formalización y continuación de la investigación preparatoria (art. 336, num. 1, lit. b), la acusación (art. 349, num. 1, lit. d y f), el auto de enjuiciamiento (art. 450), entre otros, dentro de los cuales no se encuentra el requerimiento de prisión preventiva.

No obstante, en cuanto a este último acto procesal, no resulta posible llevar a cabo el análisis judicial sin que se cuente con graves y fundados elementos de convicción acerca de la comisión del delito y la responsabilidad del mismo, así como, la fijación de una prognosis de pena; elementos todos relativos a la tipificación.

En ese sentido, la teoría de la tipificación, relativa a la actual imputación objetiva, es sumamente relevante dentro del proceso penal y, esta no se restringe a la verificación por parte de los funcionarios del parecido entre los hechos imputados y los elementos del supuesto de hecho; sino que, exige una actuación responsable de parte de los mismos que den cumplimiento a la función de garantía y función sistemática del tipo (Roxin, 1979).

Bajo estos presupuestos, resulta capital la actuación del juez de garantías como controlador de la tipificación penal en los

requerimientos fiscales, principalmente en el de prisión preventiva por la afectación al derecho de libertad personal que involucra y, el requerimiento acusatorio, por tratarse del umbral entre la investigación y el juzgamiento.

La Casación 626-2013, Moquegua, prohíbe en su fundamento décimo octavo debatir argumentos de tipicidad e imputación en una audiencia de prisión preventiva.

Siendo la función del órgano jurisdiccional hacer la audiencia, captar la información y expedir resoluciones orales y escritas, su labor de dirección es central evitando desvíos en la discusión de derechos que no corresponden a la naturaleza de la audiencia, proveyendo garantías, pero también eficiencia. Como aceptar que se discuta exclusión de prueba prohibida o vulneración de la imputación necesaria, que se protegen a través de la tutela de derechos, atipicidad o causa de justificación, garantizados por las excepciones de improcedencia de acción, pues la defensa es cautiva y los abogados deben conocer la ley, doctrina, jurisprudencia y el caso concreto, estando obligados a observar el derecho a la defensa en el procedimiento correspondiente.

Al respecto, es menester analizar en el acápite correspondiente, la naturaleza misma de la audiencia de prisión preventiva, así como las implicancias del requerimiento realizado por el Ministerio Público, habida cuenta que, lo que se discute en esta es la posibilidad de privar preventivamente de la libertad al investigado, en virtud de una imputación aún no comprobada que, mínimamente debe responder a una correcta tipificación, motivo por el cual, el control de la misma no podría tenerse como un desvío del objeto de dicha audiencia.

Contra lo señalado por la casación Moquegua, la Corte Suprema, ha emitido un auto de calificación de Casación 724-2015, Piura, en el cual ha señalado:

Ya existe un cuerpo de doctrina jurisprudencial acerca de la prisión preventiva acerca del estándar de actos de investigación y/o de prueba (*fumus delicti*) -mera probabilidad delictiva o sospecha vehemente o indicios razonables de criminalidad, nunca certeza-: y, en lo atinente a la imputación necesaria, su análisis se corresponde con el principio de intervención indiciaria y, por tanto, con el *fumus delicti* - es evidente que si los cargos no son concretos y no definen, desde las exigencias de imputación objetiva y subjetiva, todo lo penalmente relevante, no pasará este primer presupuesto material de la prisión preventiva, por lo que el efecto procesal será la desestimación de la medida coercitiva solicitada.

Con lo dicho, ocurren casos como el registrado en el Expediente Judicial N° 00412-2018-0-0601-JR-PE-05, tramitado en el quinto juzgado de investigación preparatoria del Distrito Judicial de Cajamarca, en cuyo requerimiento de acusación por el delito de violación sexual de menor entre 14 y 18 años, al momento de realizar el análisis de la participación de los imputados consigna como autora del referido delito a la madre de la menor, quien, teniendo el “dominio del hecho, ha [sic.] permitido dichas violaciones, estando presente en el lugar de los hechos” (Caso de violación sexual de menor entre 14 y 18 años, 2018, requerimiento acusatorio, ítem. V).

Aseveración que presenta manifiesta vulneración del principio de imputación necesaria, pero además desconocimiento de los

elementos del tipo penal y su configuración; circunstancias que, deberían ser objeto de observación en la etapa intermedia a fin de que no afecten a una posterior defensa en el juicio oral; no obstante, al no existir esta habilitación legal para la actuación del juez de control de acusación, persiste la incertidumbre respecto de si es posible o no la actuación en ese sentido.

Una situación similar se presenta en el requerimiento acusatorio presentado en el Exp. N° 01419-2018-0-0601-JR-PE-05 por el delito de abuso de firma en blanco, en el que de los hechos se desprende que el acusado habría aprovechado su posición como administrador de la empresa de los agraviados para hacerse de dos de los documentos en blanco que éstos dejaban para simular la existencia de un préstamo entre el gerente de la empresa y su persona, así como para simular la existencia de un reconocimiento de dicho préstamo por parte del hijo del mencionado gerente.

Estos hechos fueron tipificados en el requerimiento fiscal como abuso de firma en blanco, regulado en el artículo 197, numeral 2, del Código Penal; empero, siendo que la hoja que fue firmada en blanco por los agraviados no fue entregada por los mismos agraviados de modo voluntario al acusado para que haga un uso determinado de ellas, el hecho materia de imputación no debió tipificarse como abuso de firma en blanco sino como falsedad material (el que hace en parte un documento falso artículo 427



C.P); situación que, por su evidencia manifiesta, bien podría ser observada en etapa intermedia.

Tales inconvenientes en la tipificación también se presentan en los requerimientos de prisión preventiva, como ocurre en el Expediente N° 01127-2015-1-0601-JR-PE-05, en el que se solicitó prisión preventiva para una persona que fue intervenida conduciendo en estado de ebriedad y conducida a la dependencia policial para la toma de examen toxicológico, circunstancias en las que la intervenida habría presentado una conducta reacia a la realización de la diligencia, siendo que ha sido obligada a someterse al referido examen.

Motivo por el cual, la juez de la causa realizó el análisis de las circunstancias, verificando que la violencia causada por la imputada es inidónea para la configuración del tipo contenido en el artículo 366 del Código Penal, puesto que se encontraba en estado de ebriedad, por lo que los efectivos policiales la hacían podido reducir fácilmente, por otro lado, los testigos habrían señalado que la intervenida prestaba resistencia, por lo que modifica la tipificación a la contenida en el artículo 368, segundo párrafo del Código Penal, en los siguientes términos:

El juez de investigación preparatoria puede realizar control de tipicidad en dos momentos estelares del proceso penal; el primero en caso se presente un pedido de prisión preventiva como es el presente caso y el segundo momento en el cual puede realizar un

control de tipicidad es en una audiencia de control de acusación en etapa intermedia; siendo así, se tiene que este Despacho considera que el Ministerio Público debe reconducir la investigación al el tipo penal previsto en el artículo 368° segundo párrafo del Código Penal además del tipo penal previsto en el artículo 274° primer párrafo del Código Penal. Siendo así si existen graves y fundados elementos de convicción que vinculan a la investigada con dos delitos; (...) es decir existen suficientes elementos de convicción que vinculan a la investigada con el delito previsto en el artículo 274° primer párrafo del Código Penal, así mismo, existen suficientes elementos de convicción que vinculan a la investigada con el delito de resistencia y desobediencia a la autoridad, previsto y sancionado en el artículo 368° segundo párrafo del Código Penal.

No obstante, dicha decisión de la juez de investigación preparatoria fue declarada nula por la Sala de Apelaciones del distrito judicial de Cajamarca; generando con ello el criterio de que el juez de investigación preparatoria no puede realizar un análisis de la tipicidad de la conducta.

Así, con relación al tema en investigación, se verifica que existe una anomia o laguna del derecho, por cuanto la legislación procesal penal no ha regulado la posibilidad de que el Juez de Investigación Preparatoria pueda realizar un control de tipicidad en una audiencia de prisión preventiva o de realizarla de oficio en una audiencia de control de acusación.

### **1.1.2. Descripción del Problema**

Con lo dicho, todas las instituciones del derecho penal y procesal penal se insertan en el contexto del sistema acusatorio con tendencia adversarial que se regula en el Código Procesal Penal de 2004 y que tiene como una de sus características el respeto de las garantías sustantivas que suponen los derechos fundamentales y los principios que acompañan el mencionado sistema. En este sentido, también la debida tipificación y el respeto de la imputación necesaria se insertan como elementos componentes del derecho procesal penal garantista.

Empero, el referido código no recoge taxativamente la posibilidad de que el juez de investigación preparatoria lleve a cabo el análisis de dicha tipicidad o de imputación necesaria en los requerimientos de prisión preventiva y de acusación, a pesar de que la debida tipificación e imputación son presupuestos básicos para tales requerimientos; lo que lleva a verificar el alcance de las potestades con las que cuenta el juez de investigación preparatoria como parte de su función como juez de garantías.

Motivo por el cual, es interés de esta investigación, determinar los fundamentos jurídico-fácticos que justifican el control judicial del tipo penal propuesto por el Ministerio Público en los requerimientos de prisión preventiva y de acusación.

## **1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA**

¿Cuáles son los fundamentos jurídico-fácticos que justifican el control judicial de la tipificación y la imputación necesaria en los requerimientos de prisión preventiva y de acusación formulados por el Ministerio Público?

## **1.3. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN**

La justificación de la investigación se ubica en las tres dimensiones del derecho, en este caso, del Derecho Penal, a nivel axiológico, se pretende reformular las estructuras teóricas que dan sustento al proceso penal garantista que se desarrolla en el contexto del novísimo sistema procesal penal acusatorio con tendencia adversarial instituido en la mayoría de los países de la región sur americana; en este sentido, la reorganización estará referida a la constatación de los principios y valores que justifican la actuación de los juzgadores como garantes del proceso penal y, en ese sentido, protectores de la Constitución, lo que les posibilita, aún en el contexto de un sistema adversarial que privilegia el principio dispositivo, la actuación de la judicatura para dar solución a los errores de aplicación del derecho; la discusión resultante de la revisión de los elementos teóricos que dan contenido a nuestro proceso penal, aportará en la actualización de dichas teorías teniendo en cuenta una perspectiva funcional y no solamente técnica.

Este desarrollo teórico, va a influir, además, en la comprensión de la regulación con la que se cuenta desde la modificación del sistema en el año 2004 en el país; en ese sentido, propiciará la modificación de contenidos de algunas figuras como la del Fiscal y su figura como adversario, así como del juez, y su función como garante; en todo caso, la comprensión de los contenidos que siempre estuvieron regulados de dicha forma y que, por alguna razón, no fueron interpretados en ese sentido y, finalmente, de ser necesario, la modificación normativa de algunos dispositivos normativos como ocurre con los presupuestos establecidos en el artículo 268 o los que obran en el artículo 349 del Código Procesal Penal.

E indefectiblemente, la dotación de contenido interpretativo a las normas y la modificación de algunos dispositivos normativos, influirá en la aplicación de las figuras de la tipicidad y la imputación necesaria en los procesos penales en curso; vale decir, es el propósito de la presente investigación coadyuvar con la optimización en la actuación del representante del Ministerio Público, en perfecta diferenciación de su labor como investigador de la que ejerce como acusador; asimismo, la certeza en la actuación jurisdiccional teniendo en cuenta su potestad para dirigir el proceso, pero también de cautelar el respeto del ordenamiento jurídico y las figuras procesal penales; finalmente, la revalidación de proceso penal garantista.

Los propósitos, entonces, coadyuvarán a la academia, puesto que se incrementará el conocimiento respecto del tema particular de la tipificación y la imputación necesaria, pero además, se beneficiará a la sociedad en cuanto a la corrección de las actuaciones de los operadores de justicia y, finalmente, constituirá un importante hito en el desarrollo académico y profesional de la tesista, puesto que no solo involucra su participación en el análisis y la comprensión de las figuras penales, sino que, la investigación está dirigida a los aspectos que forman parte de su labor diaria.

#### **1.4. OBJETIVOS**

##### **1.4.1. General**

Identificar los fundamentos jurídico-fácticos que justifican el control judicial de la tipificación y la imputación necesaria en los requerimientos de prisión preventiva y de acusación formulados por el Ministerio Público.

##### **1.4.2. Específicos**

- a. Analizar la finalidad de la tipificación y la imputación necesaria en función a la teoría del delito, los principios del derecho penal y su regulación normativa.
- b. Delimitar las facultades y obligaciones con las que cuenta el Fiscal Penal y el Juez de la investigación preparatoria y etapa intermedia en relación con los presupuestos del garantismo penal.

- c. Elaborar la propuesta normativa que asegure el control judicial de la tipificación y la imputación necesaria en los requerimientos de prisión preventiva y de acusación formulados por el Ministerio Público.

## **1.5. DELIMITACIÓN**

### **1.5.1. Espacial**

Dado el tipo de investigación, no es posible realizar delimitación espacial.

### **1.5.2. Temporal**

Debido a que se trata de un estudio dogmático, no admite delimitación temporal.

## **1.6. LIMITACIONES**

No existen limitaciones para el desarrollo de la presente tesis.

## **1.7. TIPO Y NIVEL DE TESIS**

### **1.7.1. De acuerdo con el fin que persigue**

La investigación básica tiene por finalidad “mejorar el conocimiento *per se*, más que generar resultados o tecnologías que beneficien a la sociedad en un futuro inmediato” (Tam, Vera y Oliveros, 2008, p.

146); en este sentido, la presente investigación guarda esta tipología debido a que busca incrementar el conocimiento en lo que se refiere a la actuación contralora del juez como agente de interpretación del derecho, no únicamente de las disposiciones normativas legales, sino, principalmente de la constitución y los valores fundamentales de los que no puede encontrarse desprovisto el proceso penal, específicamente, en cuanto a la imputación necesaria que se inserta como un principio de información al investigado respecto de la responsabilidad penal que busca acreditarse en su contra; lo que ha demandado un estudio a nivel doctrinario, dogmático y casuístico que redunde en una propuesta doctrinaria que no se ha valido de manipulación de variables ni modificación de la realidad; es decir, se estudiará “científicamente hechos sociales” (Bunge, 2002, p. 29) para incrementar el conocimiento científico respecto de los elementos que deben componer el mencionado sistema.

### **1.7.2. De acuerdo con el diseño de la investigación**

De acuerdo al diseño de la investigación, el nivel o alcance que tuvo la investigación proyectada es explicativa, puesto que se busca construir un contexto de justificación para que el juez de garantías cumpla con su función contralora de la imputación necesaria, contexto que se instaura como razones subyacentes a la regulación taxativa de dicha función garantista de los derechos fundamentales; es decir, como causa suficiente para conseguir la



cimentación del control de imputación necesaria por parte del juez de investigación preparatoria.

Es propositiva, puesto que busca elaborar un fundamento dogmático que sirva como exposición de motivos a la modificación normativa que recoja taxativamente la función de control de imputación necesaria del juez de garantías dentro del proceso penal.

### **1.7.3. De acuerdo con los métodos y procedimientos que se utilizan**

El enfoque de la investigación es el cualitativo, pues “explora de manera sistemática los conocimientos y valores que comparten los individuos en un determinado contexto espacial y temporal” (Monje Álvarez, 2011, p. 12); para el caso de esta investigación, se prestará atención a la cualidades, características, funciones propias del juez de garantías como figura del derecho procesal penal también garantista, para, en función a estas, justificar la inclusión taxativa de una función que le corresponde sustantivamente hablando; en tal sentido, no hizo falta información cuantitativa que involucre porcentajes, frecuencias, orden, entre otras categorías que para la naturaleza de esta investigación no resultan eficientes.

## **1.8. HIPÓTESIS**

Los fundamentos jurídico-fácticos que justifican el control judicial de la tipificación y la imputación necesaria en los requerimientos de prisión preventiva y de acusación formulados por el Ministerio Público; son:

- A. La obligación primigenia de subsunción con la que cuenta el fiscal en virtud de los presupuestos generales establecidos por la teoría de la interpretación jurídica.
- B. El carácter normativo del principio de objetividad plasmado en el título preliminar del Código Procesal Penal, que cuenta con un alcance material sustantivo y no únicamente formal.
- C. La facultad para controlar, fiscalizar y tutelar de los derechos fundamentales con la que cuenta el juez de la investigación preparatoria y de la etapa intermedia.

## **1.9. MÉTODOS**

### **1.9.1. Generales**

#### **A. Deductivo**

La investigación científica se vale del método deductivo y el método inductivo, este último utilizado principalmente en las ciencias exactas, lo que lo dota de objetividad; en el caso de la

investigación en particular, siendo que se trata de una investigación jurídica que se basa en postulados generales, el método utilizado fue el deductivo, “mediante este procedimiento, se organizan hechos conocidos y se extraen conclusiones mediante una serie de enunciados, conocidos como silogismos” (Rodríguez Jiménez y Pérez Jacinto, 2017, p. 188); enunciados que fueron extraídos de las formulaciones ya existentes dentro del proceso penal, pero que, han sido complementadas con las que han sido desarrolladas constitucionalmente en materia de garantismo procesal.

Todo lo cual, ha servido de insumo para la construcción de nuevos postulados referidos a la tipificación y la imputación necesaria en los requerimientos de prisión preventiva presentados por el Ministerio Público, tomando en cuenta que, en la deducción “se pasa de un conocimiento general a otro de menor nivel de generalidad” (p. 188), vale decir que, los conocimientos generales están determinados por los principios del garantismo penal y las normas procesal penales que existen en la actualidad, a partir de los que, se ha construido la exigencia de tipificación adecuada e imputación necesaria a nivel de prisión preventiva.

## B. Analítico-sintético

Este es el principal método utilizado en la investigación debido a que:

se refiere a dos procesos intelectuales inversos que operan en unidad: el análisis y la síntesis. El análisis es un procedimiento lógico que posibilita descomponer mentalmente un todo en sus partes y cualidades, en sus múltiples relaciones, propiedades y componentes. Permite estudiar el comportamiento de cada parte. La síntesis es la operación inversa, que establece mentalmente la unión o combinación de las partes previamente analizadas y posibilita descubrir relaciones y características generales entre los elementos de la realidad. Funciona sobre la base de la generalización de algunas características definidas a partir del análisis. Debe contener solo aquello estrictamente necesario para comprender lo que se sintetiza. (Rodríguez Jiménez y Pérez Jacinto, 2017, pp. 8-9)

Bajo este entendido, ha sido empleado para el estudio específico de la teoría garantista del proceso penal, así como para la conformación de la obligación de subsunción a través del análisis de tipicidad y la imputación objetiva, pues, se ha individualizado su contenido en sus elementos mínimos y, a su vez, los componentes y finalidades de éstos; con ello, se pudo diferenciar cada uno de sus contenidos y correlacionarlos entre sí, a fin de establecer la consideración de la actuación que debe presentar tanto el fiscal penal en la formulación del requerimiento de prisión preventiva como en el requerimiento acusatorio; así mismo los límites y alcances de la facultad jurisdiccional en el control de la legalidad de dichos requerimientos.

El análisis es un método transversal a toda investigación, principalmente a las investigaciones jurídicas que cuentan con una visión básica- teórica, como la presente, puesto que el eje central de su funcionamiento serán los elementos de las teorías, principios, disposiciones normativas y bases axiológicas que sustentan el desarrollo de las figuras penales.

### **1.9.2. Específicos**

#### **A. Dogmático**

Es importante el método dogmático, debido a que permite la determinación del dogma jurídico inmerso en la configuración axiológica, reconocimiento normativo y actuación del derecho penal garantista, así como los dogmas ya construidos en base a las posturas naturalistas, positivistas y constitucionalistas, tales como, la consideración de los derechos fundamentales y los principios pre existentes, la obligación primaria de subsunción y, la objetividad en la interpretación que se encuentra delimitada por los desarrollos teóricos relativos a la tipicidad y a la imputación necesaria; puesto que, dichos dogmas se establecen a través de un conjunto de observaciones (estudio de los textos normativos, teóricos, doctrinarios), su interpretación (que según esta primera metáfora sería una actividad cognitiva) y su posterior sistematización (Núñez Vaquero, 2014).

Según esto, se han revisado los trabajos sociológicos, jurídicos y sociológico-jurídicos realizados previamente acerca de las figuras en estudio, a manera de revisiones sistemáticas para, luego de ello, analizar sus características, descomponer en sus mínimos elementos y volver a construir un nuevo dogma relativo a dichas figuras. Es por esto que se ha aseverado que la presente investigación es básica, con alcance explicativo y que hace uso además del análisis y síntesis.

## **B. Hermenéutico**

El método hermenéutico parte de la afirmación de que “existe una conexión esencial entre el lenguaje y la filosofía” (Atienza, 2018, p. 70) y, es a partir de el estudio de la semántica dentro de las normas jurídicas que se obtiene una interpretación analítica de esa parte del Derecho, la dimensión normativa; en el presente caso, este método ha sido utilizado para la comprensión de los dispositivos normativos relativos al proceso penal, al requerimiento mismo de prisión preventiva, a sus supuestos y, claro está, a las garantías que lleva inmersa.

## **1.10. TÉCNICAS**

### **1.10.1. Revisión sistemática cualitativa de fuentes**

La revisión sistemática de la literatura es un procedimiento que se ha desarrollado tanto como una forma de investigación, como en

atención a una técnica de recolección de datos o información contenida en la literatura científica previa a la investigación realizada, en el presente caso, al tratarse de una investigación que ha tomado la forma de una tesis, la revisión sistemática ha servido para recabar la información correspondiente a los componentes de investigación orientada al cumplimiento de los objetivos específicos.

En este sentido, para llevar a cabo el análisis de la imputación necesaria y la propia tipificación, fue preciso contar con toda la información dogmática, normativa y jurisprudencial correspondiente a esta categoría, lo mismo que para los componentes relativos a la función jurisdiccional, la función del Ministerio Público y al requerimiento de prisión preventiva como al requerimiento acusatorio; lo que supuso la ejecución de una revisión sistemática cualitativa de la literatura, en la que se ha seleccionado la información a recoger y luego se la ordenó en virtud de los componentes (Beltrán, 2005, pp. 60 y 61).

## **1.11. INSTRUMENTO**

### **1.11.1. Hoja guía de revisión sistemática**

Esta hoja guía fue empleada para llevar a cabo los dos momentos sustanciales de la revisión sistemática cualitativa de la literatura, la selección de la información, así como la sistematización en virtud de cada uno de los componentes.

### **1.12. UNIDAD DE ANÁLISIS, UNIVERSO Y MUESTRA**

Debido a que la investigación es de tipo básica y cualitativa, y siendo que no existirá modificación de la realidad ni manipulación de variables, no es posible consignar unidades de análisis, universo y muestra.

### **1.13. ESTADO DE LA CUESTIÓN**

Dado el tipo de investigación y que se trabaja con categorías distintas como son los derechos fundamentales, el contenido esencial que les asiste, el Tribunal Constitucional, así como la dimensión material de la constitución como reconocimiento de la supremacía constitucional; no existen investigaciones que cuenten con una relación directa con las instituciones que se pretenden plantear y por tanto, con el problema y objetivos de investigación; afirmación que se realiza luego de haber el Registro Nacional de Trabajos de Investigación (RENATI) de la Superintendencia Nacional de Educación Universitaria, así como, repositorios de universidades internacionales tales como la Universidad Autónoma de México, la Universidad de Buenos Aires, la Universidad Complutense de Madrid, la Universidad Carlos III, entre otras.



## **CAPÍTULO II**

### **MARCO TEÓRICO**

#### **2.1. MARCO IUSFILOSÓFICO**

##### **2.1.1. Positivismo incluyente y post-positivismo**

El positivismo, se desarrolló como teoría filosófica, excluyendo a toda injerencia que no sea netamente jurídica, como la moral y la religión; su máximo representante en el medio europeo continental - Hans Kelsen – presentó el contenido del mismo, a través de un planteamiento que denominó la teoría pura del derecho, postulando que “el análisis del derecho debe hacerse con independencia de todo juicio de valor ético y de toda referencia a la realidad social en que actúa” (Welzel, 1974, p. 119).

Vale decir, siguiendo los planteamientos de Austin, separó al Derecho de cualquier postulado de la moral social y la moral crítica de una sociedad, considerando que la construcción jurídica discurría por un cause independiente, autónomo, producto de las discusiones y planteamientos de los juristas, quienes se valen de procedimientos formalmente establecidos para construir las disposiciones jurídicas.

La autonomía del derecho, que postula tal corriente, encuentra la explicación teórica, cuando menciona que las normas provienen

únicamente del Estado, ya que, este no se encuentra vinculado a ninguna norma superior y, por tanto, todo lo que este fuera de él, podrán ser convicciones religiosas, morales o éticas, pero nunca Derecho (Pons, 2010).

Todo derecho es para Kelsen un sistema de normas, es decir, de enunciado de forma muy variada en los que se manifiesta ese derecho a través de las leyes, las sentencias de los tribunales, los actos de los particulares o de otras maneras que varían según los distintos sistemas (Welzel, 1974, p. 120).

De ello, puede verificarse específicamente que el sistema de normas al que hace referencia el positivismo, o el sector excluyente del mismo, está constituido por disposiciones normativas formales, que atraviesan un *iter* legislativo, como ocurre con las leyes en el sistema europeo continental; no obstante, no deja de reconocer el nacimiento del derecho a través de otros procedimientos, como ocurre con el *common law* en el que es la judicatura la que establece los precedentes de uso obligatorio, incluso, otros sistemas cuya formalidad es diversa.

No obstante, se reconoce como parte del sistema de normas, los actos desplegados entre particulares, entendidos como actos jurídicos que tienen calidad de *pacta sunt servanda*, que vinculan de manera obligatoria a las partes, vale decir, poseerán rango de ley, pero restringido sólo para quienes lo celebran.

La concepción de un positivismo puro es propia de aquellos que niegan toda relación que pueda existir entre el “ser” y el “deber ser”, pues su concepto y naturaleza se orienta únicamente bajo el rotulado de dos elementos: la expedición de las normas que son dadas por el Estado – expedición autoritativa - y su eficacia en la sociedad (Alexy, 2013, p. 16).

Ahora bien, esta teoría con el proceso histórico ha ido adoptando dentro de sí, dos vertientes, referidas al “positivismo excluyente” y el “positivismo incluyente”, el primero, como concepción rígida, sostiene que la moral está totalmente excluida del concepto de derecho y que, por tanto, no tendrá trascendencia alguna sobre la regulación de relaciones jurídicas existentes.

Postulado del que se aleja la segunda manifestación de positivismo, pues sus representantes más sobresalientes, como Hart y Coleman, centran su tesis argumentativa señalando que la moral y el derecho, está determinada únicamente por cuestiones sociales, adoptando el nombre de “tesis social”; esto es que, el derecho aprehende las prácticas sociales y les otorga un valor genérico que establecen deberes y obligaciones para una sociedad en general.

Mientras para el positivismo de Kelsen el fundamento del sistema jurídico era una regla hipotética o supuesta, para Hart el sistema jurídico se basa en una práctica social, una costumbre entre los funcionarios, y es esta práctica la que determina la existencia y el contenido de las normas del sistema). (Hart (1963) citado en Fabra Zamora, 2015, p. 2)

De esa forma, el positivismo incluyente dentro de un sistema jurídico concreto afirma que la atribución de validez jurídica a las normas, así como su contenido y su influencia en la decisión judicial, pueden depender de factores externos, como la moral, proveniente de cuestiones sociales convencionalmente aceptadas e históricamente aceptadas. Por eso, se ha dicho que los principios y valores morales se encuentran como fundamento para que un sistema jurídico dote de existencia y contenido a sus normas jurídicas.

En síntesis, para el positivismo incluyente la moral puede de hecho ser una condición de la validez jurídica respecto de ciertos sistemas jurídicos. En ellos, la existencia y contenido del derecho dependería de valoraciones y principios morales. Tal sería el caso de las democracias constitucionales contemporáneas, en las que la validez de las leyes dependería, entre otras cosas, de su conformidad con ciertos principios morales básicos tutelados por sus constituciones. (Orunesu, 2007, p. 27)

Visto de esta manera, su existencia apunta a una cuestión de hecho, explicada y conceptualizada a través del lenguaje y de las teorías que establezcan el significado o sentido que merecen. De ahí se sostiene, que no existe un antagonismo total entre moral y derecho, sino que ambos se encuentran ligados por el nacimiento del conjunto de acciones sociales tendientes a aceptar las reglas constitutivas que, como producto de las actuaciones de los miembros de una sociedad dan origen a las relaciones jurídicas positivas (Hart, 1958).

Ahora bien, muy a pesar de todas las críticas que ha recibido la teoría del positivismo incluyente, gran número de países han adoptado en sus ordenamientos jurídicos la denominada “constitución material”; afirmando así, “la capacidad del positivismo para asumir la importancia central que en el escenario del estado constitucional parecen adquirir los criterios de validez de naturaleza material” (Cuenca Gómez, 2008, p. 2008).

En esa tendencia, tal fenómeno jurídico no ha sido ajeno al contenido de la constitución política del Perú, pues expresamente en su artículo tercero, hace referencia al reconocimiento de una constitución material respecto de los derechos fundamentales, esto es, reconoce la existencia de otros derechos que no necesariamente se encuentren plasmados en la Constitución, siempre y cuando se funden en la dignidad del hombre, tal y como lo propugna otro de sus apartados.

No obstante, esta salvedad no se aplica en algunos campos del derecho, como el derecho penal, pues la especial protección a ciertos bienes jurídicos, responde siempre al principio de legalidad, principio que mantiene el respeto irrestricto por la norma escrita; y que evidentemente aparece como un escudo protector frente a las arbitrariedades del poder. En otras palabras, la constitución material mantiene latente el concepto de derechos fundamentales y el principio de legalidad los recoge para materializarlo y hacerlo eficaz dentro de la dogmática jurídico penal.

Así, por ejemplo, cuando el Ministerio Público realiza el seguimiento de los procesos penales, inicialmente encuadra a los hechos dentro de un tipo penal, no obstante, al momento de la audiencia de control de acusación, el juez de investigación preparatoria determina que tal tipificación no corresponde con los hechos ni con los elementos de convicción.

Así pues, no existe en el sistema jurídico peruano, regulación expresa, que ordene un control de tipicidad del juez de investigación preparatoria, para verificar si la calificación de los hechos corresponde o no con tal o cual delito; lo que, desde la perspectiva del positivismo, sea incluyente o excluyente, deja un vacío normativo que resta certeza a la actuación del juez de garantías cuando, en reconocimiento de sus funciones busca realizar un control de tipicidad.

Tal criterio consistente en regular el deber y derecho de los jueces de realizar el control de tipicidad, responde también al principio de seguridad jurídica, íntimamente relacionado con el principio de legalidad, de los cuales se desprenden dos situaciones: la garantía para el ciudadano de no afectar su libertad cuando de la relación de los hechos la tipificación pueda encuadrarse en otro delito, o cuando de los mismos, se desprenda la inocencia del investigado; y la seguridad jurídica general evidenciada ante la sociedad, desprendida a partir de la correcta solución de problemas jurídicos

con incidencia en la proporción del análisis de criterios fácticos y normativos.

Ahora, en lo que respecta al post-positivismo, expresión acuñada por Manuel Atienza (2017), no constituye una postura única y uniforme, pero, guarda como correlato con el positivismo incluyente el hecho de que vira hacia la observación de la Constitución como norma material fundamental del sistema jurídico y, en este tenor, como espíritu inspirador del resto de las normas desplegadas en el Estado Constitucional de Derecho.

Ahora, atienza (2017) lo denomina Constitucionalismo Postpositivista, porque intenta superar todas las formalidades y extremos presentados por el positivismo, principalmente el positivismo excluyente; empero, da cuenta de la multiplicidad de posturas que agrupa esta denominación, incluso del error de utilizar la denominación Neoconstitucionalismo para condensarlas.

Dentro de todas estas posturas diversas, la que más interesa a la investigación es la que otorga una labor sustancial al juez como creador de derecho de conformidad con el caso específico y sus necesidades (Tarello, 2013); puesto que, al tratarse de principal intérprete a nivel material, debe cuidar que la resolución que le da al caso concreto sea la más adecuada para asegurar la tutela efectiva de sus derechos constitucionales; en este sentido, el juez crea una norma jurídica material en cada caso concreto analizado;

con ello, se es escéptico respecto de la labor del legislador como constructora de derecho, puesto que el derecho en letra es derecho muerto, y se exhorta al juez para que construya una norma justa cada vez que resuelve un caso.

Este último extremo resulta importante para la investigación presentada, puesto que es precisamente el juez de investigación preparatoria el que debe asegurarse de la tutela efectiva de los derechos de las partes controlando la labor Fiscal y el cumplimiento del principio de objetividad cuando se formula un requerimiento que afecte derechos tan importantes como el derecho a la libertad personal.

### **2.1.2. Sistema acusatorio moderno garantista con tendencia adversarial**

Antes de la dación del nuevo Código Procesal Penal, el sistema procesal que regía el proceso penal peruano era el sistema inquisitivo, sistema que mostraba al juez como la figura central del proceso penal, teniendo en su poder el futuro de este, pues se encargaba de realizar las investigaciones, tipificar el delito, juzgar y sentenciar.

Esta regulación resultaba bastante cuestionada por la doctrina, pues ponía en tela de juicio el principio de imparcialidad y lesionaba incuestionablemente el principio de oralidad y publicidad



y, siendo que el proceso penal encarna diversos procedimientos, y dentro de ellos se nutre de diversos actos procesales que se valen de un conjunto de instituciones y principios que finalmente terminan por definir sus lineamientos, era necesaria una reforma del sistema procesal.

Por eso, luego de diversas etapas históricas en donde tuvo cabida la literatura jurídica con los planteamientos de un sistema acusatorio, luego uno adversarial, y finalmente un sistema mixto, es que, se perfeccionó lo que hoy se conoce como sistema acusatorio moderno garantista con tendencia adversarial, sistema que de acuerdo con los postulados constitucionales ha llegado a ser más adecuado para los fines del proceso penal y del derecho penal en general, y que además recoge algunos rasgos del sistema inquisitivo, ejemplo de ello, la prueba de oficio.

Ahora bien, sin duda uno de los aportes más importantes que trajo la revolución francesa, fue la materialización de la teoría de división de poderes, – hoy en día llamada división de funciones – fundamento histórico base para el surgimiento del sistema acusatorio, en los estados que se propugnan estados constitucionales.

Este sistema, a decir de Ferrajoli (1995), implica:

Acusatorio a todo sistema procesal que concibe al Juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales

iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el Juez según su libre convicción. (p. 564).

En este sentido, la división de funciones que se ejerce en el proceso, es su principal característica, ya que, por un lado, al acusador personificado en el fiscal – Ministerio Público – es quien ejercita la acción penal, construyendo su teoría del caso en base a los elementos de convicción con los que se encuentran en sus investigaciones preliminares. Etapa en la que el funcionario debe ejercer sus funciones de manera imparcial y objetiva. Así, del otro lado, se tiene al imputado, quien recibe la imputación dada por el fiscal, para que este pueda ejercer su derecho a la defensa; y finalmente, se tiene al juez, quien es el encargado de juzgar y sentenciar, previo acto de escuchar a ambas partes y de acuerdo con el material probatorio que sustente tal o cual pedido (Calderón Sumarriva, 2011).

Así, se le está prohibido al juez realizar investigación, siendo el único facultado el Ministerio Público, esto a fin de garantizar la objetividad del proceso, y los derechos que la constitución y otros dispositivos legales le han otorgado.

La denominación de moderno garantista proviene por la adopción de la convención americana sobre derechos humanos, ratificada por el Perú el 11 de julio de 1978, consagra en su artículo 9 el

principio de legalidad, en el artículo 8 el principio de presunción de inocencia, en el artículo 10 el principio de indemnización por errores judiciales, y en el numeral 2 del artículo 8 el principio de derecho a la defensa (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1978).

El subtítulo “moderno garantista”, involucra el llamado a un proceso penal, que busca prevalecer los derechos fundamentales del hombre, y que, al ser su control, tanto en el ámbito nacional como en el ámbito convencional, otorga mayor grado de responsabilidad al momento de llevar a cabo un proceso penal.

Estos derechos fundamentales a los que se hace referencia, bien podrían llamarse “derechos fundamentales de corte procesal”, entendidos como las garantías de las que se vale el imputado para llevar a cabo la defensa en todo el transcurso del proceso. Así, por ejemplo, el acusador o el juez dirimente no podrán privarle de recabar sus propios elementos de prueba, de contar los hechos, etc., pues ello, es propio de la manifestación del derecho a la defensa que le asiste.

Por eso, es que se le insta al fiscal, haber demostrado que ha desvirtuado totalmente el principio de presunción de inocencia, y que la conducta incriminatoria encaja perfectamente en el tipo penal; si ello no es así, se viola los derechos del imputado y con ello el sistema moderno garantista.

Finalmente, el llamado a la tendencia adversarial es debido a que el proceso penal, constituye el vehículo para que los jueces puedan aplicar el derecho sustantivo, y en ese sentido, brindar una respuesta a las necesidades sociales valiéndose de la aplicación del derecho penal. Empero, en la aplicación de ese derecho sustantivo, que prevé el proceso penal, se ven inmersos diversos principios, el primero de ellos, por ser uno de continente, llamado tutela jurisdiccional efectiva, que tiene tres momentos: el derecho de acción, el derecho a un debido proceso y la ejecución de lo decidido.

El derecho a un debido proceso se ha catalogado a la vez como un principio – derecho, continente, pues en su estructura contiene a otros derechos como el derecho a la defensa del que el imputado puede hacer uso, además de ello, el derecho a probar y el derecho a la contradicción, que es donde se materializa el proceso penal de forma oral.

En ese sentido, la tendencia adversarial, implica colocar a los sujetos confrontados en un plano de igualdad, esto es otorgarle las mismas oportunidades y dotarles de las mismas herramientas y mecanismos, uno para llevar a cabo la persecución penal y otro para resistir a ella. A esto, es a lo que la doctrina ha llamado principio de igualdad de armas.

Sin embargo, no es del todo cierto, como parte de la doctrina lo sostiene, que el juez sea un mero espectador de las actuaciones tanto de la fiscalía como del imputado, sino que su intervención es para verificar la legalidad de los actos procesales que emanan de las partes, esto es, la emisión de pruebas, los argumentos, las pretensiones, etc. La mayor actuación del juez, es como garante de la legalidad, así como, para imponer las medidas limitativas de derechos que sean necesarias para asegurar los fines del proceso.

## **A. Características**

### **a. Respeto a los derechos fundamentales**

Las investigaciones preliminares, empiezan por tener al principio de inocencia y de legalidad como base sobre la cual se debieran realizar todo acto de investigación. Esto, porque tales derechos forman parte de la Constitución, y, por tanto, su implicancia en el derecho procesal penal debe respetar tal parámetro, que no es otra cosa que brindar un trato al investigado como si este fuera inocente, no restringiendo su libertad con penas anticipadas.

### **b. Reparto de roles**

La delimitación funcional que se establece entre el Ministerio Público, el juez y el investigado, está dada,

dentro de otros fines, para evitar arbitrariedades y retroceder al sistema inquisitivo en la administración de justicia. Por eso, se le está prohibido al juez investigar o ejercer la persecución penal, pues “existe un verdadero enfrentamiento entre la defensa y la acusación, el juez tiene una posición imparcial y se establece un principio de igualdad de armas” (Calderón Sumarriva, 2011, p. 29).

La función del juez solo está enmarcada en verificar la legalidad de la actuación de la fiscalía y del investigado (en la etapa de investigación preliminar). Por otro lado, la función del fiscal es objetiva, busca acreditar la culpabilidad, pero también la inocencia del imputado es más parte de este último supuesto para realizar sus investigaciones, y solo si logra destruirlo podrá el juez condenar. Esto en función, del momento en el que se encuentra - etapa de investigación preliminar - y en tal momento, la función del fiscal es la de un funcionario - investigador de los hechos que han dado origen al posible delito, y por tanto su actuación debe ser objetiva, es decir, orientarse no solo a buscar elementos que acrediten la responsabilidad, sino también a demostrar la inocencia, si así lo amerita el caso (Calderón Sumarriva, 2011).

### **c. Igualdad de armas**

Se establece, que todas las partes procesales tengan iguales derechos y cuenten con los mismos mecanismos para hacer valer sus intereses, es por ello, que se tiene el derecho a la defensa, a la contradicción, a fin de garantizar la imparcialidad en el proceso (Calderón Sumarriva, 2011).

### **d. Prevalencia de la oralidad y publicidad del juicio**

La oralidad viene a ser el instrumento principal para sustentar las pretensiones, argumentar los medios de pruebas y demás actos procesales que se desarrollen; la publicidad tiene incidencia en la víctima, pues se configura con el acceso a todos los documentos e información que sean parte del proceso, además, tiene incidencia en la sociedad, pues a esta le interesa saber cómo es la actuación del juez frente a un caso concreto (Calderón Sumarriva, 2011).

### **e. Existencia de la etapa intermedia**

Esta es la etapa en la que se realiza el control de la investigación y del requerimiento fiscal. Es por excelencia la etapa que cristaliza el contradictorio y la oralidad, asimismo, permite definir las pruebas que se van a actuar, excluyendo la impertinentes, inútiles e ilegales;

evitándose juicios inútiles y dando pase a las exigencias de legalidad y suficiencia de elementos de convicción (San Martín Castro, 2015).

**f. Iniciativa probatoria de las partes**

Tal situación se reconoce en el juicio oral, afirmando la imparcialidad judicial. En este aspecto, también se puede denotar la división funcional, a la que se ha hecho alusión anteriormente, pues el juez parte de la idea de, no asumir la responsabilidad de identificar y aportar los elementos de prueba necesarios para la emisión de la sentencia, sino que, lo reconoce como una facultad de las partes (en caso del imputado). La obligación de demostrar la culpabilidad impuesta por el fiscal es competencia estricta de él, pues no se puede pretender recabar pruebas para que la propia parte sea quien se condene, por eso, el investigado, incluso puede abstenerse de presentar prueba, e incluso puede guardar silencio (San Martín Castro, 2015).

**2.2. MARCO CONSTITUCIONAL GARANTISTA**

**2.2.1. Los derechos constitucionales a ser respetados en el proceso penal**

De la redacción del artículo 2, inciso 24, se desprende que toda persona tiene derecho a la libertad y a las seguridades personales.



Al ser la libertad uno de los bienes jurídicos más importantes dentro de la esfera de protección del individuo, que importa para él y para el Estado, recibe base constitucional y convencional, reconocido en diferentes tratados internacionales a los que el Perú está adscrito, donde prevalece el derecho a la dignidad, derecho que también ha tenido un reconocimiento constitucional, y que para el criterio de la tesista, se ubica como el segundo derecho fundamental más importante, después del derecho a la vida.

Así, la libertad se manifiesta en las siguientes modalidades: libertad de expresión, religiosa, técnica, artística, sexual, etc. De esta forma, la libertad viene a ser un presupuesto indispensable para garantizar el respeto a la dignidad del ser humano. Presupuesto que además es inherente a la persona y que, desde una perspectiva ius naturalista antecede al ordenamiento jurídico.

Visto de esta manera, se cataloga al derecho a la libertad como aquel derecho fundamental que corresponde con “la idea misma de estado de derecho – en tanto es un orden socio-estatal delimitado por el principio de legalidad- de forma tal que, la libertad únicamente puede ser limitada por intereses superiores y por las causales previstas en la ley” (Peña Cabrera Freyre, 2015, p. 238).

Este derecho fundamental comprende un bien jurídico personalísimo vinculado a la esencia misma del ser humano; sería nefasto imaginar

una sociedad en donde sus habitantes no puedan gozar del libre albedrío, que supone la capacidad de los sujetos para auto determinarse conforme a las reglas previstas en el ordenamiento jurídico y a los presupuestos éticos que cada uno haya interiorizado en sí mismo y que se manifiestan en el comportamiento de cada uno de ellos; implica además, el libre desarrollo de la personalidad, misma que debe ser determinada por uno mismo.

### **2.2.2. Acerca de principios que sustentan la intervención penal**

El Estado tiene la potestad para identificar determinadas conductas como delitos e imponerle la sanción correspondiente; esta potestad es conocida como "*ius puniendi*".

La intervención penal se encuentra sustentada en principios que constituyen límites y garantías para el ejercicio del poder estatal en la identificación de conductas como punibles y en la imposición de penas; los principios son los siguientes:

#### **A. Principio de legalidad**

El principio de legalidad se encuentra reconocido por la Constitución Política del Perú, en su artículo 2, inciso 24, literal d y en el artículo II del título preliminar del código penal.

Este principio limita la intervención del estado y su poder punitivo a “las acciones u omisiones previstas en la ley como infracciones punibles: “*nullum crimen, nulla poena sine lege*” (Villavicencio, 2006, p. 90). García (2012) menciona – en el mismo sentido - que para que una conducta sea calificada como delito, esta al igual que la sanción a imponer deben estar escritas previamente en la ley.

Este principio permite al ciudadano conocer qué conductas constituyen delitos y qué conductas no constituyen delitos, y de esa manera pueda hacer frente a los abusos por parte del estado en su ejercicio de su poder punitivo.

## **B. La prohibición de analogía**

La prohibición de la analogía se encuentra recogida en el artículo 139, inciso 9 de la Constitución Política del Perú y el artículo III del Título Preliminar del Código Penal.

La analogía constituye aquel proceso por el cual son resueltos los casos que no se encuentran previstos por la ley, de acuerdo a Villavicencio (2006), a través de: Disposiciones previstas para casos semejantes: conocida como analogía *legis* y deducciones de los principios generales del derecho: conocida como analogía *juris*.

Es preciso aclarar que, la prohibición de la analogía se da en los casos que sea perjudicial para el inculpado, en los casos que beneficie a este se aplica a través de los procesos de interpretación de la ley penal.

### **C. Principio de irretroactividad**

La retroactividad consiste en la aplicación de la ley penal a casos producidos anteriores a esta. Este principio prohíbe, limita, que la Ley penal se aplique a casos anteriores cuando no va a favorecer al inculpado o reo.

Teniendo en cuenta que la determinación de la conducta y la pena debe ser previa a la realización del hecho delictivo, las leyes penales no pueden ser aplicadas retroactivamente para castigar una conducta a la entrada en vigencia de una ley penal que no estaba prevista cuando se cometió el hecho delictivo (García, 2012).

### **D. Principio de necesidad o de mínima intervención**

La intervención del derecho penal debe limitarse solo a la protección de la sociedad, es decir, la pena debe ser impuesta cuando exista una necesidad extrema que pueda volver a un castigo violento en legítimo. Villavicencio (2006), menciona que,

“es un límite importante, porque permite evitar las tendencias autoritarias (...) las leyes penales (...) se justifican en la tutela de un valor que necesita de protección penal” (p.92)

El derecho penal, de acuerdo con García (2012), es de último mecanismo si no funcionan las vías previas, pues agotándose estas no puede resolverse el conflicto. Este principio contiene los siguientes subprincipios:

**a. Principio de subsidiaridad:** Bajo este principio, el derecho penal es de ultima ratio, es decir, cuando los demás mecanismos de control fallan, es cuando se puede recurrir a este, debido a “la gravedad que revisten sus sanciones. Los ataques leves a los bienes jurídicos deben ser atendidos por otras ramas del Derecho o por otras formas de control social” (Villavicencio, 2006, p. 93).

**b. Principio de fragmentariedad:** De acuerdo con este principio, el derecho penal no se usa para prohibir todas las conductas, sino solo aquellas que son lesivas a los bienes jurídicos tutelados. La fragmentariedad se determina de la siguiente forma:

*Primero*, defendiendo al bien jurídico sólo contra aquellos ataques que impliquen una especial gravedad, exigiendo, además, determinadas

circunstancias y elementos subjetivos. *Segundo*, tipificando sólo una parte de lo que en las demás ramas del ordenamiento jurídico se estima como antijurídico. *Tercero*, dejando, en principio, sin castigo las acciones meramente inmorales (Villavicencio, 2006, p. 94)

**c. Principio de exclusiva protección de los bienes jurídicos:**

Según este principio, para que la conducta sea considerada ilícita, requiere además de su realización formal, la puesta en peligro o lesión de un determinado bien jurídico. Implica que: a) Los preceptos penales deben proteger bienes jurídicos ante su puesta en peligro o lesión, b) El estado no puede imponer penas que afecten la libertad moral, política o religión del ciudadano, y c) Se deben tutelar intereses sociales (Villavicencio, 2006).

Cabe aclarar, de acuerdo con García (2012), que la protección de bienes jurídicos se da en el sentido de la afectación o vulneración de estos, mas no se protege a bienes jurídicos como objetos materiales e inmateriales y también busca evitar un ataque entre ellos.

**d. Principio de racionalidad y humanidad de las penas:**

Bajo este principio se rechaza las imposiciones penales que brutalmente afecten a los sujetos; en ese sentido se debe imponer una pena humanitaria, que no implique sufrimientos innecesarios para los penados. Así, “Toda consecuencia jurídica debe terminar en algún tiempo, pero nunca debe rebasar más allá de la vida del penado ni ser perpetua” (Villavicencio, 2006, p. 107).

**e. Principio de culpabilidad**

Según Villavicencio (2006), el derecho penal asigna tres significados al término culpabilidad: como fundamento de la pena (imposición de la pena al autor de un hecho típico y antijurídico), como elemento de la determinación o medición de la pena (su gravedad y su duración), y como lo contrario a la responsabilidad por el resultado (prohíbe la atribución de un resultado imprevisible).

Este principio limita al derecho penal a establecer la responsabilidad penal para posibilitar la imposición de la pena al autor y excluir la misma cuando el resultado no era previsible.

**f. Principio de proporcionalidad**

Conocido como principio de prohibición en exceso, prescribe que la pena debe ser proporcional a la afectación causada por el agente. Consiste en “la búsqueda de un equilibrio entre el poder

penal del estado, la sociedad y el imputado” (Villavicencio, 2006, p. 115). El principio de proporcionalidad se encuentra previsto en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal.

**g. Principio del primado del derecho de los derechos humanos, del derecho internacional humanitario y los principios constitucionales y de subordinación de la ley penal sustantiva**

La garantía que brinda este principio es la vigencia y prevalencia del derecho de los derechos humanos, del derecho internacional humanitario y los principios constitucionales y de subordinación de la ley penal sustantiva, frente al ejercicio del poder penal (Villavicencio, 2006).

### **2.3. MINISTERIO PÚBLICO**

Dentro de un estado social y democrático de derecho, como es el estado peruano, lo que se busca es construir de manera adecuada las funciones del poder político, por una parte; y por otra, la eficiente protección y garantía de los derechos fundamentales.

Es así como, de conformidad con el artículo 1 de la Constitución Política del Perú, “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado”; esto trae como correlato



fundamental, el respeto de derechos fundamentales, derechos que son inherentes a la dignidad humana, normalmente recogidos por las constituciones modernas, asignándole un valor jurídico superior, con respecto a otras normas.

Con la forma de ejercer el poder político a través de la separación de funciones dentro de un estado, da cuenta de un mecanismo descentralizado y desconcentrado, donde el ministerio público es un órgano integrado al proceso de administración de justicia, en términos generales; pero a la vez, autónomo y único dueño de la investigación penal, sin el cual, todo acto incriminatorio que intente poner en tela de juicio la inocencia de una persona pierde credibilidad, pues tiene que estar autorizada por el ministerio público, o trabajando conjuntamente.

Con ello, el Ministerio Público tiene base constitucional y se concibe como organismo autónomo, que no da cuenta de sus actuaciones a ningún otro poder u órgano; siendo que, lo ubica en un nivel jerárquico igualitario al Poder Judicial, otorgando los mismos derechos y prerrogativas cada uno en su categoría respectiva, afectándole las mismas incompatibilidades y siendo el proceso de nombramiento muy similar a los del Poder Judicial (art. 158). Empero, la categoría de “autónomo” no rebalsa la fuerza normativa y vinculante de la constitución, por eso sus actuaciones también se encuentran sujetas a la supervisión de ella misma.

Así, de la redacción pragmática del texto constitucional (arts. 158, 159 y 160), se desprende la legitimidad del Ministerio Público, en cuanto a órgano autónomo, jerárquicamente organizado, con marcadas competencias. Igual correlato sigue, la Ley Orgánica del Ministerio Público en su apartado 1, donde se establece la autonomía y las específicas funciones que se le han atribuido.

Si bien, la redacción de la Ley Orgánica del Ministerio Público se dio en un momento anterior al de la constitución vigente, su estructura, funcionalidad y demás aspectos concernientes al Ministerio Público, no han sido contrarios a las disposiciones del texto fundamental, por lo que su dación no afecta su vinculación como órgano autónomo, ni tampoco su vigencia.

### **2.1.1. Funciones**

El desarrollo evolutivo del sistema garantista, que dejó de lado al sistema inquisitivo, donde el juez era el centro de la actividad jurisdiccional, y, por ende, el único dueño de la administración de justicia, pues tenía la potestad de investigar el delito, de generar la prueba y de juzgar. No obstante, con la entrada en vigor del nuevo Código Procesal Penal (2004), se evidencia el fuerte sistema garantista, que propugna una marcada desconcentración del poder. Aquí el juez es director del proceso, y solo ejerce sus funciones a instancia de parte, es decir, espera que opere el

principio dispositivo para luego valerse de él, y conducir el desarrollo del proceso.

Así, da la marcada delimitación, que hoy en día se tiene, pues se ha encargado al Ministerio Público – en términos generales – la función investigadora y sólo de acuerdo con sus elementos probatorios o de convicción con alto grado de certeza, sustentar el requerimiento acusatorio. El juez por su parte, su finalidad última, está dada para juzgar y sentenciar.

Esto último, se colige con el mandato general de la Constitución extraído de su artículo 159, inciso 2 que exige al Ministerio Público “Velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia”. En ese sentido, también se comporta como custodio de la legalidad de las actuaciones del Poder Judicial, ya que, como actúa en representación de los intereses de la sociedad, le interesa que todo proceso este en base a derecho, sin ninguna injerencia exterior.

Del mismo sentido, la consideración del Ministerio Público como “defensor” de la legalidad y la constitucionalidad, “custodio” de la independencia de los órganos y de la administración de justicia, “titular o señor” del ejercicio público de la acción penal y “asesor u órgano ilustrativo” de los órganos jurisdiccionales (Quiroz Villon, 2016, p. 50) pasará por no perder de vista la consagración que se

realiza en el artículo 1 del texto fundamental (persona fin supremo de la sociedad y del estado), el principio de igualdad ante la ley reconocido en el artículo 2, inciso 2 de la misma y la cuarta disposición final y transitoria que prescribe, “las normas relativas a los derechos y a las libertades que la constitución reconoce se interpretan de conformidad con la declaración universal de derechos humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias, ratificados por el Perú”.

#### **A. Conductor de la investigación preparatoria**

Esta función, dada con miras a concretizar el proceso penal, es una de las más importantes y que mayores implicancias conlleva, llegando a influenciar en gran medida en la decisión conforme a la ley, y a los hechos que el juez pueda tomar.

El rol del Ministerio Público, como conductor de la investigación preparatoria, requiere que este sea capaz de dinamizar el proceso de investigación criminal, esto es, teniendo en cuenta políticas de coordinación con la policía nacional; además, “el Ministerio Público debe desarrollar una política de control de la carga procesal, para que el sistema procesal funcione con eficiencia y calidad, y debe jugar un rol decisivo en la promoción y protección de los derechos de las víctimas” (Cubas Villanueva (2015), citado en San Martín Castro, 2015, p. 207).

En tal virtud, la función persecutoria del Ministerio Público se encarga no sólo de recibir las denuncias por la comisión de delitos públicos, como lo prevé el artículo 60, inciso 1 del Nuevo Código Procesal Penal, también dispone la realización de actos urgentes e inaplazables para determinar la procedencia de la acción penal, los mismos que, pueden ser desarrollados por la Policía siempre que el Ministerio Público haya dado las pautas para hacerlo (art. 62.2 y 69).

A ello se suma, el Nuevo Código Procesal Penal otorga al juez el control jurídico de su desarrollo, definiendo su propia estrategia, a razón de que, estando en la condición de titular de la investigación preparatoria le permite crear el método con el cual conseguir el objetivo planteado, garantizando siempre el derecho de defensa del imputado y demás que le sean útiles, así como la regularidad de las diligencias, para que estos no vulneren derechos fundamentales (art. 65.4). Aunado a ello, el art. 61.2, prevé que el fiscal puede solicitar al juez medidas limitativas de derechos, para el debido esclarecimiento de los hechos y aseguramiento de las fuentes de prueba.

Con ello, se evidencia, otra finalidad del Ministerio Público y es la de aseguramiento de la eficacia del proceso y de la sentencia final, para lo cual, el órgano jurisdiccional deberá evaluar la procedencia/fundabilidad de la medida.

El rol de conductor de la investigación lo hace, sin duda, responsable de ella. Tres consecuencias acarrearán esta posición institucional. **1.** Tomar las decisiones acerca del futuro de la investigación: necesidad de realizar ciertas diligencias de investigación, provocar audiencias ante el juez de investigación preparatoria, impulsar la continuación de los actos de investigación, declarar su cierre. **2.** Conseguir autorizaciones judiciales - medidas limitativas de derecho en general-. **3.** Responder frente a los perjuicios generados por la actividad de investigación y responder por el éxito o fracaso de las investigaciones frente a la opinión pública. (Duce/Riego, citado en San Martín Castro, 2015, p.208).

Queda sentado, que conforme a todo lo antes dicho, el fiscal se convierte en un auténtico investigador, pues realiza diligencias (en colaboración y dirigencia de la Policía) en busca de las pruebas, que permitan acreditar los hechos en el sentido de que, los elementos del delito se encuentren comprobados, y que la presunta responsabilidad quede acreditada. De este órgano constitucional autónomo depende el éxito o fracaso de la investigación.

En tal caso, la conducta típica, antijurídica, culpable y para algunos autores, punible, es el concepto atribuible al delito; con ello, el fiscal está obligado en forma exclusiva, a la investigación de los hechos constitutivos de delito, para a partir de ellos, determinar el alto grado de certeza sobre la participación punible de los imputados, *contrario sensu*, para acreditar la inocencia en caso así lo demostrase la

investigación. Así, se desprende la fundabilidad o no, que el juez evaluará para dictar una medida limitativa de derechos.

Ahora bien, el Ministerio Público, en la etapa de investigaciones preliminares, por su propia naturaleza, se encuentra sometido al ejercicio de dos principios:

**a. Legalidad:**

El Ministerio Público, es el titular del ejercicio de la acción penal, actúa de oficio, a instancia de la víctima, por acción popular o por noticia policial. El fiscal, conduce desde su inicio la investigación del delito, actuando con independencia de criterio, adecuando sus actos a un criterio objetivo, rigiéndose únicamente por la constitución y la ley, conduce la investigación en la que debe practicar actos de investigación que permitan no solo comprobar la imputación, sino también los actos que sirvan para eximir o atenuar la responsabilidad penal del imputado; asimismo, en la investigación del delito, el fiscal deberá obtener elementos de convicción necesarios para la acreditación de los hechos delictivos, así como para identificar a los autores o partícipes en su comisión, finalmente, garantizará el derecho de defensa del imputado y sus demás derechos fundamentales.

**b. Objetividad:**

El Ministerio Público, en tal ocasión actúa como un funcionario público, que tiene libertad y es independiente de todo medio que vaya a poner su actuación en peligro. En ese sentido, investiga sobre los hechos que determinen o acrediten la responsabilidad del imputado o que puedan eximirla o atenuarla (art. IV. 2 del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal).

**B. Parte en el proceso**

En el ejercicio de ella, el Ministerio Público deja su papel investigador para convertirse en parte del proceso, pretendiendo, que el juez imponga una determinada pena por el hecho que acusa a una persona (natural o jurídica).

Se le da el monopolio de la acción penal para que previo estudio de la misma la califique y haya así una primera evaluación sobre su procedencia. Esto es importante tanto dar garantía a las personas de no ser procesadas penalmente sin que haya razones atendibles sobre la posibilidad de comisión de un delito como para descargar el despacho judicial de procesos que no tienen viabilidad. (Rubio Correa, 1999, p. 276).

Visto de esta manera, ya cuando el fiscal haya recabado suficientes elementos de convicción con alto grado de certeza, puede acusar y sostener la acusación en la correspondiente etapa intermedia, que se realiza de manera



oral y pública. Es bueno precisar, acerca de la participación de los intervinientes del proceso, pues, dentro de él, también se debe tomar en cuenta las declaraciones en que ellos tuvieron participación, a fin de formarse mayor certeza para condenar o absolver.

### **C. Acusador Público**

El Ministerio Público, en esta función se encarga de ejercer el *ius Puniendi*, “mediante la acusación, cuando proceda, aun cuando no actúa derecho fundamental alguno, cumple con su obligación jurídico – pública de ejercitar la acción penal introduciendo la pretensión punitiva; y, con ello, mantiene la vigencia del principio de contradicción” (San Martín Castro, 2015, p. 209).

La referencia al acto de acusación, obviamente debe estar sustentada en elementos que tengan alto grado de certeza de la comisión del delito, como de la responsabilidad del imputado (art. 344, inciso 1 y 2 del NCPP). En caso de insatisfacción con lo decidido, también se le está facultado al fiscal a hacer uso de los medios impugnatorios que legalmente reviste el ordenamiento jurídico (art. 61.3 NCPP).

Así pues, la acusación fiscal es un acto de postulación del Ministerio Público que promueve en régimen de monopolio en los delitos sujetos a persecución pública (artículos 159, inciso 5 de la Constitución, 1 y 92 de la Ley Orgánica del Ministerio Público y 1, 60 y 344 inciso 1 del Nuevo Código Procesal Penal).

A través de este acto, la fiscalía fundamenta y deduce la pretensión penal; esto es, la petición fundamentada dirigida al órgano jurisdiccional para que imponga una sanción penal correspondiente por la comisión de un hecho punible que se afirma haber cometido. En ese orden de ideas, el Acuerdo Plenario N° 6-2009/CJ-116, ha sostenido:

La acusación fiscal debe expresar, de un lado, la legitimación activa del fiscal como tal –cuya intervención sólo es posible en los delitos de persecución pública- y la legitimación pasiva del acusado, quien desde el Derecho penal debe tratarse no sólo de una persona física viva, sino que ha debido ser comprendido como imputado en la etapa de instrucción o investigación preparatoria y, por ende, estar debidamente individualizado. De otro lado, desde la perspectiva objetiva, la acusación fiscal ha de respetar acabadamente los requisitos objetivos referidos a la causa de pedir: fundamentación fáctica y fundamentación jurídica, y al petitum o petición de una concreta sanción penal. (Corte Suprema de Justicia de la República, 2009) (fund. 6).

Entonces, la acusación debe contener fundamentos de hecho como de derecho, individualizar a la persona a la que se la atribuye responsabilidad civil, con mención fundamentada del

resultado de las investigaciones., exigiendo una relación circunstanciada concordante en tiempo y espacio, la tipificación del hecho y la correspondiente sanción penal, teniendo en cuenta las circunstancias atenuantes o agravantes, según sea el caso.

#### **2.4. PODER JUDICIAL**

El derecho de acción, derecho subjetivo es inherente a todo sujeto de derecho, este es el medio por el cual toda persona tiene derecho de acudir al órgano jurisdiccional a fin de tutelar su derecho invocado. Ante ello, el Poder Judicial tiene la facultad de recibir su petición y llevar el proceso, con todas las garantías que le asisten, y que la Constitución y las leyes ha establecido.

Entonces, el derecho de acción se ve materializado con la ida a la jurisdicción, imponiendo una pretensión concreta, contenida en una demanda y, que supone para el justiciable recibir una solución adecuada al derecho. Solución que es brindada por el Poder Judicial, y es a lo que en conjunto se ha denominado “administración de justicia”.

Ya, siguiendo el nuevo paradigma de Estado Constitucional de Derecho y quizá asumiendo la posición de los constitucionalistas, en cuanto al imperio que significa la constitución en toda actividad y de todo órgano.

El Poder Judicial es, de acuerdo con la Constitución, aquel órgano autónomo, independiente y exclusivo para la administración de justicia, a través de sus órganos jerárquicos que, siguiendo la pirámide, tiene como máximo órgano jerárquico superior a la corte suprema, siguiéndole en orden descendente, las cortes superiores, los juzgados de paz letrados y los juzgados de paz no letrados.

Tal consideración, tiene correlato en el artículo 138 de la Constitución, en donde se menciona "La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos, con arreglo a la Constitución y a las Leyes". Del mismo cuerpo normativo se desprende su unidad y exclusividad para la administración de justicia, admitiendo dos excepciones: la militar y arbitral (art. 139, inc. 1).

Ahora bien, el Poder Judicial se encuentra sometido directamente a la Ley Orgánica del Poder Judicial, en donde se establecen los derechos y deberes de los magistrados, precisando sus funciones y estableciendo su estructura orgánica; e indirectamente a la Constitución como órgano constituido que encuentra su legitimidad de ser en ella misma.

Otro de los aspectos trascendentales regulados por la Constitución y las leyes, es en cuanto al ejercicio del control difuso, siempre y cuando haya una norma de menor jerarquía y que contradiga directamente o indirectamente a la Constitución, así también con las demás normas de menor jerarquía.

Ahora bien, el Poder Judicial posee dentro de su estructura orgánica “un conjunto de circunscripciones territoriales denominadas distritos judiciales, cada una de las cuales está bajo la dirección y responsabilidad de una corte superior de justicia” (Miranda Canales, 2007, p. 86).

### **2.3.1. Estructura jerárquica**

#### **A. Corte Suprema de Justicia**

De acuerdo con la Constitución, es el órgano máximo de deliberación del Poder Judicial, encargado de fallar en casación, o en última instancia, siempre que la acción se inicia en una corte superior o ante la propia corte suprema conforme a ley. (art. 141)

#### **B. Corte Superior de Justicia**

Este órgano está integrado por las salas especializadas o mixtas que señala el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, pueden funcionar en ciudad o provincia distinta de la sede de la corte superior.

Cada sala está integrada por tres vocales superiores y es presidida por el de mayor antigüedad. Conforme a la Ley Orgánica del Poder Judicial; las salas de las cortes superiores resuelven en segunda y última instancia, con las excepciones que establece la ley. Si la corte superior tiene más de una sala

de la misma especialidad, los procesos han de ingresar por turnos que fija el Consejo Ejecutivo distrital (arts. 37 y 38).

### **C. Juzgados Especializados o Mixtos**

Los juzgados especializados y mixtos, cuya sede es la capital de la provincia y, a veces, la capital de distrito, tienen las siguientes especialidades: civil, penal, de trabajo, de familia, contencioso administrativo y comercial. Allí donde no haya juzgados especializados, el despacho debe ser atendido por un juzgado mixto, con la competencia que ha de establecer el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial. todos los juzgados - especializados y mixtos- tienen la misma jerarquía.

### **D. Juzgados de Paz Letrados**

El Consejo Ejecutivo del Poder Judicial crea los Juzgados de paz letrados, considerando los volúmenes demográficos, rurales y urbanos de los distritos, y señala los requisitos que deben cumplirse para tal creación. En estos Juzgados se sustancian las causas de menor cuantía que la ley determina o de rápida solución. Resuelven, además, las apelaciones de los juzgados de paz.

### **D. Juzgado de paz**

Estos jueces están facultados para investigar y sancionar faltas o delitos de menor nivel, y funcionan en los pueblos donde no

haya mucha dependencia jurisdiccional. Los jueces de paz son elegidos por el mismo pueblo, su elección no está sujeta a que sea necesariamente un abogado, puede ser cualquier persona que se encuentre apta.

Se los conoce como conciliadores, puesto que su función está orientada a brindar alternativas para la solución de conflictos, expiden sentencias en la solución de casos siempre y cuando sea de su competencia.

### **2.3.2. Principio de jurisdiccionalidad**

Por el principio de jurisdiccionalidad, que hace referencia el artículo 139, inciso 1, de la Constitución, le da facultad al Poder Judicial para administrar justicia, de la misma manera el Código Procesal Penal, en la Sección III, del Libro I, determina en su artículo 16 que: la potestad jurisdiccional del Estado en materia penal se ejerce por: 1. La Sala Penal de la Corte Suprema; 2. Las Salas Penales de la Corte Superior; 3. Los Juzgados Penales, constituidos en órganos colegiados o unipersonales, según la competencia que le asigna la ley; 4. Los Juzgados de la Investigación Preparatoria y 5. Los Juzgados de Paz Letrados, con las excepciones previstas por la Ley para los Juzgados de Paz.

Determinando que solo los órganos jurisdiccionales, tienen competencia para resolver los conflictos sociales que genera la comisión de los delitos, de ahí que los actos de investigación que practica el Ministerio Público o la Policía Nacional, no tienen carácter jurisdiccional.

La Constitución otorga función específica a cada órgano que se proclama constitutivo del Estado, es por ello, que solo los jueces tienen la potestad de administrar justicia, el fiscal en la investigación preparatoria tiene facultades para disponer la conducción compulsiva del imputado, testigo y agraviado, excepcionalmente el fiscal puede, dado un caso de urgencia, adoptar medidas cautelares solicitando inmediatamente al juez que sea confirmada la medida.

La tesis central del tema a investigar radica en la conducción de la audiencia de control de acusación, reposando el análisis, en torno a la delimitación funcional de la actividad que desarrolla el juez de investigación preparatoria, a fin de realizar el control de tipicidad, por eso su mención se hace importante.

## **A. Juez de investigación preparatoria**

### **a. Funciones**

El nuevo Código Procesal Penal, menciona en su apartado 323 inciso 2 cinco facultades para los jueces de investigación preparatoria:



## **i. Autorizar la constitución de las partes**

Esto es, tanto del Ministerio Público, como de la defensa y del imputado, el actor civil y en algunas ocasiones del tercero civil, con la finalidad de garantizar la plena objetividad del proceso, escuchando a todos los sujetos que conforman las partes, a fin de poder emitir un pronunciamiento más razonable y garantizando los derechos que les asisten.

El actor civil, es aquel a quien hay que resarcir los daños y perjuicios causados, o en la medida de lo posible, resarcir el objeto materia del hecho punible, pudiendo ser ejecutada por todos aquellos que han sido sujetos pasivos directos o indirectos del daño sufrido.

Sus herederos y sus legatarios, contra el imputado y el civilmente responsable (art. 50 del Nuevo Código Procesal Penal). El titular de la acción en virtud de lo establecido en los artículos 50, 51, 85 y 118 del Nuevo Código Procesal Penal, corresponden por tratarse de los intereses del estado, y por ende intereses colectivos y difusos, al procurador general de la república, a través de un mandatario con poder especial. En

algunas ocasiones, la acción civil puede ser ejercitada por el Ministerio Público, ello en virtud de lo señalado por el NCPP.

En ese entender, el juez, está autorizado para tener como tal a los sujetos que intervendrán en cada parte, sin lo cual, no podrá llevarse a cabo el proceso penal.

**ii. Pronunciarse sobre las medidas limitativas de derechos que requieran orden judicial, y medidas de protección**

Se entiende, que la misma, ya ha sido peticionado por la parte acusadora en el proceso, porque ha considerado que es necesario para los fines del proceso penal. Bajo tal rotulo, es que la intervención del juez está dada no solo para verificar si corresponde o no otorgar tal pedido, sino también para verificar si tal actuación de la solicitud se ha dado respetando el principio de legalidad u objetividad, principios rectores de la actuación del Ministerio Público, y en general de todo el proceso penal.

Las penas por imponer pueden ser de diversa índole, tal como lo establece el código penal en su parte

general: privativa de libertad, restrictiva de libertad, limitativa de derechos y multa; claro está ello, debe ser lo menos severo posible para los intereses del imputado. Es decir, en caso de que pueda prevalecer una, que signifique menos quebrantamiento de las libertades del investigado, entonces deberá prevalecer sobre las demás.

En este extremo, el juez puede apartarse de lo propuesto por el fiscal y cambiar la pena solicitada, ello debido a que la medida se solicita como una medida cautelar que requiere de la aprobación para ser efectuada, por eso, si el juez observa que puede calzar otra, en base al principio de variabilidad que le asiste a tal figura jurídica, entonces opta por cambiarla, sin que ello signifique un control de tipicidad propiamente dicho.

### **iii. Resolver excepciones, cuestiones previas y prejudiciales planteadas por las partes**

Como manifestación del derecho de defensa y de contradicción, las partes realizan actos procesales para poner fin al proceso, pero siempre cuando haya mediado objetividad.

Es por eso, que el juez en su calidad de director de la audiencia debe dar cuenta de la legalidad de los actos que despliegan las partes, a fin de no verse perjudicado el proceso, ni tampoco los derechos de ellas.

Es impensable que, en un estado que se proclama constitucional de derecho, el juez actué solo de manera formal, pues precisamente, la función a la que se hace referencia, en ese apartado, está dada para verificar la legalidad con la que se ha concurrido en las investigaciones anteriores, y las que se puedan dar ya, una vez instaurado el proceso.

#### **iv. Realizar los actos de prueba anticipada**

El derecho de prueba, si bien es fundamental de las partes, en especial del Ministerio Público, en el derecho penal; ya que tal acto es de los más importantes, pues de su actividad dependerá la absolución o condena de quien está siendo investigado.

Por eso, cuando en un caso concreto por las circunstancias de los hechos se requiera anticipar la actividad probatoria, el juez está facultado para ello, ya que, responden a la urgencia de requerir la información, porque si se espera hasta la constitución

del juicio oral – donde se actúa la prueba - la prueba puede dejar de existir.

#### **v. Controlar el cumplimiento del plazo**

Esta función responde al principio de preclusión, que rige los actos procesales, pues cada cosa tiene su tiempo y la parte no puede alegarla después de haber transcurrido este. Su fundamento recae, en una cuestión práctica de hacer ver a la parte que no puede presentar sus escritos al mero arbitrio de ellos, sino que la ley es imperativa en ciertos casos y no se pueden retrotraer de ellas.

El Nuevo Código Procesal Penal, también faculta al juez, para restablecer en vía de tutela, los derechos del imputado que se hayan visto afectados indebidamente durante la investigación, limitar el plazo de duración de las diligencias preliminares fijadas por el Ministerio Público y ordenar la práctica de una diligencia de investigación cuando el Ministerio Público negó indebidamente su actuación.

Ahora bien, en lo que respecta al tema de investigación, no existe en específico la función de

control de tipicidad, para hacer un análisis de la tipificación de los hechos que ha encuadrado la fiscalía.

Esta situación trae a colación, la necesidad de su regulación específica, estableciendo los caracteres y los límites de juez para realizarlo, pues al no estar expresamente facultado, se limita al juez a realizarlo, además se pone en peligro la naturaleza de los tipos penales, cuando el fiscal hace una incorrecta tipificación de ellos, por eso, se justifica una revisión del juez de investigación preparatoria, que se convierte en el personaje indicado para controlarlo, dado a la etapa en la que tendría lugar; y la protección de los derechos humanos del que goza un investigado, además se encapsula al juez a seguir una teoría del delito que puede resultar inadecuada con el objeto de investigación, afectando además los fines del proceso penal.

Por otro lado, el sistema peruano se ha proclamado como, moderno garantista con tendencia adversarial, siendo su más notable característica, la igualdad de armas para las partes, característica que se vería afectada si en la subsunción de los hechos, el juez no puede controlarlos.

## 2.5. TIPICIDAD

### 2.4.1. Concepto

El derecho penal, como mecanismo de control social más severo, responde siempre a los principios de fragmentariedad y ultima ratio, por los cuales su intervención está supeditada solo cuando los demás medios de control social hayan fracasado, y cuando las conductas hayan ocasionado grave infracción a la ley, es decir, su conducta sea catalogada como grave.

De allí, que tal elemento constituye el primero en la compleja teoría del delito, este se deriva del principio *nullum crimen sine lege* - principio de legalidad- principio que recoge la garantía de los imputados a ser nombrados como tal, cuando su conducta este catalogada como delito en la ley.

Esta es la intención del legislador, al proclamar como delitos ciertas conductas, es decir, el respeto a una determinada forma de solución del conflicto social o pauta de conducta, considerada acorde al ordenamiento jurídico” (Navas Corona, 2003, p. 21). En ese sentido, sólo se puede exigir un determinado comportamiento acorde a lo prescrito por el ordenamiento jurídico, cuando este haya sido claro y preciso en cuanto a lo permitido y lo prohibido.

Ello no significa, que el legislador tenga que prever una conducta en específico para cada persona, esto no resultaría factible desde el punto de vista práctico y teórico, debido a la amplitud de situaciones fácticas en las que se puede ver inmerso un sujeto, sino que esta debe tener un carácter general y abstracta capaz de subsumir las diferentes modalidades del ser humano.

En ese sentido se ha definido a la tipicidad como:

La adecuación del acto humano voluntario ejecutado por el sujeto a la figura descrita por la ley penal como delito. Es la adecuación, el encaje, la subsunción del acto humano voluntario al tipo penal. Si se adecua es indicio de que es delito. Si la adecuación no es completa no hay delito. La adecuación debe ser jurídica, no debe ser una adecuación social. (Almanza Altamirano y Peña González, 2010, p. 132).

En atención a la definición dada, se nota la referencia a una actividad humana capaz de quedar subsumida en la descripción que ha hecho el legislador - esto es, la adecuación a un tipo penal – y que tiene como consecuencia jurídica la imposición de una sanción.

Y ante ello, se hace menester la diferenciación entre tipicidad y tipo penal. El primero de ellos, supone el encuadramiento de un hecho en una norma legal prevista, mientras que, por el segundo, es la conducta criminalizada creada por el legislador mediante una fórmula dada, un hacer u omitir que constituye objetivamente delito. En función a ello, se puede desprender dos acepciones:



Como expresión genérica configurativa del primer elemento del hecho punible, que contiene las características generales que ha de poseer la conducta humana para que se origine la intervención penal. Según esta acepción existen varias modalidades de aparición del hecho punible. Como cualidad atribuida a un comportamiento cuando es subsumible en el supuesto de hecho de una norma penal. Según esta acepción, la tipicidad sería el proceso de adecuación del hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace por la ley penal en cada especie de infracción (tipo penal). (Navas Corona, 2003, pp. 22-23).

Tal definición ha sido catalogada para estos días, porque ha pasado de ser meramente descriptiva y separada de la antijuridicidad y la culpabilidad, para constituirse como elemento principal a definir la conducta desplegada, siendo que esta es culpable, antijurídica y punible con arreglo a las fórmulas de amenaza penal y en la extensión que ellas determinan.

#### **2.4.2. Vertiente Positiva**

La tipicidad en su vertiente positiva está referida a la tipicidad objetiva y subjetiva; la primera, está compuesta por diversos elementos tales a saber: delito especial o común, con la finalidad de indagar si se necesita de alguna cualidad específica para ser cometido; los sujetos, que son sujeto activo y pasivo, a razón de saber en específico quien es la persona apta para cometer el delito y de la otra, para ser el remitente de la conducta; el bien jurídico protegido, cuyo componente constituye el pilar fundamental, ya que con una correcta definición teórica y práctica

(en el caso en concreto) del bien jurídico que ha sido afectado, se pueden desprender los demás componentes, en tal sentido, constituye el valor fundamental del ser humano que son protegidos por el ordenamiento jurídico; el objeto jurídico, que constituye el aspecto material del delito; la acción, que viene a ser la conducta desplegada; el resultado, que es el efecto último que se consigue con la acción desplegada; la imputación objetiva (nexo de causalidad), definida como la atribución de una acción a un resultado; los medios comisivos, que constituyen los instrumentos de los que se vale el sujeto activo para desplegar la acción; los elementos descriptivos y normativos, que configuran los primeros una “percepción sensorial – puestos en el tipo penal - y los segundos una percepción espiritual – a partir de la interpretación” (Roxin, 1997, p. 306).

Por su parte, la tipicidad subjetiva está compuesto por el dolo, que implica conocimiento y voluntad de realizar la acción, mismo que a su vez, está dividido en dolo directo, dolo indirecto y dolo eventual, cada uno con delimitadas concepciones teóricas, que llevadas al campo práctico sirven para determinar el grado de culpabilidad del imputado.

#### **2.4.3. Vertiente negativa**

Este lado de la tipicidad está compuesto por la atipicidad objetiva y la atipicidad subjetiva, que en sentido concreto niega todo

cuanto, dicho en la vertiente positiva, siendo que, de no cumplirse con tan solo uno de los componentes señalados, no existirá delito y consecuentemente responsabilidad que atribuir, ni pena a imponer.

En ese sentido, si, por ejemplo, no hay cualidad del sujeto activo, la teoría del caso se desvanece, y por tanto, la tipicidad deja de existir. De no ser así, se tornaría un derecho penal arbitrario e irracional, incongruente con los principios de legalidad y última ratio; por su parte, la atipicidad subjetiva, está dada para atenuar o eximir la responsabilidad, ya que en la casuística se pueden presentar situaciones en las que el imputado sea merecedor de un error de tipo, el cual si es vencible atenúa la pena, siempre y cuando el delito sea culposo; y en caso de ser invencible, exime de responsabilidad.

#### **2.4.4. Control de tipicidad por los jueces de investigación preparatoria**

Ahora bien, con todo lo antes mencionado, ha sido en la doctrina, objeto de análisis, posturas divididas y otras compartidas, acerca de si se le está o no permitido al juez de investigación preparatoria realizar un control de tipicidad, hecha por el fiscal, en el marco de sus actuaciones.

Como se mencionó en un inicio, se supone que el fiscal como conductor de la investigación, es quien mayor contacto tiene con los elementos de convicción, y, por tanto, quien mayor certeza y precisión debería tener al momento de tipificarlos.

La etapa intermedia entra a tallar como un filtro para pulir las actuaciones y luego pasar al juicio oral, es donde el juez de investigación preparatoria se encarga de realizar el control de legalidad de la acusación fiscal, esto es, verificar la concurrencia de los presupuestos legales que autorizan la acusación fiscal.

Al respecto, el acuerdo plenario N° 6-2009/CJ-116, menciona:

El control formal de la acusación fiscal, que incluso puede promoverse de oficio por el Juez de la Investigación Preparatoria –la revisión del cumplimiento de los requisitos legales de un acto procesal trascendente y la validez de la serie procesal constituye una facultad judicial inherente a la potestad jurisdiccional, enraizada en garantía misma de tutela jurisdiccional efectiva-, está contemplado en el literal a) del citado apartado 1) del artículo 350° NCPP. Éste comprende los supuestos descritos en el párrafo 9° en relación con el artículo 349° NCPP. Los defectos denunciados, en caso de que se acojan, requerirán, conforme al artículo 352°.2 NCPP, una decisión inmediata de devolución de las actuaciones al Fiscal, con la necesaria suspensión de la audiencia, siempre que se requiera de “un nuevo análisis del Ministerio Público. (2009, p. 5, fund. 13)

El control al que se refiere la cita anterior es de tipo formal, que obviamente, es anterior al control sustancial, y que es susceptible de subsanación; empero no niega que el juez de investigación

preparatoria este facultado para hacerlo, siempre que verifique la concurrencia de los elementos indispensables.

El control sustancial tiene lugar en un momento procesal distinto, luego de la subsanación de las observaciones de la acusación fiscal. Ésta comprende el examen de la concurrencia de cinco elementos necesarios para la viabilidad de la acusación respecto de los cargos objeto de investigación: elemento fáctico, elemento jurídico, elemento personal, presupuestos procesales vinculados a la vigencia de la acción penal y elementos de convicción suficientes (artículo 344.1 NCPP). (fund. 15).

En ese sentido, el acuerdo plenario ha emitido doctrina jurisprudencial estableciendo que el juez de investigación preparatoria puede hacer control de tipo formal, sustentado en brindar una efectiva tutela de los derechos del imputado.

Ahora bien, la jurisprudencia también se encuentra dividida en tal situación. Así, por ejemplo, la Casación N° 626-2013-Moquegua, ha establecido que, la audiencia de prisión preventiva verse exclusivamente sobre la discusión de cinco puntos en concreto: “a) graves y fundados elementos de convicción, b) pronóstico de la pena, c) peligro procesal, d) proporcionalidad de la medida, y, e) duración de la medida” (Caso Walter Ríos, 2015, fund. 24).

Y, por tanto, cualquier debate que verse sobre prueba prohibida o vulneración sobre la imputación necesaria, deberá cuestionarse según la vía específica que le corresponde, esto es tutela de derechos, atipicidad o causa de justificación, garantizados por las

excepciones de improcedencia de acción (Caso Walter Ríos, 2015, fund. 9).

Quizá, tal criterio descansa en la naturaleza jurídica de la audiencia del control de acusación que, para no desvirtuarla, debe seguir los parámetros a discutir que le son propios, mas no otros; y para no destruir los fines que persigue.

Empero, si se tiene en cuenta el concepto de delito como “conducta típica, antijurídica y culpable, y siendo que uno de los presupuestos discutidos en la audiencia de control de acusación está dado por los graves y fundados elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito” (art. 268, lit. a), entonces no cabe dentro de la lógica, discutir los graves y fundados elementos de convicción si el hecho resulta ser atípico.

No obstante, de esto último, se menciona que la referencia a los graves y fundados elementos de convicción cuando el hecho resulta ser atípico no cabría la discusión de delito, pero esta referencia está constituida no en la ausencia de tipo objetivo o subjetivo sino, en la apariencia de verosimilitud del hecho como delito (Neyra Flores, 2019). Siendo así, entonces en una audiencia de control de acusación, no se puede a la vez instaurar otra audiencia para dilucidar si corresponde o no la tipificación de un hecho, dejando la salvedad de tal situación a la defensa ejercida por el litigante.

De todas maneras, la casación citada ha excluido toda actuación del juez para poder observarla, pues este debe conducir el proceso, sin desviarlo de la naturaleza propia que ostenta, no negando por supuesto, hacer valer tales alegaciones en la vía que corresponde; tal situación, vista desde el punto de vista fáctico, resulta un tanto cuestionable, debido a la cotidianeidad en los plazos, con la que se llevan a cabo las audiencias de prisión preventiva y el requerimiento de formalización de la investigación, confundiéndose estas en el tráfico jurídico por la simultaneidad con las que son emitidas, no dando lugar, al imputado para cuestionar las deficiencias, por eso, la audiencia de prisión preventiva se considera como ideal para hacer ver al juez las deficiencias que el Ministerio Público ha planteado (Moreno, 2018).

En igual sentido, se ha pronunciado la Casación N° 704 – 2015, Pasco, al establecer en sus fundamentos 20-21, que el objeto de la audiencia de requerimiento de prisión preventiva es verificar si se cumplen o no los requisitos legales para dictar una orden de detención solicitada por el fiscal (previstas en el artículo 268 del Código Procesal Penal), siendo que, el control de la tipicidad, culpabilidad y antijuricidad de la conducta, están excluidos de ser revisados en tal acto. Asimismo, estableció que es responsabilidad específica del fiscal realizar la imputación

concordante con los hechos y calificarla jurídicamente (Caso Eduardo Berrospi Pablo, 2017).

Por su parte, la casación N.º 1450-2017/HUÁNUCO, estableció:

El control judicial de la acusación fiscal tiene un marco expreso, autorizado por el artículo 350, numeral 1, del Código Procesal Penal. Las demás partes procesales, desde una perspectiva formal, según el literal a), pueden observar la acusación del Fiscal por defectos formales, requiriendo su corrección; y, desde la perspectiva material, conforme al literal d), están facultadas a pedir el sobreseimiento. Los defectos formales, desde luego, no inciden en el juicio de tipicidad (indicación del tipo delictivo correspondiente con base en el *factum* del requerimiento acusatorio) ni en el juicio de imputación (elementos de convicción que justifiquen una sospecha suficiente acerca de los cargos), que se dilucidan en la sentencia tras el juicio oral. (Caso Jhoni Correa Ponce, 2019, fund. 4)

Como se sabe, casi siempre los defectos formales son susceptibles de convalidación o subsanación por la parte, en tanto que importan actos que no revisten crucial importancia para decaer el proceso, pero que, su presencia es necesaria para guardar sistematicidad con los demás actos.

Es por ello, que una vez instala la etapa intermedia, cuestionar las bases probatorias de la acusación y sobre esa base solicitar un cambio de tipo penal o una modificación de la pena, no resultan congruentes, por ser cuestiones de fondo, y de ser aceptadas, quebrantan la naturaleza jurídica que les asiste. De ahí, de donde tal casación, haya cerrado toda posibilidad de calificación jurídica con respecto a los jueces de investigación preparatoria.



Ahora en contraposición de lo antes dicho, se manifiesta la casación N.º Casación 724-2015-Piura:

Ya existe un cuerpo de doctrina jurisprudencial acerca de la prisión preventiva acerca del estándar de actos de investigación y/o de prueba (*fumus delicti*) -mera probabilidad delictiva o sospecha vehemente o indicios razonables de criminalidad, nunca certeza-: y, en lo atinente a la imputación necesaria, su análisis se corresponde con el principio de intervención indiciaria y, por tanto, con el *fumus delicti* -es evidente que si los cargos no son concretos y no definen, desde las exigencias de imputación objetiva y subjetiva, todo lo penalmente relevante, no pasará este primer presupuesto material de la prisión preventiva, por lo que el efecto procesal será la desestimación de la medida coercitiva solicitada. (Caso Carlos Baca Pereda, 2016, fund. 4)

Bajo ese razonamiento de la corte suprema, sí se le está permitido, en una audiencia de prisión preventiva, el debate de aspectos de imputación necesaria, y por ende de tipicidad, ya que esta sería la única forma de superar el primer presupuesto exigido para la adopción de esa medida. Su fundamento, radica en no recortar las posibilidades de poder ejercer su derecho a la defensa del imputado y esto de una defensa eficaz, tal como ha sido señalado por el Tribunal Constitucional.

A decir de ello, el penalista Gonzalo del Río (2019), se encuentra conforme a la oposición de poder realizar control de tipicidad en la audiencia de control de acusación, ya que, la imposición de una posible condena por la comisión de un delito, incluyen necesariamente el cuestionamiento sobre causas relacionadas a

la tipicidad o antijuridicidad, siendo que, esa es la razón por la que se busca entablar un debate, de lo contrario, se estaría restringiendo la defensa del imputado, y con ello, no le queda otra alternativa que aceptar la conducta establecida por el fiscal.

Ahora, ya para finalizar, es bueno precisar que el juez de investigación preparatoria, es diferente al juez que conduce el juicio oral; la discusión en torno al tema de investigación, se da por el primero de ellos, ya que no se ha establecido como tal que este pueda realizar control de tipicidad; empero, a los jueces de juicio oral, se les ha permitido desvincularse del tipo penal cuando consideren de los medios de prueba que ello es necesario, obedeciendo siempre al principio de una adecuada motivación.

Ante tal diferenciación, no hay que confundir, los escenarios donde se realizan uno y otro acto, ya que, cada uno tiene sus propios caracteres y han sido establecidos con un propósito a perseguir.

Por eso, el juez de juicio oral realiza su actuación una vez superado el filtro de la etapa intermedia, ello como presupuesto que garantiza la imparcialidad y objetividad de conducción del proceso, pues al haberse ya “contaminado” el juez de investigación preparatoria, no resulta apropiado que este mismo emita la sentencia final, al menos no con los postulados modernos del sistema procesal propugnado.

## **CAPÍTULO III**

### **DISCUSIÓN Y CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS**

#### **3.1. DISCUSIÓN**

##### **3.1.1. Finalidad de la tipificación y la imputación necesaria en función a la teoría del delito, los principios del derecho penal y su regulación normativa**

El primer extremo para la realización de esta discusión, si bien es cierto parte por la necesidad de analizar la finalidad de la tipificación y la imputación necesaria en función a la teoría del delito, los principios del derecho penal y su regulación normativa; de manera previa, merece ser justificada en mérito a los desarrollos iusfilosóficos que abren la posibilidad de la regulación de la potestad del juez para controlar la actividad de tipificación que lleva a cabo el Fiscal tanto en el requerimiento de prisión preventiva como en el requerimiento acusatorio.

Al respecto, cabe centrar la discusión en el extremo de la necesidad o no de incluir en el ordenamiento jurídico una nueva disposición normativa relativa a la posibilidad del juez de investigación preparatoria para controlar la actividad del Ministerio Público en cuanto a la tipificación del hecho por el que solicita prisión preventiva o por el que se acusa al, hasta entonces, investigado.

Ello porque existen posturas diversas en el ámbito de la reflexión axiológica y, para este extremo, es relevante el enfrentamiento entre el pensamiento *postpositivista* del escepticismo y el pensamiento positivista incluyente planteado en el marco teórico.

Ocurre que, en el caso del primer planteamiento, no hace falta contar con una profusa regulación debido a que las disposiciones normativas no son más que letra muerta, vale decir, la regulación contenida en los códigos y en las leyes en general, no puede ser entendida como derecho y tampoco como norma, puesto que podría permanecer por mucho tiempo como un supuesto de hecho y nunca ser necesaria su aplicación en la realidad fáctica o en la propia práctica del Derecho.

Por lo que este planteamiento otorga un papel relevante en la creación del Derecho al juez, ya no más al legislador, puesto que es el primero de los mencionados el que con su actividad interpretativa construye Derecho (Tarello, 2013).

Bajo este entendido, no sería necesaria la regulación de la obligación judicial para revisar la tipificación contenida en los requerimientos del Ministerio Público, en el articulado correspondiente a la prisión preventiva (Título III, Sección III del Libro segundo del Código Procesal Penal), así como en el articulado correspondiente a la acusación (Título II, Sección II del

Libro tercero del mismo cuerpo normativo); puesto que bastaría con la interpretación del juez de investigación preparatoria respecto de las exigencias que importa a tipificación para que se logre tutelar el derecho en cada caso específico.

Sin embargo, la realidad ofrece experiencias que dan cuenta sobre la insuficiencia de la interpretación judicial al respecto o, en todo caso, la inseguridad jurídica que esta postura generaría en el caso particular.

Pues, como ya se sustentó en la contextualización de esta investigación y se analizó en uno de los acápites del marco teórico, se han emitido dos casaciones contradictorias, una primera signada con el número 623-2013 de Moquegua en la que se considera una desviación de atención el hecho de que el juez se pronuncie sobre asuntos de tipicidad en el auto de prisión preventiva y, la segunda, signada con el número 724-2015 de Piura en la que se contempla que también en esta etapa deben analizarse los principios de la imputación necesaria.

También en la experiencia local, dentro del Distrito Judicial de Cajamarca se han tenido experiencias similares de contradicción, tal situación se ha presentado cuando se analizó el requerimiento acusatorio presentado en el expediente con número 01419-2018-0-0601-JR-PE-05 en el que el Ministerio Público había tipificado la

conducta dentro del delito de abuso de firma en blanco contemplado en el artículo 197, numeral 2, del Código Penal.

Sin embargo, de la revisión de los hechos se tuvo que el acusado habría aprovechado su posición como administrador de la empresa de los agraviados para hacerse de dos de los documentos en blanco que estos dejaban para simular la existencia de un préstamo entre el gerente de la empresa y su persona, así como para simular la existencia de un reconocimiento de dicho préstamo por parte del hijo del mencionado gerente.

Hechos que se subsumen dentro del presupuesto de falsedad material (el que hace en parte un documento falso artículo 427 C.P), debido a que la actuación del administrador no implicó únicamente el uso de un documento entregado para otro fin, sino que adulteró un documento verdadero para dar origen a una obligación.

Sin embargo, si revisamos el título II de la sección II del libro tercero del Código Procesal Penal, específicamente, el artículo 352 correspondiente a las decisiones adoptadas en audiencia preliminar por parte del juez, no se consigna posibilidad taxativa de controlar la imputación necesaria y la tipificación en el requerimiento acusatorio, únicamente en el numeral 2 de dicho dispositivo normativo se establece que si “los defectos de la

acusación requieren un nuevo análisis del Ministerio Público, el Juez dispondrá la devolución de la acusación y suspenderá la audiencia por cinco días para que corrija el defecto”, empero, esta fórmula no refiere directamente la posibilidad de señalar el sentido de la corrección, así como, si esta puede alcanzar asuntos de competencia originaria del fiscal; de ahí que se presenten anotaciones contradictorias en la propia judicatura.

La primera situación podría salvarse con una interpretación a favor de las garantías del imputado, no obstante, ello se encuentra sujeto a la decisión judicial; empero, el asunto se complica en el caso de la prisión preventiva, pues en el articulado correspondiente al título III de la sección III del libro segundo del Código Procesal Penal no existe artículo alguno que contemple una posibilidad de control judicial de la imputación necesaria, así como de la tipificación del hecho imputado.

Lo que genera complicaciones a la propia interpretación judicial en favor de las garantías de las partes procesales, ello se observa en el expediente número 01127-2015-1-0601-JR-PE-05, en el que se solicitó prisión preventiva para una persona que fue intervenida conduciendo en estado de ebriedad y conducida a la dependencia policial para la toma de examen toxicológico, quien habría presentado una conducta reacia a la realización de la diligencia, siendo que ha sido obligada a someterse al referido examen.

En este segundo caso, la Fiscalía subsumió el hecho en el supuesto de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones, tipificado en el artículo 366 del Código Penal, siendo que, la juez de investigación preparatoria, dado que la intervenida se encontraba en estado de ebriedad y no quería tomarse el examen toxicológico, realizó un control de imputación y tipicidad, estableciendo que la conducta se subsumía en los presupuestos del delito de conducción en estado de ebriedad regulado en el artículo 274, primer párrafo del Código Penal, así como el delito de resistencia y desobediencia a la autoridad contemplado en el artículo 368 del mismo cuerpo normativo.

Sin embargo, esta resolución fue declarada nula por la Sala de Apelaciones de Distrito Judicial de Cajamarca debido a que el argumento contemplado por la juez acerca de la potestad del juez de investigación preparatoria para “realizar control de tipicidad en dos momentos estelares del proceso penal; el primero en caso se presente un pedido de prisión preventiva como es el presente caso y el segundo momento (...) en una audiencia de control de acusación en etapa intermedia”, fue desestimado por no encontrarse contemplado en la Ley.

Casos que evidencian la diversidad de criterios judiciales que se presentan en la realidad acerca de la posibilidad de control de tipicidad e imputación necesaria por parte de los jueces de investigación preparatoria, lo que deja ver que en la práctica o a



nivel de aplicación del Derecho, la interpretación judicial que constituye la bandera del escepticismo, lejos de generar certeza, propicia inseguridad jurídica y puede operar en contra de las garantías que le asisten a las partes dentro de un proceso.

Vale decir, el extremo postpositivista, asumido por la juez de investigación preparatoria, que privilegiaba al derecho sustantivo por encima del derecho positivo o formal, fue corregido por una postura positivista excluyente de parte de los magistrados de segunda instancia, quienes, en estricto respeto de lo señalado por Montesquieu hace casi tres centurias, consideraron que el vacío normativo no podría ser integrado en este caso concreto por la juez de primera instancia, entiéndase que por tutelar la seguridad jurídica, la certeza y el principio de legalidad en el proceso penal.

He aquí un punto importante de la discusión, la comprensión que se tiene del principio de seguridad jurídica y certeza que otorga el principio de legalidad; ello debido a que, el contenido que ha sido desarrollado por el positivismo se encuentra relacionado con la utilización de medios formales que presten límite a la actuación judicial, vale decir, que limita su arbitrariedad, su albedrío; empero, como ocurre en el caso comentado, terminan por sobreponer aquellos límites formales a la tutela del derecho material o sustantivo que se encuentra detrás del proceso mismo, afectando incluso el principio de razonabilidad.

Al respecto, la postura de la tesista, realmente se sustenta en el escepticismo para justificar la construcción jurisdiccional de una norma especial que se ajuste al caso concreto en los casos en los que el vacío normativo, la antinomia normativa, e incluso, la propia disposición normativa no sea suficientes para proporcionar al justiciable una solución ajustada a derecho.

En todo caso, la seguridad jurídica y la certeza no se consiguen únicamente con la actuación judicial a manera de boca de la ley, sino, con la interpretación sistemática o con la integración de los principios constitucionales al momento de interpretar; tal y como ha ocurrido en el caso explicado, en el que la juez interviniente pretendió ajustar los hechos presentados ante su despacho al tipo penal contemplado en el Código Penal como presupuesto aplicable; para favorecer de esta manera al proceso mismo, a la propia certeza del imputado respecto de las consecuencias jurídicas que corresponden a sus actos, así como al propio principio de razonabilidad, e incluso, al de legalidad.

Sin embargo, por no encontrarse regulada esta posibilidad en el Código Procesal Penal, la Sala Penal de Apelaciones, anuló la decisión que integraba el Derecho, dejando inerte tanto a la judicatura como a las partes de corregir un asunto que es de pleno derecho y que no tendría por qué ser restringido al mero arbitrio del Ministerio Público.

Ello lleva al segundo planteamiento de la presente discusión, la necesidad de adoptar una postura relativa al positivismo incluyente, habida cuenta que la realidad jurisdiccional peruana no se encuentra preparada para contar con jueces capaces de tomar decisiones que sobrepongan el interés de las partes por encima del cumplimiento de las formalidades establecidas en el Código Procesal Penal.

Con ello, dado el contexto jurisdiccional que todavía se vive en el país, en el que se concibe al derecho como un cúmulo de dispositivos normativos formales apiñados en un ordenamiento jurídico, y no se ha admitido todavía la aplicación de una judicatura racional que se valga no únicamente de normas con rango legal, sino de principios y valores fundamentales para tutelar los derechos fundamentales de las partes; es necesario implementar una norma jurídica, que habilite al juez de investigación preparatoria para la revisión previa de la imputación necesaria, tanto cuando se presenta el requerimiento de prisión preventiva, como cuando se pretende realizar un control del requerimiento acusatorio.

De ahí que la postura asumida por la tesista aboga por la aplicación de los fundamentos contruidos por el positivismo en cuanto a la norma se refiere que a diferencia del escepticismo reconoce como norma no a la que se obtiene de la interpretación

judicial sino la que es emitida por el legislador contemplando supuestos de hecho genéricos que tornan más certera la labor interpretativa judicial; elevando a la “ley sobre las restantes fuentes del Derecho y conceptuando al ordenamiento jurídico como un todo pleno y coherente” (Guamán Chacha, Hernández Ramos y Lloay Sánchez, 2020, p. 267).

Tesis que, a pesar de haber surgido en el seno del positivismo excluyente, no es contraria a la admisión que realiza el positivismo incluyente acerca de que “no es necesario que las normas jurídicas contenidas en fuentes incorporen principios morales para que algunos de estos principios, por su propia corrección moral, formen parte del derecho mismo” (Jiménez Cano, 2013, p. 97); tal y como ocurre en el tema bajo discusión, por el que, la razonabilidad de la medida se convierte en un asunto de moral crítica, que requiere de la judicatura el deber, más que la obligación, de constatar que la discusión de una prisión preventiva o el inicio del juicio oral, no se realicen bajo presupuestos que no corresponden por haberse afectado a la tipicidad.

Posición última que, pese a ser acusada de un falso positivismo, logra ofrecer soluciones prácticas a la comprensión del Derecho como un constructo que se origina en las necesidades de la sociedad, vale decir que, no se mantiene autónomo e impasible respecto de la evolución de las figuras sociales y los nuevos

requerimientos que dicha evolución supone para el Derecho mismo, que tiene la obligación de tutelar los derechos fundamentales de las personas ante cualquier circunstancia que se presente materialmente, como ocurre en el caso en discusión en el que la diversidad de criterios jurisdiccionales terminan por afectar a los derechos de las partes involucradas en el proceso penal, principalmente, la garantía de debido proceso y tutela efectiva del imputado que redundan en ambos casos en su libertad misma.

En este sentido, es necesario contar con certeza respecto de la importancia de la actuación judicial respecto del cuidado que ha de tenerse en la imputación realizada al investigado, así como respecto de la correcta tipificación en cualquiera de las etapas del proceso penal, siempre y cuando estas influyan directamente sobre el derecho a la libertad del imputado.

Como ocurre con el requerimiento de prisión preventiva y el requerimiento acusatorio que, además de contener una imputación, pretenden, en el primer caso, la limitación preventiva de la libertad y, en el segundo, la imposición de una condena determinada; ambos supuestos dependen del tipo penal para establecer el periodo de afectación del derecho a la libertad personal.

Por otro lado, debe pensarse en la simplificación y prevención de las dificultades posteriores que podrían generarse al contarse con

una incorrecta tipificación del hecho delictivo; en el caso del requerimiento de prisión preventiva, si no se logra acreditar como graves y fundados los elementos de convicción para acreditar un hecho tipificado erróneamente, se corre el riesgo de no aplicar la medida coercitiva en un caso en el que sí corresponde o, por el contrario, de aplicarla para casos en los que no corresponde.

De igual manera, en el particular del requerimiento acusatorio se presenta lo mismo, debido a que, el juez de control de acusación no debe limitarse a la verificación de requisitos formales, sino que, la revisión de la procedencia incluye también al cumplimiento de normas sustantivas, como por ejemplo, la correcta tipificación del hecho delictivo que no involucra una discusión del fondo del asunto o de la responsabilidad penal, sino, de la comprobación de que el requerimiento fiscal haya cumplido con la revisión mínima de la normatividad sustantiva para cumplir con los parámetros de la imputación necesaria.

Con lo dicho, tanto el derecho penal como el procesal penal han de ser entendidos como herramientas del Derecho para asumir la importancia central de los criterios de validez de naturaleza material tanto de la norma como de la actuación del legislador y, posteriormente, del juez, en el escenario del Estado Constitucional cuyo principal interés es la tutela efectiva de los derechos fundamentales de las personas (Cuenca Gómez, 2008).

Como ocurre en el particular en el que, el vacío normativo se encuentra causando un escenario de indefensión para el imputado, puesto que los errores en los que de hecho incurre el Ministerio Público en materia de imputación necesaria como en materia de tipificación, no pueden ser corregidos por el juez de investigación preparatoria.

A partir de la admisión de este presupuesto, es que se debe construir el primer fundamento correspondiente a la determinación de la finalidad de la tipificación y la imputación necesaria en función a la teoría del delito, los principios del derecho penal y su regulación normativa, puesto que, a partir de la justificación que se obtenga de la interrelación entre estas categorías jurídicas, es posible construir un contexto de justificación para la dotación de facultades al juez de investigación preparatoria en el control de la actuación fiscal en materia de tipificación e imputación necesaria.

Así, respecto de la finalidad de la imputación necesaria, para determinar esta, es preciso entenderla en tono con el principio de intervención indiciaria, así como las exigencias de la imputación objetiva y subjetiva; con ello, se tiene que la imputación necesaria o imputación concreta, suficiente o precisa, no se encuentra taxativamente recogida en la Constitución escrita, sin embargo, puede desprenderse de la combinación entre el principio de legalidad contenido en el artículo 2, numeral 24, literal d y el

principio-derecho de defensa contenido en el artículo 139, numeral 14 del texto constitucional (Choquecahua Ayna, 2014).

En este sentido, este principio importa la exigencia al “Ministerio Público de imputar a una persona natural un hecho punible, afirmando proposiciones fácticas vinculadas a la realización de todos los elementos del tipo penal” (Mendoza Ayma, 2012, p. 99), de ahí que es necesario apelar a la actuación objetiva del Ministerio Público recogida en el artículo IV, numeral 2 del Título Preliminar del Código Procesal Penal, en concordancia con la información de imputación contenida en el artículo IX, numeral 1 del mismo cuerpo normativo.

De esta manera, la imputación necesaria cuenta con un presupuesto material, fáctico, relativo al recojo de material probatorio o, por lo menos, de elementos de convicción que redunden respecto de la acreditación de la comisión de un hecho delictivo, así como de la posible responsabilidad que le asiste al imputado, por ello es importante la actuación objetiva del Ministerio Público, dada su responsabilidad en la indagación de “los hechos constitutivos del delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado” (artículo IV, numeral 2 del Título Preliminar del Código Procesal Penal).



Puesto que una investigación responsable, completa, detallada da pie a la determinación clara del hecho a ser imputado, así como a la constatación de que cada una de las circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores del hecho delictivo son subsumibles en los supuestos del tipo penal.

De ahí que la imputación necesaria sea entendida como la “afirmación clara, precisa y circunstanciada de un hecho concreto” (Cáceres Julca, 2008, p. 137), dado que, solo la actuación investigativa responsable permitirá alcanzar la claridad respecto de las circunstancias del hecho delictivo y, en este sentido, la formulación precisa de una imputación que apunte hacia una responsabilidad penal basada en los elementos del tipo penal, es en este momento en el que se configura el principio de legalidad que acompaña al derecho penal.

Además, esta actuación objetiva, abre a posibilidad de ejercer una defensa plena al imputado, quien al conocer todos los extremos de los cargos que pesan en su contra puede realizar sus propios actos de investigación y su propia recolección de material probatorio para favorecer a su defensa (Maier, 2000, p. 317); pero sobre todo, en el extremo específico del requerimiento de prisión preventiva, permitirá el correcto análisis de los presupuestos establecidos en el artículo 268 del Código Procesal Penal; de lo contrario, se estaría fijando una medida limitativa del derecho a la libertad, basados en verificaciones formales y no sustantivas.

Debe tenerse presente que la imputación realizada en contra del investigado en el contexto de un requerimiento de prisión preventiva, así como, en aras de una acusación, no puede consistir en una narración imprecisa y desordenada de hechos atribuidos al inculcado y “mucho menos en una abstracción (cometió homicidio o usurpación), acudiendo al nombre de la infracción, sino que por el contrario debe tener como presupuesto la afirmación clara, precisa y circunstanciada de un hecho concreto” (Maier, 2000, p. 318).

Si se consiguiese que el Ministerio Público realice dicha actividad cumpliendo con estos parámetros, se terminará por conseguir que se lleve a cabo una imputación necesaria y, con ello, se terminaría por proteger las garantías del imputado, pero también la funcionalidad del Ministerio Público como organismo constitucional de tutela de derechos fundamentales y, finalmente, la eficiencia del proceso penal mismo; eficiencia que debe estar orientada no por el cumplimiento irrestricto de las formalidades procesales establecidas en un código adjetivo.

Sino por el aseguramiento de que la finalidad del proceso penal sea cumplida, en estricto respeto de los principios constitucionales, así como, en tutela absoluta de los derechos fundamentales de las partes, entre estos, el debido proceso material, la tutela efectiva, el derecho de defensa materializado a través de la certeza y la seguridad jurídica, pero no desde la perspectiva formal, sino desde la razonabilidad.

Con ello, se puede afirmar que la finalidad de la exigencia de la imputación necesaria comulga con el respeto de las garantías procesales que tutelan los derechos fundamentales del procesado, con el cumplimiento de la función de investigación que obliga al Ministerio Público a desplegar una actuación objetiva antes de constituirse en un acusador y, con el despliegue de un debido proceso, cuya materialización no es únicamente responsabilidad del organismo constitucional antes mencionado sino, sobre todo, del juez de garantías.

De la mano de la existencia de una imputación necesaria en el requerimiento de prisión preventiva y en el requerimiento acusatorio, se tiene a la exigencia de una correcta tipificación, puesto que, la tipificación constituye el encuadre de una conducta que se tiene como delictiva en los supuestos del tipo penal.

Para lo cual es menester prestar atención a todos los elementos del tipo penal “que es la descripción de un ámbito situacional determinado y la tipicidad, consecuentemente, es la configuración en la realidad de esa descripción lo que implica, un proceso de subsunción del complejo real en la descripción abstracta y general del tipo legal” (Valarezo Trejo, Valarezo Trejo y Durán Ocampo, 2015, p. 333) y, por tanto, reviste importancia en tanto se instituye como el primer elemento para la verificación de existencia de un delito.

En cuanto a la tipicidad, cabe resaltar, para los efectos de la presente investigación, que la doctrina ha desarrollado la figura de la tipicidad judicial, en la que distingue al juez como el principal encargado de realizar la constatación del “conjunto de elementos que han de concurrir para que un hecho tenga relevancia penal” (Valarezo Trejo, Valarezo Trejo y Durán Ocampo, 2015, p. 334), sin distinguir esta función entre el juez de garantías y el juez de juzgamiento.

Lo que se explica en la relevancia de este primer paso de la teoría del delito, sin el que no podría analizarse la antijuricidad del hecho, la culpabilidad en el agente y la punibilidad correspondiente; vale decir, el análisis de la tipicidad del hecho delictivo no es un asunto que se reserva únicamente al juez de juzgamiento.

Puesto que no se trata de un asunto que se ocupe de los elementos materiales del delito, aquellos que serán actuados y valorados en la etapa judicial, sino, de la mera comprobación de que los hechos argüidos por Fiscalía, todavía no comprobados, sean subsumibles en el tipo penal, es decir, una actuación meramente dogmática y normativa, no así, un acto de valoración de elementos probatorios o algún otro extremo de juicio.

Sobre esta base, es perfectamente argumentable que en el extremo del requerimiento de prisión preventiva es necesario

contar con una correcta tipicidad, puesto que, la prognosis de pena que se le otorga al evento delictivo constituye uno de los elementos contemplados dentro del artículo 268 del Código Procesal Penal para decidir la imposición o no de esta medida preventiva, así como, la verificación de los graves y fundados elementos de convicción relacionables con los presupuestos de un tipo penal.

En consecuencia, de realizarse una mala tipificación se terminaría por poner en peligro el análisis de la correspondencia o no de imponer tal medida; lo mismo en cuanto a la imputación necesaria, puesto que, de no existir claridad respecto de los hechos imputados, se cierra la posibilidad de realizar una defensa eficiente a favor del imputado lo que podría redundar en la imposición de una medida que no se torna en necesaria.

Peor aún en el caso del requerimiento acusatorio, en el que se va a fundar toda la actuación a nivel de juicio oral y que, de ser presentado con una indebida imputación terminaría por afectar el desenvolvimiento mismo de esta última etapa procesal u se terminaría por obligar al juez o jueces de juzgamiento que, ya en instancias de juicio oral, realizar un control de tipicidad que habría resultado más oportuno en la audiencia de control de acusación.

Es por esto que resulta capital la actuación del juez de garantías durante la investigación y durante la aprobación de medidas tan

restrictivas como lo es la prisión preventiva, así como, dentro de la etapa intermedia en la que se analiza las cuestiones de procedencia para arribar al juicio oral. Ambos momentos importantes en los que, si se presenta una deficiente actuación del Ministerio Público, el juez se encuentra en la obligación de enmendar la tarea de cara al cumplimiento del principio de legalidad establecido en el artículo 2, numeral 24, literal d del texto constitucional, el principio-derecho de defensa contenido en el artículo 139, numeral 14 de la norma fundamental, pero, principalmente, el debido proceso como garantía de los demás derechos fundamentales del imputado.

### **3.1.2. Delimitación de las facultades y obligaciones con las que cuenta el Fiscal Penal y el Juez de la investigación preparatoria y etapa intermedia en relación con los presupuestos del garantismo penal**

Es en virtud de lo señalado en el acápite anterior que puede definirse la responsabilidad del Ministerio Público en el contexto del principio de objetividad en su actuación, así como del juez de investigación preparatoria como garante durante la investigación y como controlador de la procedibilidad en la etapa intermedia.

En principio, cabe resaltar la importancia del garantismo penal desarrollado por Ferrajoli, quien, presenta al Derecho como una

garantía de limitación al poder, es decir, una garantía a favor de los débiles y en contra de los abusos que pueden ser cometidos por quienes ostentan el poder (Ferrajoli, 2001, p. 851), es decir que, la teoría de Ferrajoli opone las actuaciones de los funcionarios constitucionalmente establecidos provistos de poder constituido a la tutela de derechos fundamentales propios de los ciudadanos o pobladores, ostentadores de un poder constituyente y, por tanto, material, sustantivo.

Si bien es cierto el modelo de Ferrajoli (2005) se plantea a nivel macro, es totalmente aplicable al derecho penal, sobretodo en su tercer extremo; resumiendo, esta teoría parte de las insuficiencias que presenta y ha presentado históricamente el Estado de tipo liberal, en primer lugar, para satisfacer la necesidades y desigualdades sociales y económicas generadas en la población; en segundo lugar, la eficiencia que ha tenido la legalidad para tal finalidad y, en ese sentido, el alcance que debe otorgársele dada su excesiva formalidad y; en tercer lugar, la necesidad de proyectar las garantías de protección de cara a los derechos subjetivos de las personas ante la insuficiencia de la soberanía para cumplir dicho fin (p. 13).

La función tanto del Ministerio Público como del Poder Judicial, constituyen funciones de gobierno ejercidas por organismos autónomos constitucionalmente reconocidos pero que,

indefectiblemente, se desprenden de la delegación de poder soberano realizada por el constituyente.

En este sentido, si dejamos que tales funciones se desplieguen por el solo ejercicio de poder soberano, bajo el manto de la autoridad, sin establecer límite alguno, como bien constituyen los derechos fundamentales, será imposible asegurar que el cumplimiento de funciones por parte de los mencionados magistrados respondan a una preocupación por la propia población que les ha delegado el poder.

Por muchos años, tal y como lo advierte Ferrajoli (2005), el Estado de Derecho producto del modelo liberal, se ha centrado en el cumplimiento formal de las leyes, mismas que son creadas por acción del *ius imperium* estatal pero que, muchas de las veces se han construido en virtud de intereses particulares y han pretendido imponerse a la generalidad de ciudadanos sin constatación alguna de que materialmente cumplan una función en pro de los mismos.

Habida cuenta que, el Estado se genera de la confluencia de tres elementos fundamentales, siendo el más importante el pueblo, por ser el titular del poder soberano y por ser el que toma la decisión de delegar la función de representación en uno cuantos destinados a gestionar el futuro de todos; de ahí los conceptos de bien común, de ahí la obligación de representación por delegación del poder.



No obstante, la historia ha ido verificando también la excesiva formalidad con la que las funciones estatales han sido ejercidas, bastando con el cumplimiento irrestricto del principio de legalidad, pero sin asegurarnos de que tal cumplimiento suponga realmente un beneficio material para la población, ello principalmente en el campo del proceso penal que, se cree más seguro si es que aplica de manera impensada el principio de legalidad, incluso para aquellos extremos en los que este no es exigible o debe ser rezagado en pro de la funcionalidad.

A partir de ello es que se genera una mirada garantista del proceso penal que exige además el cumplimiento de principios fundamentales que han de guiar la aplicación de las leyes, de las normas contenidas en los códigos y, es en virtud de este planteamiento que se han recogido sendos principios tanto en el texto constitucional, como en los títulos preliminares de los mencionados códigos.

Respecto a la actuación de la judicatura y del Ministerio Público, son diversos los principios recogidos en el texto constitucional peruano, el primero de ellos es la obligación de defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el Derecho, establecida en el artículo 159, numeral 1 de la Constitución Política del Perú que, precisamente, condensa los presupuestos establecidos por el garantismo y que han sido señalados anteriormente.

Es decir, si bien es cierto establece como obligación del Ministerio Público la defensa de la legalidad, esta fórmula constitucional no se presenta sola, sino que se acompaña de la obligación de defensa de los intereses públicos que le asisten a quienes les delegaron el poder.

Vale decir, el poder constituyente, es decir, el pueblo, a quien deben su actuación y, cabe destacar que dichos intereses públicos tutelados por el Derecho, no han de ser interpretados como intereses determinados por la administración pública o los organismos autónomos de manera arbitraria, sino, siempre en pro de otorgar servicios públicos en favor de la ciudadanía, así como la tutela de los derechos fundamentales de sus integrantes.

De ahí que la actuación del Ministerio Público no puede encontrarse divorciada de la preocupación por tutelar los derechos fundamentales de las personas, lo que le obliga a actuar siempre en consistencia con estos valores fundamentales que se instituyen en los límites a su actuación funcional.

Con ello, cada actuación desplegada por el Ministerio Público debe cuidar de no afectar los derechos fundamentales de las personas, puesto que una situación de estas, termina por afectar la finalidad de su función misma; dentro de estos derechos fundamentales, el de tutela efectiva, el de debido proceso, el de defensa; que se

instituyen además en derechos fundamentales que se verían vaciados de contenido con la omisión de una debida tipificación o de imputación necesaria.

Es por ello que desde su plataforma, el Ministerio Público cuenta con la responsabilidad de velar por la correcta administración de justicia (artículo 159, parte final del numeral 2 de la Constitución Política del Perú), tanto como veedor de las actuaciones del Poder Judicial, principalmente en su actuación dictaminadora (artículo 159, numeral 6 de la Constitución Política del Perú).

Pero también dentro de su función de investigación del delito (artículo 159, numeral 4 de la Constitución Política del Perú) y de ejecutor de la acción penal (artículo 159, numeral 5 de la Constitución Política del Perú), dado que el ejercicio de estas dos últimas funciones coadyuvan al cumplimiento de la finalidad misma del proceso penal, el cual tiene como director a la judicatura.

En lo que respecta a la facultad de investigación, se tiene que el Ministerio Público no se conduce todavía como una parte del proceso en el sentido acusatorio adversarial, sino como un funcionario del gobierno, que debe cumplir con la defensa del interés público que supone la determinación de los eventos delictivos, así como la identificación objetiva de la responsabilidad penal.

Es por ello que, este principio ha sido complementado en el artículo IV, numeral 2 del Título Preliminar del Código Procesal Penal con el deber de objetividad al que se debe el Fiscal cuando realiza su función, mismo que obliga a que toda determinación a la que arribe en cumplimiento de su obligación, deba estar basada no solo en la habilitación legal, sino además en la constatación fáctica, cuidadosa y detallada de que los hechos identificados y debidamente acreditados con el uso de medios probatorios o de elementos de convicción, según sea el caso, constituyen un ilícito penal y son pasibles de responsabilidad penal.

Una función sustancial dentro del proceso penal que ha de ser cumplida con total imparcialidad, puesto que solo así se podrá alcanzar la objetividad requerida, misma que se verá reflejada en cada uno de los requerimientos que lleve a cabo este funcionario del gobierno, antes que magistrado, en tanto se trata de un delegado del pueblo.

Por lo tanto, los presupuestos del garantismo calan, en tanto se contempla a la función del Ministerio Público, como una función que tiene por objetivo llevar a cabo una correcta investigación y, bajo este manto, una adecuada imputación y tipificación del hecho delictivo, actuando con imparcialidad y objetividad en todos los actos previos a la acusación misma y, en la elaboración del propio requerimiento acusatorio.

De lo contrario, no contará con los elementos necesarios para convertirse en una parte del proceso a partir de la etapa intermedia, puesto que no se habrá asido de los medios necesarios para desplegar su labor con plena convicción de los pormenores de la comisión delictiva, así como de la responsabilidad penal y, finalmente, fracasará en su última función de sancionar la comisión delictiva; afectando así a la finalidad misma del proceso penal.

Bajo este último escenario, de presentarse una labor deficiente de parte del Ministerio Público, es tarea de la judicatura enmendar la tarea, de cara también a la protección del interés público; puesto que la imparcialidad es principalmente una obligación de los órganos jurisdiccionales (parte final del numeral 1 del artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Penal) y esta guía su actuación tanto a nivel de investigación preparatoria, de etapa intermedia y, por supuesto, de juicio oral.

Dicha imparcialidad es la que lleva al juez de garantías a corroborar que cada una de las actuaciones realizadas en la investigación preparatoria o al final de la misma, sean concordantes con el debido proceso, el derecho de defensa y todos los principios-derechos recogidos en el artículo 139 del texto constitucional; la necesidad de contar con una debida tipificación, así como con una imputación necesaria, forma parte de esta obligación.

Es decir que, la aplicación del derecho al caso concreto y la suplencia o control de las deficiencias identificadas en el proceso penal, de ninguna manera contraviene el principio de imparcialidad, puesto que, no implica una actuación imparcial la aplicación de lo establecido en la teoría del delito, o lo recogido en las prescripciones normativas, siempre y cuando tales actuaciones se encuentren alejadas del juzgamiento anticipado de las conductas; lo que perfectamente puede realizarse cuando se despliega el control de tipicidad.

De ahí que se recoge en la normatividad procesal que los actos de investigación no tienen naturaleza jurisdiccional y que, toda decisión de esta naturaleza, deberá ser requerida al órgano jurisdiccional motivando debidamente la petición (numeral III del artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Penal).

Es de señalar que este artículo recoge el principio de control judicial de las actuaciones del Ministerio Público que implican posible afectación de los derechos y garantías de las partes del proceso en el contexto de la investigación preparatoria; asimismo, este mismo principio se conjuga con el de dirección en la etapa intermedia y en el juicio oral (artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Penal).

Empero, esta posibilidad de control no ha sido detallada para el caso del control de la tipicidad y la imputación necesaria en los requerimientos de prisión preventiva y de acusación presentados en la etapa de la investigación preparatoria, en el caso del primero, así como al finalizar esta investigación para dar paso a la etapa intermedia, en el caso del segundo; lo que, como se explicó en el acápite anterior ha generado disparidad de criterios a nivel jurisdiccional que, lejos de favorecer a los derechos y garantías que le asisten al imputado, terminan por perjudicarlos seriamente.

Así es como se evidencia la necesidad de asegurar el cumplimiento de la función de defensa del interés público del Ministerio Público, así como la función garantista del Poder Judicial a través de una regulación específica en el ordenamiento procesal penal que habilite al juez de investigación preparatoria la revisión y corrección de los errores en los que pueda incurrir la fiscalía en materia de tipificación e imputación necesaria, por la influencia directa que esta ejerce respecto del debido proceso, el derecho de defensa y, por tanto, el derecho fundamental a la libertad personal del imputado.

De esta manera, en el extremo correspondiente al control de la tipicidad en la acusación, bien puede ser comprendido como una obligación de la judicatura en cuanto se verificará que lo establecido por la teoría del delito, así como por el desarrollo

doctrinario relativo a la imputación necesaria, sean cumplidos por el Ministerio Público como parte de su obligación de objetividad, así como, de ente encargado de la investigación preliminar.

Es decir, no puede aseverarse que los elementos de convicción presentados en el requerimiento de prisión preventiva sean graves y fundados, si es que no se ha desplegado anteriormente una investigación preliminar completa que haya obtenido elementos objetivos que permitan sustentar el requerimiento acusatorio en dos extremos puntuales, el primero, la verificación de la comisión de un evento delictivo y, el segundo, la identificación de hechos o actos que pueden ser subsumidos en un tipo penal determinado; si estos dos extremos no se cumplen, difícilmente el juez de investigación preparatoria podría tomar una decisión ajustada a Derecho.

Debe aclararse que la constatación de estos elementos sustantivos de ninguna manera involucra una actuación probatoria o un juicio valorativo respecto de la responsabilidad penal, sino, el mero cumplimiento jurisdiccional de su obligación de control de la legalidad que involucra, en primer término, contar con graves y fundados elementos que permitan suponer una responsabilidad penal; así como, la posibilidad de subsumir los hechos en un tipo penal de forma certera, segura, como presupuesto para suponer la aplicación de una pena determinada.



## **3.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS**

### **3.2.1. La obligación primigenia de subsunción con la que cuenta el fiscal en virtud de los presupuestos generales establecidos por la teoría de la interpretación jurídica**

En primer término, ha de resaltarse que la función del fiscal corresponde también a una de las magistraturas del Estado, no solo del gobierno, sino de aquella organización comandada por el pueblo política y jurídicamente organizado en un territorio específico que traza sus principios y valores fundacionales en virtud de su cultura.

La referencia a la forma en que se conforma el Estado, así como de su alcance mayor al gobierno, no es vana, sino que deja cuenta que la función encomendada a la magistratura en cuanto a la aplicación y control de las normas, es una función vital que se relaciona con un valor también fundamental, la potestad de administrar justicia, que nace en el pueblo y que le sirve a este mismo para obtener orden público, bienestar general, seguridad y, por supuesto, para caminar hacia la justicia.

De esta forma, la clásica magistratura encomendada a los jueces como parte de la jurisdicción, se ha extendido por habilitación constitucional a otros magistrados que cumplen con labores

fundamentales e igualmente esenciales para lograr la finalidad de obtención de justicia a los que apunta toda organización estatal.

Así, una labor sumamente importante para alcanzar justicia dentro del sistema jurídico peruano la desempeñan los magistrados del Ministerio Público que, según prescripción constitucional tiene como atribuciones-obligaciones, la defensa de la legalidad y de los intereses públicos, velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia, representar a la sociedad en los procesos jurisdiccionales, conducir la investigación desde el inicio, así como, ejercer la acción penal de oficio o a petición de parte; entre otros taxativamente establecidos en el artículo 159.

Las dos últimas funciones señaladas, son aquellas que se encuentran relacionadas con la actuación del Ministerio Público en el proceso penal, mismas que se han especificado en el Código Procesal Penal de 2004, en que se vuelve a recalcar que la acción penal es pública y se encuentra a cargo del Ministerio Público (art. 1), salvo algunas excepciones que no serán comentadas porque no se encuentran relacionadas con la investigación.

Mayor abundamiento acerca de las funciones del Ministerio Público en lo que respecta al proceso penal, se pueden verificar

en el artículo 61 del mencionado código, en el que se define los límites de la independencia del fiscal, que se encuentra referida a una independencia de criterio, cuya objetividad se encuentra orientada por las disposiciones constitucionales y legales, así como, las directivas e instrucciones de la Fiscalía de la Nación que, por jerarquía normativa, se entiende deben encontrarse en coherencia con la Constitución y las leyes.

Pero tal vez la responsabilidad más relevante para esta investigación con la que cuenta el Ministerio Público, es la recogida en el numeral 2 del mencionado artículo 61, pues faculta al Ministerio Público para que, a través de sus fiscalías especializadas, conduzca la investigación preparatoria, dentro de esta función general, puede practicar u ordenar la ejecución de los actos de investigación correspondientes.

Es a partir de lo recabado con dichos actos de investigación, que el Fiscal recoge los elementos objetivos suficientes para verificar la comisión delictiva, así como, principalmente, como lo establece el propio numeral 2 antes mencionado, para comprobar la imputación, es decir, para sustentar la existencia de un responsabilidad penal objetiva o, en su caso, para eximir o atenuar dicha responsabilidad en virtud de los hechos comprobados también objetivamente.

Es en este momento importante en el que deben enlazarse los elementos objetivos recabados por el Fiscal con el supuesto de hecho y los elementos del delito contemplado en el tipo penal que la teoría de la interpretación jurídica cobra suma importancia; puesto que, a efectos de lograr una imputación necesaria luego de la investigación preparatoria ya no basta únicamente con la interpretación subsuntiva que medianamente se ha cumplido por el Ministerio Público, sino que, hace falta esquematizar un trabajo interpretativo más pormenorizado.

En tal sentido, la obligación primigenia de subsunción con la que cuenta el Ministerio Público, consiste en la relación necesaria que debe trazar el Fiscal entre los hechos acreditados objetivamente luego de la investigación preliminar y preparatoria, y los elementos del tipo penal; sin embargo, esta actuación básica muy difícilmente es cumplida en la realidad, esto porque muchas veces su actuación se limita al llenado de formatos preestablecidos, en los que se utilizan frases cliché o la sola narración de los hechos realizada por el denunciante para aparentar una actuación subsuntiva.

No obstante, superado ello, cabe señalarse que la sola actuación subsuntiva no es suficiente para asegurar una interpretación correcta de la normatividad relativa a la comisión delictiva; pues de lo contrario, el magistrado del Ministerio Público, se

encontraría cumpliendo únicamente con uno de los sentidos del concepto e interpretación, es decir, la sola atribución de significado a una formulación normativa, sin mayor desarrollo que la sola comprensión del contenido de la norma y su aplicación a la situación concreta; no obstante, no debe olvidarse que cualquier interpretación normativa es indefectiblemente una actividad *dianoética*, motivo por el cual, requiere además de la captación del significado, un pensamiento discursivo, una argumentación (Gianformaggio, 1987), más si se trata de una función que lleva detrás la posible afectación de un derecho fundamental tan importante como la libertad personal y, a su vez, la tutela de un derecho fundamental convertido en bien jurídico protegido por el tipo penal.

La labor fiscal, entonces, requiere de interpretación normativa, pero superando la clásica postura de que la interpretación se presenta únicamente cuando existe indeterminación de contenidos en la norma, sino, siendo conscientes de que la interrelación de los hechos acreditados mediante los elementos de prueba recogidos en la investigación y la responsabilidad del imputado, también es una actividad interpretativa *dianoética* y, por lo tanto, requiere de obligatoria determinación individual de cada uno de los elementos del tipo penal y la argumentación del por qué se configura todos y han de ser sancionados a manera de responsabilidad penal.

En este punto de la tesis, entonces, se sostiene que la interpretación no es un tarea exclusiva de los jueces, tampoco sirve para absolver la oscuridad de la normas y, mucho menos, se limita únicamente a subsumir; en contraste con ello, se sostiene que la interpretación es una actividad *dianoética* transversal al derecho en su totalidad, a la construcción de las disposiciones normativas, a su aplicación y control y, en cuanto a estos dos últimos elementos, se extiende a todos los órganos, organismos y organizaciones involucradas en la aplicación y control de las disposiciones normativas, entre estas, el Ministerio Público; motivo por el cual, cada extremo de la disposición que sea aplicado por este órgano requiere de un contexto de justificación.

**3.2.2. El carácter normativo del principio de objetividad plasmado en el título preliminar del Código Procesal Penal, que cuenta con un alcance material sustantivo y no únicamente formal**

Lo señalado en el punto anterior, acerca de la ampliación del contenido de la interpretación de las disposiciones normativas hacia actividades de comprensión de significado, la aplicación de un pensamiento discursivo, y el ejercicio argumentativo; se encuentra íntimamente relacionado con el contenido material del principio de objetividad que asiste la función del Ministerio Público, puesto que ello involucra ir más allá del cumplimiento formal de la disposición normativa relacionada con la imputación

necesaria, para asegurar que la tipificación de un hecho delictivo cuente realmente con basamento factual del caso concreto y no solo con la aseveración de frases generales y abstractas que flaco favor le hacen a la acusación.

Lo primero que debe señalarse es que la influencia del principio de objetividad sobre la imputación concreta se encuentra referida específicamente a la actuación probatoria en sentido lato, es decir, la objetividad en la acusación fiscal, se encuentra conformada por los elementos de prueba que han sido correctamente recabados y no cuenten con ninguna causa de nulidad.

Pero, no basta con consignar dichos elementos probatorios en el documento acusatorio, sino que estos deberán ser utilizados para sustentar la imputación concreta que no puede consistir en una atribución vaga o confusa, en un relato impreciso y desordenado de la acción u omisión que se pone a cargo del imputado, y mucho menos en una abstracción acudiendo al nombre de la infracción; sino, que debe consistir en una afirmación clara y precisa y debidamente acreditada el hecho concreto, relacionando cada elemento probatorio obtenido con los elementos del delito, presentando una descripción de cada circunstancias de modo, tiempo y lugar que ubiquen la narración en el mundo de los

hechos; eso es un contexto de justificación (Recurso de Nulidad 2823-2015, Ventanilla, fundamento 7).

De esta manera, la acusación fiscal no puede constar en un formato que se llena sin coherencia interna para cumplir con las formas establecidas por las disposiciones normativas, sino que requiere de una sustentación razonada y razonable de los elementos objetivos recabados por el Ministerio Público que se acompañen de un relato circunstanciado, no de cualquier relato, no del relato presentado desde la denuncia, sino de un relato propio, elaborado por el Fiscal, no en base a los dichos de las partes, sino en base al resultado de su propia investigación.

Pues la atribución de responsabilidad penal a una persona y la amenaza a su libertad personal no puede sustentarse en el glosado desconectado de afirmaciones, sino en la construcción responsable de argumentos en base a evidencias cuidadosamente engranadas que presenten hechos con relevancia penal cometidos por un sujeto activo; es decir, que los presupuestos fácticos realmente se hayan hallado, lo que deja ver la responsabilidad enorme que recae sobre el Ministerio Público como investigador.

Este es el punto más complicado de cumplir por los operadores jurídicos, pues la costumbre adquirida de cumplir únicamente con



formalismos quita la capacidad para poder relacionar eficientemente las evidencias con la imputación misma; de esta forma, no se puede presentar una lista abstracta de requisitos normativos para la imputación tales como la fijación de la modalidad típica, la imputación individualizada, el nivel de intervención, los indicios y los elementos de juicio; sino que, cada uno de estos requisitos normativos deben encontrarse relacionados detalladamente con las evidencias concretas. De esta manera se asegurará una correcta imputación necesaria.

### **3.2.3. La facultad para controlar, de fiscalización y tutelar de los derechos fundamentales con la que cuenta el juez de la investigación preparatoria y de la etapa intermedia**

No debe dejar de recordarse que en el contexto de un proceso penal garantista, el denominado juez de investigación preparatoria, que se encarga de controlar los actos de investigación desplegados por el Ministerio Público y que, a su vez, se encarga del control procedimental en la etapa intermedia, es en realidad un juez de garantías.

Es decir, un Juez Constitucional con el encargo de tutelar los derechos fundamentales de las partes intervinientes en el proceso penal a través de la corrección de las actuaciones procesales; independientemente de si se trate de la parte sobre la que pesa

una imputación o aquella que asegura ser la agraviada; cabe aclarar, que se utilizan estas expresiones con la finalidad de resaltar que en el proceso penal, hasta antes de la sentencia no es posible referirnos a las partes como delincuente o como agraviado; debido a que no existe actuación probatoria que acredite una u otra posición.

De allí que el juez de investigación preparatoria debe conducirse con la misma imparcialidad que el juez de juzgamiento y, de allí que tiene el encargo de garantizar la vigencia de los derechos fundamentales de las partes intervinientes dentro del proceso judicial y, como parte de esta tarea, puede atender pedidos de las partes durante la etapa de investigación, puede desplegar audiencias de tutela para garantizar el respeto de los derechos del imputado, puede asegurar el respeto de los derechos de la posible víctima autorizando la constitución en parte y controlando el cumplimiento de plazos en la investigación preliminar y preparatoria, así como, puede controlar los requerimientos de sobreseimiento y acusación.

Este último extremo, el control de los requerimientos, forma parte de la función garantista del juez, de su función constitucional, aquella que, tal y como lo establece el propio artículo 138 del texto constitucional se ejerce por encargo del pueblo con arreglo a la Constitución y las leyes, bajo los preceptos establecidos por el

mismo constituyente, principalmente en el artículo 139 del texto constitucional, así como, en las demás normas de la materia que forman parte del bloque de constitucionalidad.

Es decir, haciendo cumplir la Constitución, los principios fundamentales que se hallan en esta, entre estos, el debido proceso, el derecho de defensa, la objetividad en la actuación del fiscal y, con ello, de su obligación de realizar una imputación necesaria que se desprende del principio de objetividad también contemplado constitucionalmente.

Es decir, la labor del juez de garantías en la etapa intermedia no involucra únicamente examinar y controlar los elementos de convicción que cimientan el requerimiento acusatorio para decidir si merecen ir a juicio o no; sino, en caso de que estos no se hayan dispuesto ordenadamente para fundamentar la posible responsabilidad penal, en caso de que estos no cuenten con el contexto de justificación suficiente para sustentar la imputación concreta, el juez tiene la obligación de controlar este hecho y exigir una actuación más diligente de parte del fiscal.

Recuérdese que es función sustancial del juez de garantías, que es un juez constitucional, la defensa y materialización de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y los tratados internacionales cuando son vulnerados y, dentro del

proceso, esta responsabilidad tutelar se hace patente con el reconocimiento y actuación de diversos derechos y principios fundamentales como son el derecho a la tutela procesal efectiva, el debido proceso, el derecho a la defensa, el derecho a un juez imparcial, el derecho a una debida motivación, el derecho a la obtención de una resolución fundada en derecho y, con ello, razonable y proporcional, el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a la imparcialidad judicial y todos los derechos y principios conexos con la actividad procesal.

En tal sentido, el derecho a la certeza de las imputaciones que pesan en contra de una persona, en el sentido de contar con una imputación necesaria, forma parte del conjunto de derechos que le asisten al imputado, mismo que debe ser garantizado por el juez de garantías como parte de su función contralora de las actuaciones del Ministerio Público y de las partes en el contexto de la investigación y la consecuente acusación.

## **CAPÍTULO IV**

### **PROPUESTA NORMATIVA QUE ASEGURE EL CONTROL JUDICIAL DE LA TIPIFICACIÓN Y LA IMPUTACIÓN NECESARIA EN LOS REQUERIMIENTOS DE PRISIÓN PREVENTIVA Y DE ACUSACIÓN FORMULADOS POR EL MINISTERIO PÚBLICO**

**Proyecto de ley que modifica los artículos 271, numeral 1, 349, numeral 1, literal b) y 352, numeral 2 del Decreto Legislativo n.º 957, Código Procesal Penal**

#### **4.1. APRECIACIONES SOBRE EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO**

Para la elaboración de la presente proposición legislativa se ha tenido en cuenta lo establecido por el artículo 75 del Reglamento del Congreso de la República, referente a los requisitos de las proposiciones legislativas.

El referido artículo establece que las proposiciones de ley deben contener una exposición de motivos donde se expresen sus fundamentos, el efecto de la vigencia de la norma que se propone sobre la legislación nacional, el análisis costo-beneficio de la futura norma legal incluido, cuando corresponda, un comentario sobre su incidencia ambiental. De ser el caso, la fórmula legal respectiva que estará dividida en títulos, capítulos, secciones y artículos. Estos requisitos sólo pueden ser dispensados por motivos excepcionales.

Para que pueda ser presentada la iniciativa legislativa, el artículo 76 del Reglamento del Congreso de la República establece requisitos especiales que resulta importante tenerlos presente.

En efecto, si fuera de interés que sea presentado por el Presidente de la República, deben estar refrendadas por el Presidente del Consejo de Ministros y, en forma opcional, por el Ministro o Ministros cuyas carteras se relacionan en forma directa con la materia cuya regulación se propone.

Si fuera presentada por los Congresistas, se le incorpora el desarrollo de la “Vinculación con el Acuerdo Nacional”, en atención a que es una de las exigencias prevista en el inciso e) del segundo numeral del artículo 76 del Reglamento del Congreso de la República, referente a los requisitos especiales para presentar proposiciones legislativas que deben de cumplir los Congresistas.

En caso de que fuera presentado por los ciudadanos, la iniciativa legislativa debe ir acompañada por las firmas de por lo menos 0.3% de la población electoral y una resolución expedida por la Oficina Nacional de Procesos Electorales que declare expedito el procedimiento al haberse realizado la comprobación de firmas, de acuerdo con la ley, que regula la materia. El oficio de remisión al Congreso debe estar firmado por uno o por los diez primeros ciudadanos que suscriben la iniciativa, indicando, además del número de libreta electoral, la dirección donde deba notificársele en caso necesario.

Si el Proyecto de Ley fuera presentado por el Poder Judicial o el Ministerio Público, o los Colegios Profesionales sólo podrán versar sobre asuntos de su exclusiva competencia debiendo precisarse la concordancia de competencia en el documento de remisión.

A continuación, el desarrollo de la proposición legislativa:

#### **4.2. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

El actual Estado Constitucional de Derecho se ha distanciado de los planteamientos del anterior Estado de Derecho que se basaba en el imperio de la Ley acuñado por el Estado de tipo liberal, contra el que reniega la teoría del garantismo en pro de la disminución de los formalismos que se han tornado en excesivos bajo el anterior modelo y que ha asegurado el cumplimiento de la ley, pero no necesariamente el cumplimiento y tutela de los derechos fundamentales de las personas.

Bajo este presupuesto es que se ha erigido el actual Proceso Penal acusatorio con rasgos adversariales que es, además, garantista; y que se ejerce en virtud de las disposiciones normativas del Código Procesal Penal, pero que, exige que estas sean aplicadas en pleno respeto de los principios-derechos reconocidos a nivel constitucional, y desarrollados en su propio título preliminar.

Dentro de estos derechos-principios, cabe destacar el principio de legalidad contenido en el artículo 2, numeral 24, literal d del texto constitucional que se conforma en una garantía que protege la libertad personal de los ciudadanos, en tanto prohíbe que se sancionen penalmente conductas que al momento de cometerse no hayan sido tipificadas como delito, así como, se establece como un parámetro de actuación para el desarrollo de la función fiscal y judicial cuando de restricción del derecho de libertad personal se trata, ante lo cual se genera la obligación de actuar con suma cautela al momento de desplegar su funciones.

Este principio puede ser relacionado con el deber de defensa del interés público al que se encuentra obligado el fiscal en virtud del artículo 159, numeral 1; así como, con el deber de actuación objetiva del mismo organismo que se encuentra reconocido en el artículo IV, numeral II del Título Preliminar del Código Procesal Penal; mismos que deben ser tenidos en cuenta cuando se elaboran los requerimientos de prisión preventiva, así como el acusatorio, para todos sus extremos y, específicamente, para el cumplimiento de la obligación de tipificar debidamente y de realizar una imputación necesaria, concreta y suficiente.

De no ser así, es menester que el Poder Judicial, a través de sus órganos jurisdiccionales, desplieguen su labor en virtud del principio de imparcialidad recogido en el numeral 1 del artículo I del Título Preliminar



del Código Procesal Penal, pero principalmente, en ejercicio de su función de garantía reconocida en el numeral 3 del artículo IV y su función de dirección reconocida en el artículo V del Título Preliminar antes citado.

De ambas funciones antes dichas, se desprende la obligación de control con la que cuenta la judicatura de todas las actuaciones del Ministerio Público que puedan afectar el debido proceso, el derecho de defensa y la finalidad misma del proceso penal; en el caso concreto, aquellos requerimientos de prisión preventiva y acusatorios que contengan una indebida tipificación de la conducta, así como falta de imputación necesaria.

En el caso del requerimiento de prisión preventiva, puesto que la mala actuación del Ministerio Público podría llevar a una restricción innecesaria de la libertad personal del imputado y, en el segundo caso, podría llevar a la afectación de la finalidad del proceso penal en tanto dificultaría la tipificación judicial y, por consiguiente, la determinación de la responsabilidad penal.

#### **4.3. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO**

La presente propuesta legislativa no irroga gasto al erario nacional financiándose con cargo al presupuesto del Poder Legislativo en lo que respecta a la modificación de medida legislativa.

Se tienen como beneficiarios a la ciudadanía, toda vez que el establecimiento de límites a la actuación del Ministerio Público que involucran el respeto de los derechos fundamentales de las partes, así como la posibilidad de controlar dichas actuaciones por parte del Poder Judicial, redundan en la mejora de la administración de justicia y, por lo tanto, en el cumplimiento eficiente de una función pública de interés también público.

#### **4.4. EFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL**

La propuesta no colisiona ni afecta el orden constitucional o legal vigente, por el contrario, permite otorgar el procedimiento adecuado para que la actuación contraria a derecho sea efectivamente sancionada en cumplimiento con parámetros legal y doctrinariamente establecidos, en cumplimiento de los derechos fundamentales descritos en nuestra Carta Magna.

#### **4.5. VINCULACIÓN CON EL ACUERDO NACIONAL**

La iniciativa legislativa guarda relación con la séptima, décimo sexta y vigésima octava, políticas de Estado referentes a la erradicación de la violencia y fortalecimiento del civismo y de la seguridad ciudadana; fortalecimiento de la familia, promoción y protección de la niñez, la adolescencia y la juventud y la plena vigencia de la Constitución y de los

derechos humanos y acceso a la justicia e independencia judicial, cuando se refieren que el Estado:

a) consolidara políticas orientadas prevenir, disuadir y sancionar y eliminar aquellas conductas y prácticas sociales que pongan en peligro la tranquilidad integridad o libertad de la personas así como la propiedad pública y privada, e) prevendrá todas la formas de violencia familiar así como de maltrato y explotación contra niños, niñas y adolescentes, aportando a su erradicación y todas las formas de explotación y abuso sexual y g) establecerá mecanismos de vigilancia al correcto funcionamiento de la administración de justicia, al respeto de los derechos humanos, así como para la erradicación de la corrupción judicial en coordinación con la sociedad civil.

#### **4.6. FÓRMULA LEGAL**

**El Congreso de la República**

**Ha dado la Ley siguiente:**

**LEY QUE MODIFICA LOS ARTÍCULOS 271, NUMERAL 1, 349, NUMERAL 1, LITERAL b) Y 352, NUMERAL 2 DEL DECRETO LEGISLATIVO N.º 957, CÓDIGO PROCESAL PENAL**

**Artículo 1. Objeto de la Ley**

La presente ley tiene por objeto modificar el artículo 271, numeral 1, 349, numeral 1, literal b) y el artículo 352, numeral 2 del Decreto Legislativo N.º 957, Código Procesal Penal, a efecto de que el Juez de

Investigación Preparatoria tenga la facultad de controlar la tipicidad y la obligación de la imputación necesaria en los requerimientos de prisión preventiva y de acusación.

**Artículo 2. Modifíquese el artículo 271, numeral 1 del Decreto Legislativo N.º 957, Código Procesal Penal**

**Artículo 271 Audiencia y resolución.-**

1. El Juez de la Investigación Preparatoria, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al requerimiento del Ministerio Público, fijará la audiencia para determinar la procedencia de la prisión preventiva. La audiencia se celebrará con la concurrencia obligatoria del Fiscal, del imputado y su defensor. El defensor del imputado que no asista será reemplazado por el defensor de oficio.
2. Iniciada la audiencia, el juez de investigación preparatoria realizará el control de la calificación jurídica postulada por el fiscal a efecto de que se encuentre en congruencia con los hechos planteados, en cumplimiento con el principio de imputación necesaria a efecto de verificar que los contenidos en el requerimiento escrito previamente presentado por el Ministerio Público como un requisito procedencia, luego de lo cual, de no existir observación alguna  
(...)

**Artículo 3. Modifíquese los artículos 349, numeral 1, literal b y del 352, numeral 2 del Decreto Legislativo N.º 957, Código Procesal Penal**

**Artículo 352 Decisiones adoptadas en la audiencia preliminar.-**

(...)

3. Si los requisitos contemplados en el artículo 349 de este código no han sido cumplidos en el requerimiento acusatorio, lo que exige un nuevo análisis del Ministerio Público, el Juez dispondrá la devolución de la acusación y suspenderá la audiencia por cinco días para que corrija el defecto, esto incluye la posibilidad de que el juez controle la calificación jurídica postulada por el Fiscal, luego de lo cual se reanudará la audiencia. En los demás casos, el Fiscal, en la misma audiencia, podrá hacer las modificaciones, aclaraciones o subsanaciones que corresponda, con intervención de los concurrentes. Si no hay observaciones, se tendrá por modificado, aclarado o saneado el dictamen acusatorio en los términos precisados por el Fiscal, en caso contrario resolverá el Juez mediante resolución inapelable. (...)

**Artículo 4. Vigencia de la Ley**

La presente Ley entra en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

**Lima, agosto de 2021.**

**Congresista de la República**

## **CONCLUSIONES**

- A. Se ha contrastado la hipótesis en su totalidad, siendo el extremo central la potestad del juez de la Investigación Preparatoria y de la Etapa Intermedia cuenta para controlar, fiscalizar y tutelar de los derechos fundamentales en cada actuación del Ministerio Público.
- B. La finalidad de la tipificación y la imputación necesaria en función a la teoría del delito coincide con la finalidad misma del proceso penal que no es sancionar de manera irrestricta, sino asegurar el cumplimiento de los principios del derecho penal y la regulación normativa sin afectar los derechos fundamentales de las partes.
- C. Las facultades y obligaciones con las que cuenta el Fiscal Penal referidas a la realización de una investigación objetiva sustentan el posterior requerimiento de prisión preventiva y el requerimiento acusatorio, con respeto de los presupuestos de la imputación necesaria.
- D. El fiscal cuenta con la obligación primigenia de realizar una correcta tipificación en virtud de los presupuestos generales establecidos por la teoría del delito, así como, por la teoría de la interpretación jurídica.
- E. El fiscal se encuentra conminado por el carácter normativo del principio de objetividad plasmado en el título preliminar del Código Procesal Penal, cuyo alcance es material sustantivo y no únicamente formal; motivo por el cual, debe cumplir con los elementos de la imputación necesaria.
- F. El juez de la investigación preparatoria y de la etapa intermedia cuenta con la facultad para controlar, fiscalizar y tutelar de los derechos fundamentales en cada actuación del Ministerio Público que involucre afectación de los derechos fundamentales del imputado.

G. Es obligación del juez de investigación preparatoria y de etapa intermedia la verificación de la existencia de procesos en los que existe una errada calificación jurídica de los hechos materia de imputación.

## RECOMENDACIONES

- A. Se recomienda al Congreso de la República la implementación de una modificación normativa en los artículos 271, numeral 1, 349, numeral 1, literal b) y 352, numeral 2 del decreto legislativo n.º 957 del Código Procesal Penal; para facultar al juez de investigación preparatoria y al juez de etapa intermedia la realización de un control de tipicidad e imputación necesaria en los requerimientos de prisión preventiva y acusatorio, respectivamente.
- B. Se recomienda a los jueces de investigación preparatoria y de etapa intermedia que, en aplicación de los parámetros alcanzados por el postpositivismo, así como, en pro de la tutela efectiva de los derechos fundamentales dentro del proceso penal, así como del principio de razonabilidad, así como del propio principio de legalidad; realicen la labor de controlar la tipicidad y la imputación necesaria en los requerimientos de prisión preventiva y acusatorio, en tanto no sea regulada esta posibilidad en la norma procesal.



## LISTA DE REFERENCIAS

- Alexy, R. (1998). *Teoría dell'argomentazione giuridica*. Milano: Giuffré.
- Almanza Altamirano, F., & Peña Gonzáles, O. (2010). *Teoría del delito*. Lima: Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación .
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (18 de Julio de 1978). Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)*. San Jose, Costa Rica, Costa Rica: ONU.
- Atienza, M. (2017). Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista. *CAP jurídica*, 59-101.
- Atienza, M. (2018). Hermenéutica y Filosofía Analítica en la interpretación del Derecho. En I. Lifante Vidal, *Interpretación jurídica y teoría del Derecho* (págs. 67-90). Lima: Palestra.
- Beltrán, O. (2005). Revisiones sistemáticas de la literatura. *Rincón epidemiológico*, 60-69.
- Binder, A. (1999). *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- Cáceres Julca, R. (2008). *Habeas corpus contra el auto apertorio de instrucción*. Lima: Grijley.
- Calderón Cerezo, & Choclán Montalvo. (2002). *Derecho procesal penal*. Madrid: Dikynson.

- Calderón Sumarriva, A. (2011). *El nuevo sistema procesal penal: análisis crítico*. Lima: Egacal.
- Caso Carlos Baca Pereda, Casación N° 724-2015. Piura (Corte Suprema 15 de Abril de 2016).
- Caso de violación sexual de menor entre 14 y 18 años, Exp. N° 00412-2018-0-0601-JR-PE-05 (Quinto juzgado de investigación preparatoria del distrito judicial de Cajamarca 23 de noviembre de 2018).
- Caso Eduardo Berrospi Pablo, Casación 704-2015. Pasco (Corte Suprema 27 de Noviembre de 2017).
- Caso Félix Antonio Meza Carrera, Recurso de Nulidad n.º 2803-2015-Ventanilla (Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República 01 de junio de 2017).
- Caso Jhoni Correa Ponce, Casación 1450-2017. Huánuco (Corte Suprema 23 de Abril de 2019).
- Choquecagua Ayna, A. (2014). El principio de imputación necesaria. Una aproximación conceptual, analítica, jurisprudencial y crítica en el Nuevo Modelo Procesal Penal peruano. *Derecho y Cambio Social*, 1-32.
- Congreso Constituyente Democrático. (30 de diciembre de 1993). Constitución Política del Perú. *Constitución Política del Perú*. Lima, Lima, Perú: Diario Oficial "El Peruano".
- Congreso Constituyente Democrático. (1993). *Constitución Política del Perú*. Lima: Jurista Editores.

- Congreso Constituyente Democrático. (1993). *Constitución Política del Perú*.  
Lima: Diario Oficial El Peruano.
- Corte Suprema de Justicia de la República. (13 de Noviembre de 2009).  
ACUERDO PLENARIO N° 6-2009/CJ-116. *V Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria*. Lima, Lima, Perú: Poder Judicial.
- Cuenca Gómez, P. (2008). Sobre el iuspositivismo y los criterios de validez. *Dianlet*, 208.
- De Aquino, T. (1993). *Suma de teología*. Madrid: Biblioteca de autores cristianos.
- Dworkin, R. (1996). The moral reading and the majoritarian premise. *Freedom's law*, 1-38.
- Dworkin, R. (2012). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- Farge Collazos, C. (2007). El Estado de bienestar. *Enfoques*, 45-54.
- Ferrajoli, L. (2001). *Derecho y Razón*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2016). *Los derechos y sus garantías. Conversación co auro Barberis*. Madrid: Trotta.
- Gianformaggio, L. (1987). Lógica y argumentación en la interpretación jurídica o tomar a los juristas intérpretes en serio. *Doxa*, num. 4, 87-108.
- Guamán Chacha, Hernández Ramos, & Lloay Sánchez. (2020). El positivismo y el positivismo jurídico. *Revista Universidad y Sociedad*,, 265-269.
- Hart, H. (2009). *El concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

- Hobbes, T. (2012). *Leviatán*. Lima.
- Hugo Álvarez, J. (2016). Reflexiones contemporáneas sobre la crisis del derecho penal. *Actualidad penal. Al día con el Derecho*, 127-139.
- Jiménez Cano, R. (2013). Una defensa del positivismo jurídico (excluyente). *ISONOMÍA n.º 39*, 83-126.
- López Hidalgo, S. (2015). Ponderación versus subsunción jurídica: ¿la crisis de la certeza del Derecho? *FORO. Revista de Derecho N° 23*, 53-68.
- Maier, J. (2000). *Derecho Procesal Penal Argentino*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Mendoza Ayma, F. (2012). *La necesidad de una imputación concreta en el desarrollo del proceso cognitivo*. Arequipa: Editorial San Bernardo.
- Mendoza Ayma, F. (2019). *La medida del dolor. Determinación e individualización de la pena*. Lima: Idemsa.
- Moreno, J. (2018). ¿Es posible discutir tipicidad del hecho en una audiencia de prisión preventiva? Análisis a propósito del caso Walter Ríos. *Legis.pe*.
- Navas Corona, A. (2003). *Tipicidad y derecho penal*. Bogotá: Fundación el Libro Total.
- Neyra Flores, J. (2010). *Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral*. Lima: IDEMSA.
- Neyra Flores, J. (12 de Septiembre de 2019). *¿Se debe discutir tipicidad en audiencia de prisión preventiva?* Obtenido de ¿Se debe discutir tipicidad

en audiencia de prisión preventiva? Legis.pe: <https://legis.pe/discutir-tipicidad-audiencia-prision-preventiva-jose-neyra-flores/>

Núñez Vaquero, Á. (2014). Dogmática jurídica. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*. ISSN 2253-6655, 245-260.

Peces Barba, G., Fernández, E., & De Asís, R. (2000). *Curso de Teoría del Derecho*. Madrid - Barcelona: Marcial Pons.

Poder ejecutivo. (29 de julio de 2004). Decreto Legislativo N° 957. *Código Procesal Penal*. Lima, Lima, Perú: Diario Oficial "El Peruano".

Poder Ejecutivo. (29 de julio de 2004). Decreto Legislativo N° 957. *Código Procesal Penal*. Lima, Lima, Perú: Diario Oficial "El Peruano".

Pons, M. (2010). Cuaderno de Filosofía del Derecho. *Doxa*, 61-62.

Prieto Sanchíz, L. (2013). *El constitucionalismo de los derechos*. Madrid: Trotta.

Reyna Alfaro, L. (2015). El proceso penal ¿acusatorio? ¿adversarial? En L. Reyna Alfaro, *El proceso penal acusatorio. Fundamentos, funcionamiento, cuestiones trascendentes* (págs. 21-31). Lima: Instituto Pacífico.

Rodríguez Jiménez, A., & Pérez Jacinto, A. (2017). Métodos científicos de indagación y de construcción de conocimiento. *Rev. esc.adm.neg. No. 82*, 179-200.

Rodríguez-Toubes Muñiz, J. (1993). El iusnaturalismo de John Finnis. *Anuario de Filosofía del Derecho X*, 375-403.

- Roxin, C. (1979). *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*. Buenos Aires: Depalma.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal: parte general* (Segunda ed.). (D.-M. Luzón Peña, Trad.) Madrid: Editorial Civitas.
- Rubio Correa, M. (1999). *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Lima: Pontificie Universidad Católica del Perú.
- San Martín Castro, C. (2014). *Derecho procesal penal*. Lima: Grijley.
- Tarello, G. (2013). *La interpretación de la Ley*. Lima: Paletra Editores.
- Valarezo Trejo, E., Valarezo Trejo, R., & Durán Ocampo, A. (2015). Algunas consideraciones sobre la tipicidad en la teoría del delito. *UNIVERSIDAD Y SOCIEDAD | Revista Científica de la Universidad de Cienfuegos*, 331-338.
- Verguer Grau, J. (1994). *La defensa del imputado y el principio acusatorio*. Barcelona: Bosch.
- Welzel, H. (1956). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Roque Depalma Editor.