



UNIVERSIDAD NACIONAL

PEDRO RUIZ GALLO

ESCUELA DE POSGRADO



DOCTORADO EN DERECHO Y CIENCIA POLITICA

**“Violación de los principios y derechos constitucionales,
con el o sin el, doble conforme fiscal”**

TESIS

**Presentada para optar el Grado Académico de
Doctor en Derecho y Ciencia Política**

AUTOR:

M.Sc. Larios Perleche, Segundo Máximo

ASESOR:

Dr. Hernández Rengifo, Freddy Widmar

Lambayeque – Perú

2022

**“Violación de los principios y derechos constitucionales, con el o sin el,
doble conforme fiscal”**



M.Sc. Segundo Máximo Larios Perleche
Autor



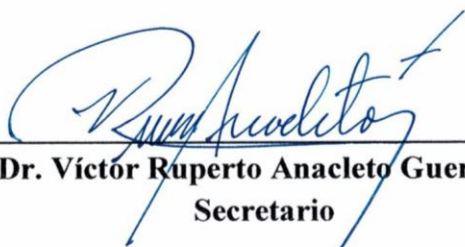
Freddy Widmar Hernández Rengifo
Asesor

Tesis presentada a la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo para optar el Grado Académico de **Doctor en Derecho y Ciencia Política**.

Aprobado por:



Dr. Luis Armando Hoyos Vásquez
Presidente



Dr. Víctor Ruperto Anacleto Guerrero
Secretario



Dr. Gilmer Alarcón Requejo
Vocal

Lambayeque, 2022

Acta de sustentación

	ESCUELA DE POSGRADO <i>M.Sc. Francis Villena Rodríguez</i>	Versión:	01
		Fecha de Aprobación	29-8-2020
UNIDAD DE INVESTIGACION	<u>FORMATO DE ACTA DE SUSTENTACIÓN VIRTUAL DE TESIS</u>		Pág. 1 de 3

ACTA DE SUSTENTACIÓN VIRTUAL DE TESIS

Siendo las 12m. del jueves 21 de julio de 2022, se dio inicio a la Sustentación Virtual de Tesis soportado por el sistema Google Meet, preparado y controlado por la Unidad de Tele Educación de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo de Lambayeque, con la participación en la Video Conferencia de los miembros del Jurado, nombrados con Resolución N°278-2022-EPG, de fecha 17 de marzo de 2022, conformado por:

Dr. LUIS ARMANDO HOYOS VÁSQUEZ	Presidente
Dr. VÍCTOR RUPERTO ANACLETO GUERRERO	Secretario
Dr. GILMER ALARCÓN REQUEJO	Vocal
Dr. FREDDY WIDMAR HERNÁNDEZ RENGIFO	Asesor

Para evaluar el informe de tesis del tesista SEGUNDO MAXIMO LARIOS PERLECHE, candidato a optar el grado de DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIA POLITICA, con la tesis titulada "VIOLACION DE LOS PRINCIPIOS Y DERECHOS CONSTITUCIONALES, CON EL O SIN EL, DOBLE CONFORME FISCAL".

El Sr. Presidente, después de transmitir el saludo a todos los participantes en la Video Conferencia de la Sustentación Virtual ordenó la lectura de la Resolución N°692-2022-EPG de fecha 4 de julio de 2022, que autoriza la Sustentación Virtual del Informe de tesis correspondiente, luego de lo cual autorizó al candidato a efectuar la Sustentación Virtual, otorgándole 30 minutos de tiempo y autorizando también compartir su pantalla.

Culminada la exposición del candidato, se procedió a la intervención de los miembros del jurado, exponiendo sus opiniones y observaciones correspondientes, posteriormente se realizaron las preguntas al candidato.

Culminadas las preguntas y respuestas, el Sr. Presidente, autorizó el pase de los miembros del Jurado a la sala de video conferencia reservada para el debate sobre la Sustentación Virtual del Informe de tesis realizada por el candidato, evaluando en base a la rúbrica de sustentación y determinando el resultado total de la tesis con 18 puntos, equivalente a **MUY BUENO**, quedando la candidata apta para optar el Grado de DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIA POLITICA.

Formato : Físico/Digital	Ubicación : UI- EPG - UNPRG	Actualización:
--------------------------	-----------------------------	----------------

 UNPRG UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO	ESCUELA DE POSGRADO <i>M.Sc. Francis Villena Rodríguez</i>	Versión:	01
		Fecha de Aprobación	29-8-2020
UNIDAD DE INVESTIGACION	<u>FORMATO DE ACTA DE SUSTENTACIÓN VIRTUAL DE TESIS</u>	Pág. 2 de 3	

Se retomó a la Video Conferencia de Sustentación Virtual, se dio a conocer el resultado, dando lectura del acta y se culminó con los actos finales en la Video Conferencia de Sustentación Virtual.

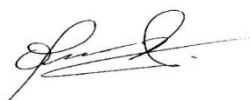
Siendo las **13.10** p.m. se dio por concluido el acto de Sustentación Virtual.


 Armando Hoyos Vásquez
 ABOGADO
 C.N. 282

Dr. LUIS ARMANDO HOYOS VÁSQUEZ
PRESIDENTE



Dr. VÍCTOR RUPERTO ANACLETO GUERRERO
SECRETARIO



Dr. GILMER ALARCÓN REQUEJO
VOCAL

Dr. FREDDY WIDMAR HERNÁNDEZ RENGIFO
ASESOR

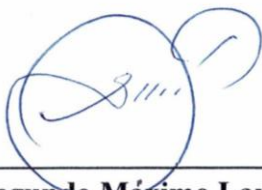


Formato : Físico/Digital	Ubicación : UI- EPG - UNPRG	Actualización:
--------------------------	-----------------------------	----------------

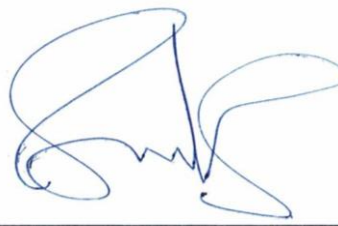
Declaración jurada de originalidad

Yo, **M.Sc. Segundo Máximo Larios Perleche**, investigador principal y **Dr. Freddy Widmar Hernández Rengifo**, asesor del trabajo de investigación **“Violación de los principios y derechos constitucionales, con el o sin el, doble conforme fiscal”**, declaro bajo juramento que este trabajo no ha sido plagiado, ni contiene datos falsos. En caso se demostrará lo contrario, asumo responsablemente la anulación de este informe y por ende el proceso administrativo a que hubiere lugar. Que puede conducir a la anulación del título o grado emitido como consecuencia de este informe.

Lambayeque, 21 de julio de 2022.



M.Sc. Segundo Máximo Larios Perleche
Autor



Dr. Freddy Widmar Hernández Rengifo
Asesor

Dedicatoria

A mis familiares, amigos, colegas y a todos aquellos que coadyuvaron a la concretización de este trabajo.

Aquellos que por el COVID 2019 se fueron sin despedirnos, un abrazo de gratitud hasta el cielo.

Agradecimiento

Agradezco al hacedor, por la vida y la dicha de conservarme en medio de esta pandemia. También a todos los maestros que tuve a lo largo de la vida, pues de una u otra forma me guiaron, con sus conocimientos y experiencias compartidas, lo que han formado y alimentando mis conocimientos.

Índice

Acta de sustentación	iii
Declaración jurada de originalidad	v
Dedicatoria	vi
Agradecimiento	vii
Índice	viii
Resumen	xii
Abstract	xiii
Portugúes	xiv
Presentación	xv
Introducción	17
Capítulo I: Marco metodológico	19
1.1. Ubicación del objeto de estudios	19
1.1.1 Ubicación	19
1.1.2. Ubicación geográfica	19
1.2. Como surge el problema	20
1.2.1. Planteamiento del problema	22
1.2.2. Justificación del estudio del problema a investigar	23
1.3. Marco de referencia del problema	24
1.4. Manifestación y características	24
1.5. Descripción de la metodología	24
1.5.1. Formulación de Hipótesis	24
1.5.2. Identificación de las variables	25
1.5.2.1. Variables Independientes	25
1.5.2.2. Variables dependientes	25
1.6. Objetivos	25
1.6.1. Objetivo general	25
1.6.2. Objetivos Específicos	26
1.7. Metodología empleada	26
1.7.1. Diseño de contrastación de hipótesis	27
1.7.2. Población muestra	27
1.7.3. Análisis documental	28
1.7.4. Métodos y técnicas para recolectar datos	28

1.7.4.1. Métodos	28
1.7.4.2. Técnicas	29
1.8. Tipo de investigación: investigación cualitativa	29
Capítulo II: Marco teórico	32
2.1. El marco constitucional peruano	32
2.2. La Función Jurisdiccional en el Estado Democrático y social de derecho	34
2.3. La cláusula de Estado Democrático	35
2.4. La cláusula del Estado Social	38
2.5. La seguridad jurídica	45
2.5.1. La seguridad jurídica en un Estado democrático	45
2.5.2. La Seguridad Jurídica en nuestra Constitución	49
2.5.3. Seguridad Jurídica y el requerimiento de nulidad	50
2.5.4. Otros supuestos de nulidad	52
2.5.5. La seguridad jurídica y el entorno jurídico social peruano	53
2.5.6. La Seguridad Jurídica en el mundo democrático	55
2.5.7. Exigencias objetivas de la seguridad jurídica	58
2.5.8. La Seguridad Jurídica y los Derechos Humanos	60
2.5.9. La Seguridad Jurídica y Las Políticas Criminales Liquidadas	65
2.6. Los derechos o principios constitucionales	70
2.6.1. Concepto	70
2.6.2. Los mandatos constitucionales como compromisos concretos del Estado	75
2.7. Dignidad de la persona humana	78
2.7.1. Concepto	78
2.7.2. Funciones de la dignidad humana en un Estado Social Democrático	82
2.8. El Ministerio Público	93
2.8.1. Concepto	93
2.8.2. El fiscal y su evolución	96
2.8.3. El Ministerio Público en el estado de derecho.	98
2.8.4. El Ministerio Público en el estado social	99
2.8.5. El Ministerio Público y su evolución en Perú.	100
2.8.6. El interés público y el Ministerio Público	102
2.8.7. Principios que gobiernan la actuación fiscal en el Ministerio Público	109
2.9. La Discrecionalidad Fiscal	118
2.10. El Principio Acusatorio	122

2.10.1. El Principio Acusatorio en el Perú	124
2.10.2. El Código Procesal Penal peruano y el Principio Acusatorio	126
2.10.3. El uso abusivo del principio acusatorio	131
2.11. El Deber y la obligación de investigar del persecutor penal	135
2.12. Efectividad y limites en las investigaciones monopolistas del Estado	138
2.13. La Impunidad y el sobreseimiento	141
2.14. El doble conforme como garantía constitucional y convencional	146
2.14.1. El principio de doble conformidad como límite al ius puniendi	148
2.14.2. El doble conforme fiscal en el sobreseimiento del CPP	152
2.14.3. El doble conforme y sus corrientes	155
2.14.4. Análisis Filosófico del Doble Conforme	164
2.15. La necesidad de contar con un juez garantista	166
Capítulo III: El derecho procesal penal, los principios procesales, la víctima y el recurso de apelación	173
3.1. Ley Procesal	173
3.1.1. El Derecho Procesal Penal	174
3.1.2. Principios y garantías procesales penales	176
3.1.3. Evolución de los sistemas de justicia procesal penal del Perú	176
3.1.4. Estructura del actual modelo procesal penal peruano	177
3.2. La Víctima	180
3.2.1. Concepto	180
3.2.2. La Víctima en el Proceso Penal	183
3.2.3. La víctima en el derecho procesal penal comprado	186
3.2.4. El renacimiento de la víctima en los códigos modernos	188
3.2.5. Necesidades de la víctima en el juicio penal	192
3.2.6. Derecho de la víctima	193
3.2.7. Victimización Secundaria	196
3.2.8. La víctima como titular del derecho fundamental al debido proceso	197
3.2.9. El Derecho a la tutela judicial efectiva de la víctima	198
3.3. El recurso de impugnación idóneo y efectivo	202
3.3.1. El recurso de impugnación	202
3.3.2. Finalidad de los medios de impugnación	204
3.3.3. El Derecho de impugnación	205
3.3.4. La impugnación en el CPP peruano	206

3.3.5. El recurso de apelación y las normas supranacionales	209
3.3.6. La Jurisprudencia supranacional sobre el sistema de recursos judiciales	210
3.3.7. Principios que guían el recurso de impugnación	212
3.3.8. El Derecho a un recurso idóneo y efectivo	213
3.3.9. Requisitos para el recurso efectivo	220
Capítulo IV: El sobreseimiento penal peruano y su control en el derecho comparado	225
4.1. Concepto	225
4.2. Supuestos de sobreseimiento en el CPP de Perú	228
4.3. Tramite del Sobreseimiento	233
4.4. Alternativas de decisión del juez de investigación preparatoria	234
4.5. El Fiscal Superior y la elevación del sobreseimiento	235
4.6. ¿Debe controlarse las decisiones del fiscal de segunda instancia cuando se requiere el sobreseimiento?	237
4.7. El recurso de impugnación del auto de sobreseimiento	238
4.8. El control del sobreseimiento en el derecho comparado	243
Capítulo V: Análisis y resultados	255
5.1. Análisis del control del sobreseimiento	255
5.2. ¿En el Derecho Procesal Penal peruano, existen o no existen zonas exentas de control?	255
5.3. Análisis del Control Constitucional del Sobreseimiento	258
5.4. Análisis de la jurisprudencia penal y evolución del sobreseimiento	261
5.4.1. Una línea jurisprudencial que prioriza el principio acusatorio y la regla de jerarquía del persecutor oficial	261
5.5. Resultado	267
Conclusiones	268
Recomendaciones	269
Bibliografía	270
Lincografía	287
Jurisprudencia	297
Anexos	304

Resumen

Este trabajo aborda como problema la interrogante ¿hay seguridad jurídica en la aplicación del sobreseimiento con o sin doble conforme fiscal, sin respetar los Principios Constitucionales y los derechos fundamentales?

Para absolver la pregunta, se analizan algunos conceptos básicos sobre Estado democrático y social. Los principios constitucionales pertinentes. También la jurisprudencia nacional penal y constitucional, el derecho comparado relacionados con la aplicación del sobreseimiento, desde el punto de vista ontológico y epistemológico. También su evolución y su aplicación en el sistema euro continental.

Llegando a la siguiente hipótesis: “Si se respeta los derechos y principios constitucionales, en la aplicación del sobreseimiento, con o sin doble conforme fiscal, entonces se garantiza la seguridad jurídica y la justicia, y el derecho de impugnación de la víctima”.

Para concretizar la hipótesis, se propone que: i) Exista un recurso impugnatorio idóneo y eficaz para la víctima recurrente; ii) se garantice el derecho a la igualdad y posibilidades procesales a la víctima recurrente, iii) Se le respete la potestad a ser oído en la audiencia de vista de la causa y de recibir una resolución que resuelva de manera congruente los puntos controvertidos formulados en el recurso de impugnación; y iv) Sea efectivo el derecho a la dignidad de la víctima.

En consecuencia, se recomienda que la CS y TC, se pronuncien congruentemente de las impugnaciones contra las resoluciones que declaran el sobreseimiento de un proceso irregular. Sobre todo, cuando se alega nulidad por violación al debido proceso, deben hacer primar los principios constitucionales, sobre el principio acusatorio y la regla de jerarquía del Ministerio Público, a fin de evitar incongruencias procesales y la impunidad.

Palabras claves: Sobreseimiento. Principios, Derechos, Doble conforme, tutela efectiva y debido proceso.

Abstract

This work addresses as a Problem the question, is there legal security in the application of dismissal with or without double tax compliance, without respecting the Constitutional Principles and fundamental rights?

To answer the question, some basic concepts about the democratic and social state are analyzed. The relevant constitutional principles. Also the national criminal and constitutional jurisprudence, comparative law related to the application of dismissal, from the ontological and epistemological point of view. Also its evolution and its application in the continental euro system.

Reaching the following hypothesis: "If constitutional rights and principles are respected, in the application of the dismissal, with or without a double prosecutor, then legal security and justice are guaranteed, and the victim's right to challenge."

To concretize the hypothesis, it is proposed that: i) There is a suitable and effective challenge remedy for the recurring victim; ii) the right to equality and procedural possibilities is guaranteed to the recurring victim, iii) The right to be heard in the second instance and to receive a resolution that consistently resolves the controversial points made in the appeal is respected; and iv) The right to dignity of the victim is effective.

Consequently, it is recommended that the CS and TC, congruently rule on the challenges against the resolutions that declare the dismissal of an irregular process. Above all, when nullity is alleged due to violation of due process, constitutional principles such as: effective jurisdictional protection and plurality of instance must prevail. On the accusatory principle and the hierarchy rule of the Public Ministry, in order to avoid procedural inconsistencies and impunity.

Keywords: Dismissal. Principles, Rights, Double, compliant, effective guardianship and due process.

Portugués

Este trabalho aborda como Problema a questão: há segurança jurídica na aplicação da demissão com ou sem dupla conformidade tributária, sem respeitar os Princípios Constitucionais e os direitos fundamentais?

Para responder à pergunta, alguns conceitos básicos sobre o estado democrático e social são analisados. Os princípios constitucionais relevantes. Também a jurisprudência penal e constitucional nacional, direito comparado relacionado com a aplicação do despedimento, do ponto de vista ontológico e epistemológico. Também a sua evolução e a sua aplicação no sistema do euro continental.

Atingindo-se a seguinte hipótese: “Se forem respeitados os direitos e princípios constitucionais, na aplicação da demissão, com ou sem duplo promotor, fica garantida a segurança jurídica e a justiça, bem como o direito de contestação da vítima”.

Para concretizar a hipótese, propõe-se que: i) Existe um recurso de contestação adequado e eficaz para a vítima recorrente; ii) é garantido à vítima reincidente o direito à igualdade e possibilidades processuais; iii) É respeitado o direito a ser ouvido em segunda instância e a receber resolução que resolva de forma consistente os pontos controversos do recurso; e iv) O direito à dignidade da vítima é efetivo.

Consequentemente, recomenda-se que o CS e o TC, congruentemente, se pronunciem sobre as impugnações contra as resoluções que declaram a extinção do processo irregular. Sobre tudo, quando se alegue a nulidade por violação do devido processo, devem prevalecer os princípios constitucionais, tais como: proteção jurisdicional efetiva e pluralidade de instâncias. Sobre o princípio acusatório e a regra de hierarquia do Ministério Público, a fim de evitar incoerências processuais e impunidade.

Palavras chaves: Demissão. Princípios, direitos, duplicidade, conformidade, proteção eficaz e devido processo.

Presentación

En mi calidad de Tesista, presento el Informe Final de la Tesis titulada **“VIOLACION DE LOS PRINCIPIOS Y DERECHOS CONSTITUCIONALES, CON EL O SIN EL, DOBLE CONFORME FISCAL”**, elaborado, con la finalidad de obtener el Grado Académico de Doctor en Derecho y Ciencia Política. Esta investigación aborda el sobreseimiento figura procesal penal de bastante importancia y trascendencia nacional. A veces manipulado para lograr la impunidad en país dominado por la corrupción.

Por medio de este análisis, se da a conocer el procedimiento que se le da a esta ficción jurídica, en los diferentes sistemas jurídicos, producidos con la finalidad de impedir el reino de la impunidad, de lograr una sociedad más justa y una democracia más sostenible, sin privilegios y sin tolerar las arbitrariedades del monopolio de la persecución penal.

La investigación realizada, da a conocer, a través de sus resultados, que actualmente la aplicación del sobreseimiento, vulnera la potestad a ser oído y de recibir una respuesta congruente, por parte del órgano superior revisor y priva al actor civil de un recurso idóneo y eficaz. En Perú hay dos criterios jurisprudenciales desde la perspectiva de la Corte Suprema Penal (CSP) y del Tribunal Constitucional (TC): Una que hace primar la regla prevista en el art. 5 de la LOMP y el principio acusatorio por encima de las garantías constitucionales de la víctima recurrente; y otra, que hace primar las garantías procesales y supranacionales e indica que el principio acusatorio no limita el control jurisdiccional. Criterios discrepantes que impiden tener predictibilidad del tema, porque no se sabe cuándo, cómo y a quien se va aplicar cada uno de ellas.

Se constato que en Perú el control del sobreseimiento esta dejado al libre arbitrio del fiscal superior y del fiscal supremo. En el derecho comparado el control lo hace el órgano jurisdiccional en las tres instancias. Esto obedece más a una voluntad política del legislador peruano que al respeto del principio acusatorio.

Esta tesis, tiene el siguiente diseño metodológico: I, la introducción; II, marco metodológico (ubicación del objeto de estudio, justificación, hipótesis, variables y objetivos); III, abarca el marco teórico, cuenta con cuatro capítulos, los cuales son: Capítulo I, cuestiones preliminares; capítulo II, el derecho procesal penal, los principios procesales, la víctima y el recurso de apelación idóneo y efectivo; capítulo III, el sobreseimiento penal peruano y su control en el derecho comparado, y capítulo IV, análisis y resultados; conclusiones, recomendaciones y referencias bibliográficas.

Desde esta reflexión pretendo contribuir a la formación de un proceso justo, para cuyo efecto se recomienda modificar el inc. 3 del art. 346 del (CPP), el art. 05 de la LOMP y del inc. 5 del art. 159 de la Constitución, con lo que se pondría fin a la arbitrariedad del ejercicio fiscal, para dar protección a los principios constitucionales y evitar la impunidad.

Lambayeque, noviembre de 2021.

Introducción

El apreciar que nuestra norma adjetiva permite la violación a los derechos y principios fundamentales de la parte agraviada recurrente en la audiencia de apelación de la resolución que declara el sobreseimiento, me ha llevado a Estudiar esta ficción jurídica constatando el otorgamiento de la absoluta discrecionalidad de la que goza los fiscales de segunda instancia en su decisiones respecto a la doble conformidad del sobreseimiento resuelto en primera instancia, la que además no cuenta con el control jurisdiccional idóneo y efectivo, por la aplicación automática del inciso 3 el art. 346 del CPP que establece: “Si el fiscal superior ratifica el requerimiento de sobreseimiento, el juez de la investigación preparatoria inmediatamente y sin trámite alguno dictara el auto de sobreseimiento”. Regla aplicada supletoriamente en la audiencia de vista de la causa, criterio dominante en el PJ y TC, quienes en sendas decisiones han concluido: “...El tribunal revisor debe confirmar el sobreseimiento o la absolución, y poner fin al proceso con la posición de conformidad del fiscal superior en grado”.

Así pues, al agraviado o actor civil recurrente, se le limita el derecho a sustentar su recurso de apelación en segunda instancia, ello impide concretizar: el derecho a ser oído en segunda instancia, se viola el principio de contradictorio y debate que debe ser sometida el recurso de impugnación, por ende, se vulnera el mandato a la igualdad de posibilidades de actuaciones en el juicio. Por último, se le impide recibir una resolución con una respuesta congruente a las cuestiones impugnatorias sustentadas en el recurso de apelación. De esta manera se viola los principio constitucional y supra nacionales de “la tutela jurisdiccional efectiva”, “la pluralidad de instancia” y “Seguridad Jurídica”.

Lo indicado demuestra que las normas y criterios cuestionados que aún se conserva en nuestra legislación y jurisprudencia, son un rezago del derecho inquisitivo, situación que en el derecho comprado ya ha sido superado.

En consecuencia, del análisis realizado de cada uno de los temas vinculados a los objetivos de la investigación, se ha arribado a la hipótesis que: “Si, se respeta los derechos y principios constitucionales, en la aplicación del sobreseimiento, con o sin doble conforme fiscal, entonces se garantiza la seguridad jurídica y la justicia, por ende, los derechos de la víctima en el proceso penal”.

Lambayeque, noviembre de 2021.

Capítulo I: Marco metodológico

1.1. Ubicación del objeto de estudios

1.1.1 Ubicación

En este trabajo se analiza la violación o desprotección de las garantías procesales que le asiste a los agraviados en la aplicación del sobreseimiento “con él o sin él el doble conforme fiscal”, pese a que todos los operadores del derecho que integran el sistema de justicia en el Perú están obligados y vinculados a respetarlos. Así, nuestro estatuto en su del art. 139 señala: “En todo proceso en caso de existir una incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren a la primera...”.

Este tema se sitúa en el Procesal Penal, tiene su correlación con el derecho constitucional, porque está de por medio mandatos constitucionales de obligatoria observancia para el fiel cumplimiento de los roles de los operadores del derecho. Es útil para la ejecución de políticas públicas efectivas y claras, a los fines procesales penales, para garantizar la tutela jurisdiccional efectiva, seguridad jurídica y efectividad de la juricidad.

1.1.2. Ubicación geográfica

En esta investigación se analiza resoluciones nacionales emitidas en última instancia por el PJ y TC desde el año 2016-2018, en los que se verifica los criterios dominantes actuales sobre el tema.

1.2. Como surge el problema

Se aborda esta investigación ante las constataciones de transgresión de las garantías procesales que le asiste a la parte agraviada, porque no se vive un ambiente de seguridad jurídica, pues, por un lado, nuestra constitución exige el respeto de las garantías procesales penales, por otro lado, el TC y las Cortes supranacionales reivindican el respeto de los derechos fundamentales y principios constitucionales. Sin embargo, al momento de resolver los operadores del derecho se olvidan de prestarles atención, colocándolos cómodamente en el rincón del olvido.

Todo lo anterior parece confirmar que efectivamente vivimos regulados aún por un estado de derecho penal simbólico o por un Derecho Constitucional de apariencias, porque no se respeta en serio los derechos fundamentales, ficciones jurídicas aludidas que deben primar en la aplicación de la norma fundamental, pues pareciera que las reglas “normas procesales penales” están por encima de los derechos fundamentales y principios constitucionales. Sobre todo, cuando con mucho facilismo se ordena archivar una investigación o se procede al sobreseimiento, sin llegar al fondo de las líneas de investigación, es decir, sin una exhaustiva investigación, olvidándose que la víctima tiene derecho a saber la verdad de los hechos, a la protección judicial segura, al respeto de su dignidad, a tener una respuesta coherente, pertinente y adecuada de sus pretensiones bajo sanción de nulidad. Los que se ven mellados, pisoteados por el formulismo procesal; razón por el cual con mucha facilidad se omite ponderarlos en casos concretos.

E incluso el mismo TC ha incurrido en el mismo error, por ejemplo:

- i) Se acogió la solicitud de archivamiento del imputado por parte del juez, el fiscal provincial mostrando su disconformidad apelo, en la segunda instancia el fiscal

superior demostró conformidad con el archivamiento resuelto por el juzgado: sin embargo, la sala emplazada ordeno se le habrá instrucción pese al desistimiento del fiscal superior, en su fundamento la sala alego que había violación de garantías constitucionales (Exp. 02920-2012-PHC/TC). No obstante, el intérprete Constitucional, indico que en estos casos debe primar el criterio del fiscal Superior, que se deben respetar las reglas existentes”, a fin de salvaguardar el orden interno del Ministerio Público, principio de Jerarquía.

- ii) Lo mismo ocurre cuando el Juez no comparte el pedido de sobreseimiento, porque alega que el fiscal no ha valorado ciertas pruebas que han sido recabadas y hay indebida motivación, desaprueba el requerimiento de sobreseimiento y lo eleva al Fiscal Superior, quien ratifica lo indicado por el fiscal provincial (4620-2009-PHC/TC) y
- iii) Otro supuesto se da cuando el juzgador de primera instancia absuelve al acusado por el delito imputado, ante esto el fiscal consiente la absolución y el actor civil apela la sentencia. En segunda instancia la resolución de vista declara NULA lo resuelto alejando que el ad quo no evaluó la prueba ofrecida por el Ministerio Publico (MP). Al resolver la casación formulada por el acusado la CS indica que en esto casos el órgano revisor debe confirmar la resolución recurrida cuando el persecutor revisor comparte el criterio del Juez, esta obedece “para no afectar dos garantías básicas del proceso penal”: i) La garantía de defensa, implica que solo se debe debatir los puntos controvertidos planteados por el recurrente, ni más ni menos, a fin de no causar indefensión, al pretender debatir puntos que no son materia de la recurrida, de esta manera se evita las sorpresas, ii) **la seguridad jurídica**, para no dejar sin efecto las decisiones consentidas (casación 413-2014).

En todos los supuestos indicados no hay previsión legal para solucionar la controversia, solo se recurre como arte de magia a la fórmula del art. 5 de la LOMP, para hacer primar el criterio del superior o supremo en segunda instancia, regla que se viene aplicando abusivamente, aunque éstos últimos no tenga razón, viole principios y derechos constitucionales como veremos en el desarrollo de la tesis. Lo indicado nos lleva a plantearnos la siguiente interrogante:

- ¿Que debe primar en el proceso penal las reglas procesales, las fórmulas de las leyes orgánicas o los principios y derechos constitucionales? Como un deber de actuación.

- ¿En el caso criminal el juez de “garantías” de la etapa intermedia y el colegiado en segunda instancia, sólo tiene el deber de garantizar los derechos de los imputados y no de la víctima?

- ¿La opinión fiscal es un requisito de procedibilidad para resolver el fondo de una apelación del sobreseimiento, al que debe tenersele como cierto sin el control de legalidad? y

- ¿En el caso criminal el Juez es un fedatario del incumplimiento de requisitos, normas o un garante de las garantías constituciones de los litigantes?

1.2.1. Planteamiento del problema

¿Hay seguridad jurídica en la aplicación del sobreseimiento con o sin doble conforme fiscal, sin respetar las garantías procesales del actor civil?

1.2.2. Justificación del estudio del problema a investigar

Un Estado democrático y social como el Perú, tiene como obligación efectivizar las garantías constitucionales de manera transparente como instrumento contra la impunidad y la corrupción. Para no atentar contra el interés general “justicia” y poder alcanzar el bienestar social, escenario que otorga facultades procesales a los litigantes para la seguridad de sus derechos. Sin embargo, esto no ocurre en nuestro país a pesar de la política criminal de adelantamiento de las barreras criminales, del incremento de las penas, de las políticas públicas de “cero tolerancias” y de las reformas procesales. Motivo por el cual el Perú está calificado como uno de los estados de América del sur con alto índice de impunidad desde el 2017 a la fecha.

Para garantizar la efectividad de las garantías constitucionales en la aplicación del sobreseimiento, es obligatorio, que el agraviado recurrente tenga un medio impugnatorio idóneo y eficaz. A fin que, el brazo de la justicia trate siempre de alcanzar al que delinque, sin distinción ni impunidad.

Lamentablemente en nuestro país estamos aún lejos de ese meta, pero tampoco es óbice para que las garantías constitucionales, sean pisoteados, no solo por el que delinque, sino también por los operadores del derecho, revictimizando a los agraviados aumentándoles el dolor con más injusticia.

No se puede recurrir al facilismo de aplicar las normas procesales ignorando los derechos y principios constitucionales. Donde la norma procesal o el reglamento del M P (art. 5) este por encima de los derechos y principios constitucionales. Tampoco es justificable, que se diga que se debe respetar las reglas existentes del proceso, si estas vulneran derechos constitucionales.

1.3. Marco de referencia del problema

Se funda en los criterios jurisprudenciales emitidos respecto al sobreseimiento consolidados con las posiciones vinculantes adoptados por el PJ y el TC, lo que nos permite contrastar el cuestionado criterio dominante, con las nuevas perspectivas del neo constitucionalismo acogidas por la judicatura y la dogmática interna e internacional expresadas en revistas de investigación, que demuestran los fundados motivos y la evolución que ha tenido el tema de investigación. En el desarrollo de la investigación se tomó como material de análisis unas ejecutorias de la CS en lo Penal y sentencias del TC, las que contradictoriamente tratan el problema planteado, los que se convirtieron en indicios que guían nuestro estudio.

1.4. Manifestación y características

La discusión del tema tiene por finalidad dar a conocer las limitaciones y agravios que produce la aplicación de la actual figura del sobreseimiento con o sin doble conforme fiscal, en el proceso criminal peruano, sin respetar garantías constitucionales. A fin de adoptar mecanismos procesales adecuados, como se ha hecho en el derecho comparado para combatir la arbitrariedad fiscal y el desamparo de los derechos constitucionales de la víctima y la inseguridad jurídica.

1.5. Descripción de la metodología

1.5.1. Formulación de Hipótesis

Si, se respeta los derechos y principios constitucionales, en la aplicación del sobreseimiento, con o sin doble conforme fiscal, entonces se garantiza la seguridad jurídica y la justicia. por ende, las garantías procesales del actor civil en el proceso penal.

1.5.2. Identificación de las variables

Se manifiestan de esta manera:

1.5.2.1. Variables Independientes

El respeto de los derechos y principios constitucionales en la aplicación del sobreseimiento, con o sin doble conforme fiscal.

1.5.2.2. Variables dependientes

- La garantía de la seguridad jurídica y la justicia
- El Derecho de la víctima en el proceso penal.
- El sobreseimiento con o sin doble conforme
- El principio de jerarquía de los fiscales superiores y supremos, art. 5 LOMP.
- Ponderación de los criterios del fiscal frente a los derechos fundamentales y principios constitucionales.

1.6. Objetivos

1.6.1. Objetivo general

Demostrar si hay seguridad jurídica en la aplicación del sobreseimiento con o sin doble conforme fiscal, sin respetar los Principios Constitucionales y los derechos fundamentales.

1.6.2. Objetivos Específicos

- a. Establecer como viene resolviendo el sobreseimiento con o sin doble conforme.
- b. Verificar si en las decisiones que resuelven el sobreseimiento con o sin doble conforme fiscal, las reglas están por encima de los principios y derechos fundamentales.
- c. Determinar si cuando se resuelve el sobreseimiento con o sin doble conforme fiscal, el juez debe cumplir con el control de legalidad, como se da con los otros requerimientos en ese estadio.
- d. Establecer si la opinión fiscal (que confirma el sobreseimiento) en segunda instancia, es un requisito de procedibilidad, que impide al colegiado, pronunciarse sobre el fondo de la apelación y sobre la violación de los derechos y principios constitucionales.
- e. Demostrar, que es lo que debe primar en un Estado que se llama constitucional, el formalismo de la norma o la vigencia de los derechos y principios constitucional.

1.7. Metodología empleada

- a. Área de estudio: Dimensión Praxiológica

Esta técnica explora el orden lógico del proceder de la persona desde la dimensión real. Se parte de la premisa que la persona es un ser sensato que tiende a la perfección. Lo que implica que también es un ser limitado, con imperfecciones. Esto permite conocer como viene resolviendo el problema planteado.

b. Nivel Epistemológico: Valoración.

1.7.1. Diseño de contrastación de hipótesis

En la preparación de la investigación, se formuló la hipótesis en relación al problema propuesto, a fin de determinar si es válida o desestimada.

Consecuentemente, se analiza temas relacionados con las garantías procesales que protegen a la víctima recurrente, también la doctrina vinculante del PJ y del TC emitidas cuando resuelven los recursos respecto a los pedidos de sobreseimiento y las normas pertinentes al tema abordado. Los mismos que se contrastara con la legislación, teorías y resoluciones del derecho comparado, a fin de determinar en donde se cautela mejor las garantías procesales.

1.7.2. Población muestra

En lo esencial se ha considerado como datos importantes los pronunciamientos del PJ y TC por considerarse parámetros de observancia obligatoria para que las instancias inferiores resuelvan respecto al sobreseimiento. Por ende, las resoluciones ejecutoriadas son la población y muestra, ya que dan a conocer de cómo se viene comprendiendo el tema del sobreseimiento, el doble conforme fiscal. La consecución de este material se ha logrado a través del internet, acudiendo a bases de datos del PJ y TC. Y también de la revisión de revistas indexadas que abordan el tema como las encontradas en Google académico y otras páginas.

1.7.3. Análisis documental

Con el propósito de concretizar nuestro trabajo, se ha analizado diversos documentos relacionados, con el tema de investigación, siendo los más pertinentes los siguientes:

Legislación (Constitución, CPP D.L. N° 957 y la LOMP); jurisprudencia judicial penal (casación 413-2014, Casación 187-2016-Lima, casación 966-2017, Casación 966-2017, casación 1184-2017 El Santa, casación 1089-2017 Amazonas, entre otros); y jurisprudencia del TC (sentencias: 4620-2009-PHC/TC, 02920-2012-PHC/TC y 03451-2016-PA/TC).

1.7.4. Métodos y técnicas para recolectar datos

1.7.4.1. Métodos

- a. **Histórico:** Es útil para analizar los antecedentes del sobreseimiento y del doble conforme fiscal.
- b. **Sintético:** Valido para organizar y coordinar los datos recabados.
- c. **Descriptiva:** Empleado para graficar los conceptos relacionados con el sobreseimiento con o sin el doble conforme fiscal, y decisiones judiciales de esta figura procesal.
- d. **Analítico:** Útil para identificar, organizar y sistematizar nociones, inferencias, y conceptos. A fin de comprender mejor el tema.
- e. **Inductivo:** Procedimiento racional que permite obtener conclusiones, de como se viene resolviendo los requerimientos de

sobreseimiento con él o sin el doble conforme fiscal, observar su idoneidad o no. A fin de sugerir o proponer mejoras al respecto.

1.7.4.2. Técnicas

- a. Observación:** Permite apreciar cómo se percibe y discierne, el desarrollo de la figura del sobreseimiento con o sin el doble conforme fiscal en el proceso penal. También admite la posibilidad de contrastar la involución o evolución de esta ficción jurídica. Y si está acorde o no, con los nuevos criterios dominantes en boga en el derecho comparado. Además, se puede verificar si los recursos existentes para resolver las impugnaciones respecto al sobreseimiento son idóneo y eficaz para la víctima recurrente.
- b. Acopio documental:** Se produjo mediante una búsqueda selectiva de los datos más importantes y pertinentes de la legislación, ciencia dogmática jurídica relevantes del tema abordado.

1.8. Tipo de investigación: investigación cualitativa

- a. Investigación exploratoria.** Se ha utilizado esta técnica, ante el escaso material informativo que existe en nuestra realidad procesal. Esta investigación intenta crear conciencia sobre la necesidad de contar con un recurso, idóneo y eficaz que permita combatir la arbitrariedad al momento de resolver un requerimiento de sobreseimiento, acorde con las nuevas tendencias procesalistas dominantes en el derecho comparado. Y porque no, de esta manera contribuir a una reforma procesal de esta figura, a fin que los operadores estudien, diluciden y resuelvan, conforme a las nuevas tendencias procesalistas, en donde hay un respeto a las garantías procesales que le asiste a la víctima recurrente de la resolución del sobreseimiento.

Esto es importante porque, nuestros operadores jurídicos con su criterio dominante se limitan a respetar el principio de legalidad y se olvidan de ponderar las garantías procesales. De esta manera también se rompe con el automatismo legal y se permite una asimilación progresiva, de las nuevas tendencias principistas del procesalismo penal en boga.

Asimismo, también se deja en el vacío las falacias que se utilizan, como que: “El principio acusatorio impide que el agraviado acuse cuando su teoría tenga mérito para hacerlo”, “El principio acusatorio impide el control judicial del sobreseimiento en segunda instancia”. En realidad, el principio acusatorio no pone estos límites, estos son impuesto por el engranaje político corrupto que hacen las leyes para conservar ciertos privilegios ante la ley y ante quien las aplica.

Combatiendo estas arbitrariedades y desterrando estas falacias, se puede lograr criterios más justos e idóneos, lo que permite dar argumentos adecuados para optimizar el respeto a las garantías procesales.

b. Investigación explicativa. Para Pablo Cazao¹, es aquella que pretende dar a conocer una relación causal del fenómeno analizado y las causas que originan el mismo. Lo que permite describir el problema de forma más confiable. Cierta sector de investigadores la denominan “experimental”.

Esta indagación, intenta dar argumentos más idónea y justa, del porque se debe respetar los derechos y principios fundamentales de la parte agraviada recurrente de una resolución que declara el sobreseimiento de un proceso penal. Con la finalidad que

¹ CAZAO, Pablo, “Introducción a la Investigación en Ciencias Sociales”. 3ra Edición, Buenos Aires, marzo 2006, p. 28.

se logre una adecuada impartición de justicia, y se concrete el respeto de la dignidad de las víctimas.

Capítulo II: Marco teórico

2.1. El marco constitucional peruano

Indica el art. 43 de la Constitución de 1993, que nuestro país, es un Estado democrático, social, independiente y soberano. Y el art. 1 del citado cuerpo legal establece “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

Por ende, nuestra carta magna tiene como base axiológica de nuestra Constitución y como presupuesto ontológico “la dignidad de la persona humana”, mandato sustancial infalible en toda decisión judicial.

De esta manera la dignidad surge como principio protector, con firmeza ética que transita y debe primar en nuestro sistema judicial, lo que se resumen en una frase “respeto al debido proceso”. Pues, no se puede alegar el respeto de la seguridad jurídica o a la firmeza de las resoluciones, si estás han sido dadas violando las garantías constitucionales y supranacionales. Si han sido emitidas sin cumplir o agotar la búsqueda de la verdad, violando el derecho a la prueba, a la debida motivación. Sin respeto a la dignidad humana no hay justicia. El cumplir el formalismo procesal sin eficacia y sin efectividad, es como no hacer nada y significa un **“fraude procesal”**. Lo que Francisco Álvarez García y otros llama “en realidad estamos ante una verdadera estafa legal”². Implica una burla a la tutea jurisdiccional efectiva de las partes. Según Álvarez. **“No se trata de un fallo del sistema, sino de un sistema montado con ese fallo”**³.

² Álvarez, F., Martínez, M., Ventura A., Sáenz R., Pérez, A., Hormazábal, H., Muñoz, J., y Silva D. (2018) Liber Amicorum (pp. 6-7) <https://bit.ly/3nTOEAI>

³ Idem., p. 6.

Desde esta óptica, resulta inconcebible que el TC y la CS insistan que debe: “primar la decisión del fiscal superior o supremo, por respeto al orden interno del MP, al mal llamado principio de jerarquía del ministerio público y por la seguridad jurídica” sin ningún control judicial ni constitucional. Es incorrecto utilizar estas frases como cliché cuando la decisión del persecutor penal es arbitraria, es incoherente e insuficientemente motivada, violatoria a las garantías constitucionales.

Pues, estas decisiones de por sí, a criterios del tesista, son nulos de pleno derecho⁴ y no requieren ser alegadas pueden ser declaradas de oficio ante su constatación por parte del juez de garantías en el proceso penal (inciso “d” del art. 150 del CPP) y si son alegadas con mayor razón el juzgador debe pronunciarse al respecto, no salir por la tangente o el facilismo, argumentando que “como hay doble conforme fiscal y no hay acusación, debe archivarse el proceso”. Esto porque el juez ni el TC son fedatarios de la administración de justicia, no está llamado a dar fe o verificar si ocurre o no “Doble conforme fiscal”; el juez debe ir más allá, al ser un impartidor de justicia, el juez tiene el deber de hacer el control jurisdiccional⁵ y debe pronunciarse de las alegaciones de nulidades, analizar los hechos controvertidos, ponderar y motivar su decisión. Máxime si se tiene en cuenta que estamos ante un juez de garantías, por lo tanto, no debe renunciar a su deber del control de legalidad⁶ de los pronunciamientos fiscales. Máxime, si se tiene en cuenta lo que ha indicado el TC, el principio acusatorio, al igual que los mandatos constitucionales son relativos y hay ocasiones que entran en pugna con otras garantías constitucionales⁷, en este caso, es rol del juzgador determinar cuál debe primar.

⁴ Fundamento 9 de la sentencia del Exp. 4620-2009-PHC/TC. Lima, Caso Eber Iparraguirre Trujillo

⁵ Idem. Fundamento 11.

⁶ RUIZ VADILLO, Enrique. Estudios de derecho Procesal Penal, Granada Camores. 1995, p.133.

⁷ Fundamento 12 de la sentencia 4620-2009-PHC/TC.

2.2. La Función Jurisdiccional en el Estado Democrático y social de derecho

El art.138 de la constitución establece que: “La potestad de administrar justicia emana del Pueblo y se ejerce por el PJ a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a las leyes y a la constitución”. Asimismo, resalta que: “En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera...”. Aquí es donde se establece el deber hacer primar la ley constitucional por encima de cualquier otra. Afianza esta tesis el art. 44 del mismo cuerpo legal que impone “el deber primordial del Estado garantizar la plena vigencia de los derechos humanos...”

Además, el art. 43 del cuerpo legal acotado, indica la administración de justicia peruana se desarrolla en “La república democrática, social, independiente y soberana”. Lo que implica, siguiendo la doctrina española que los entes estatales tiene el deber de adoptar las acciones necesarias para garantizar la optimización de los derechos fundamentales de cada uno⁸. En resumen, se puede decir que: es un estado social porque garantiza el bienestar de sus ciudadanos; y es democrático, porque garantiza el respeto de estándares mínimos de derechos, en la impartición de justicia, consagra un catálogo de principios, los que deben inspirar toda decisión judicial y administrativa. Al respecto Gustavo Zagrebelsky, afirma que: “Cualquier ordenamiento jurídico, por el hecho de ser tal y no una mera suma de reglas, decisiones y medidas dispersas y ocasionales, debe expresar una coherencia intrínseca; es decir, debe ser reconducible a principios y valores sustanciales⁹”. En consecuencia, en un estado democrático los jueces garantistas no pueden actuar como simples portavoces de la ley.

⁸ Diccionario panhispánico del español jurídico. En: <https://bit.ly/3fjJVSL>

⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Editorial Trotta S.A. 1995, p. 130.

Las siguientes características lo identifican:

2.3. La cláusula de Estado Democrático

Está prevista en el art. 43 de Nuestra Constitución, modernamente no tan solo Implica criterios organizativos y procedimentales, como tradicionalmente se pensaba, sino también la doctrina dominante lo entendió como autogobierno directo en una sociedad caracterizada por la igualdad, presenta las siguientes características:

- i. Participación ciudadana.
- ii. Igualdad, es decir, que la democracia política sea también democracia social, con lo que queda vinculado ambos conceptos (democrático y social).
- iii. Pluralismo. Principalmente pluralismo jurídico.
- iv. División, control y responsabilidad del Poder.
- v. Gobierno de la mayoría y respeto de la minoría.
- vi. Publicidad, régimen de la opinión pública.
- vii. Siguiendo la doctrina española también una sociedad social y democrática, el régimen está gobernado por los siguientes principios:

a) El sometimiento o subordinación de la administración pública. Es un rezago de la administración napoleónica, vigente hasta nuestros días, de cuño militar. Según este criterio los entes públicos tienen un rol de receptor y ejecutor de la voluntad de la ley proveniente del legislativo y sobre todo son órganos de apoyo al ejecutivo en las políticas públicas.

- Desde la óptica negativa. Es un sistema Jerarquizado parte de la hipótesis de que todos los poderes de decisión se encuentran en el gobierno, actuando en todos los niveles administrativos como instancias puramente ejecutoras; es un sistema

presidido por el poder de dirección, en cambio, lo que el gobierno puede hacer es dirigir externamente la actividad de la administración hacia los fines que estime oportunos; pero supone que la instancia dirigida dispone de cierta discrecionalidad para elegir su logística a fin de alcanzar los objetivos.

- Desde una perspectiva Positiva. Implica la obligación estatal de realización efectiva de acciones que contribuyen a lograr los fines y objetivos del gobierno, para tal efecto debe realizar las coordinaciones pertinentes que garanticen los objetivos como: programación progresiva del cumplimiento de actividad de las políticas públicas, supervisión de la misma y, el establecimiento de las sanciones disciplinarias en el supuesto de incumplimiento, retraso o negligencia que cause perjuicio con violación de la ley.

b.- La organización Jerárquica. Exige una organización con distribución de roles, con acciones congruentes acorde con los objetivos para lograr eficacia de las políticas públicas a desarrollar. En cuya labor se exige el estricto respeto de los niveles de acción basados en la responsabilidad y en la buena fe de quien decide, por tanto, una actuación coherente y efectivamente sujeta a las directrices que emana de los órganos políticos; armonía que habla, del respeto estricto de la primicia de los rangos.

Esto significa que la administración se organice en escalones jerárquicos, cuyos titulares respectivos ostenten un poder de mando sobre los de los inferiores, que se hallan sujetos, lógicamente, a un estricto deber de obediencia. Aunque también se suelen utilizar técnicas de consenso entre autoridades superiores e inferiores.

La Organización Jerárquica tiene dos matices característicos

- i. Como criterio de Organización interna de cada uno de la administración pública; no opera entre Administraciones Publicas distintas.
- ii. Como respeto de los vínculos por relaciones jerárquicas, por ejemplo, en los casos de los tribunales de justicia se desenvuelven en un régimen de imparcialidad, objetividad y razonabilidad.

1. La objetividad. Significa que la actividad de la administración pública se desarrolle en atención a las necesidades de cada realidad; la actuación administrativa debe perseguir la efectiva realización de dichos fines y no otros distintos. Por ejemplo, en la administración pública de justicia, sus fines son: impartir justicia, lograr la paz social, la tutela de derechos, el respeto del debido proceso, Que las decisiones que se adopten, sea previa a una completa ponderación de los intereses en juego. Conforme a parámetros estandarizados que respete los mandatos constitucionales.

2. La imparcialidad. Es el compromiso de obrar sin ningún interés o libre de perjuicio que quiebre una decisión correcta, solo debe perseguir los objetivos del servicio de justicia, que se manifieste en la prohibición de otorgar preferencias o favores, a unas u otras personas. Es un correlato del principio de igualdad. De esta manera se combate el oportunismo y las situaciones de privilegio.

Ambos, operan como variables esenciales, en la impartición de justicia y en toda acción administrativa. Estos mandatos pretenden garantizar el correcto uso de la discrecionalidad en las decisiones públicas.

Otros de los limites es el principio de contradicción o de audiencia y el deber de abstención que pesa sobre las autoridades públicas en los supuestos en que su interés personal pueda influenciar en la decisión que ella adoptase. En este sistema de

gobierno también se tiene como límite el principio publicidad, también tenemos la participación ciudadana.

2.4. La cláusula del Estado Social

Según Antonio Torres Del Moral, El término “estado social de derecho”, fue acuñado en 1929 por H. Heller, con la finalidad de superar el arbitrario “estado de derecho” para superar el formalismo jurídico de los derechos humanos y hacerlos efectivos para todos. El cual manifestaba realizar dos cambios sustanciales:

- Por una parte, modifica la situación del ciudadano, que ya no sea un miembro político más de la sociedad, sino que además se le integre en el ámbito económico y socio cultural.
- Es un segundo aspecto, cambia su calificación jurídica frente al poder estatal de solo ser un receptor de órdenes y obligaciones, sino a pasar a ostentar derechos y activar en la vida pública, ordenando su realidad para satisfacer sus necesidades

De esta manera el nuevo modelo de gobierno se diseña con el compromiso de efectuar políticas públicas esenciales que garanticen condiciones mínimas de respeto a la dignidad humana, para la optimización de los mandatos constitucionales, lo que el libre mercado no proporciona por su naturaleza sola¹⁰.

Esta nueva concepción fue tomada literalmente de la ley fundamental de Bonn, tiene un vínculo con la ideología de Estado de bienestar: legado de la doctrina socialdemócrata. Es una concepción política del Estado, mediante el cual asume un conjunto de acciones o políticas públicas, orientadas a satisfacer el interés público y

¹⁰ TORRES DEL MORAL, Antonio. Los Derechos Fundamentales y su protección Jurisdiccional. Colex Madrid 207, p. 38.

promover condiciones apropiadas con servicio de calidad. En el ámbito jurídico implica la obligación del sistema de justicia de impartir justicia respetando las garantías procesales, asegurando la igualdad de posibilidades para el respeto de la dignidad de los litigantes.

Según la estructura de este sistema de administración, le corresponde al gobierno y a las autoridades públicas como a los que integran el sistema de justicia, crear situaciones para el desarrollo de las libertades e igualdad de las personas, individuales o jurídicas que integran el Estado, sean idóneas y eficaces. Para cuyo efecto la administración pública deberá superar las dificultades que impiden o entorpezcan la optimización de los derechos de los ciudadanos para su participación en política, económica, cultural y social. Derechos positividades y garantizados en el Capítulo II de la constitución, correspondiente a los derechos sociales y económicos desde el art. 4 al 29. Esta forma de gobierno se rige por los siguientes principios:

i.- Principio de eficacia. Supone un condicionamiento efectivo de la actividad administrativa publica, en su actuación sobre la administración (regulándola o enjuiciándola), bajo las siguientes directrices:

a.- La administración pública debe organizarse de manera racional e idónea.

Siguiendo los criterios del Tribunal Constitucional Español, se sostiene que en esta forma de Estado debe haber concordancia entre los fines y objetivos. Con este propósito solo se deben instaurar instituciones necesarias, útiles y eficientes. Las que debe estar integrada con personal idóneo y especializado, conforme así se exige en la STC 178-1989, de modo que puedan prestar sus servicios de manera más productiva, para la administración Estatal.

b.- El óptimo funcionamiento de las administraciones públicas. Exige una organización que actúe con coherencia y efectividad. Lo cual implica una coordinación y cooperación del Estado. Conforme se ha indicado en la jurisprudencia española en la STC 27-1987.

c.- Actuación orientada al resultado. Dirigida a la consecución de los concretos objetivos que la ley y los gobiernos establezcan en cada sector de la administración pública.

d.- Contar con los medios y potestades. Significa contar la logística apropiada idónea y oportuna, para el desempeño de sus funcionarios, a fin de alcanzar los objetivos que las normas y las políticas públicas establezcan.

ii.- Las potestades públicas. Es el poder que debe tener la autoridad pública para hacer frente a la resistencia, la que puede vencerse con la negociación o persuasión. La titularidad y el ejercicio de determinados poderes o potestades es, pues, una condición indispensable para la actuación pública y eficaz.

Modernamente, la doctrina ha establecido que esta potestad o poder debe: i) ser creadas, reguladas, por las normas jurídicas, no pueden ser omnímodas, general e indeterminada, deben respetar el principio de legalidad; ii) son múltiples, encontrándose diferenciadas y graduadas en la legislación, todas ellas obedecen a su finalidad última y esencial, lo que conocemos como el poder de autotutela.

La autotutela, es el poder que tiene la autoridad pública, de poder imponer un mandato o prohibiciones a un tercero (de manera unilateral o colegiada) quien debe cumplirla bajo apercibimiento que, en caso de desacatar la orden impartida, puede

también a proceder a la ejecución coactiva de lo ordenado o prohibido, con las consecuencias de pagar las costas y costos que esto ocasione.

El poder de autotutela, tiene su límite para evitar el abuso de la autoridad, esto es, la revisión de la decisión administrativa a través del proceso contencioso administrativo.

Siendo esto así, no puede desconocer los pilares que sostienen y orientan al sistema de gobierno y al sistema jurídico, es decir, deberes, obligaciones y garantías (principios y derechos fundamentales). Pues sólo de esta manera se asegura la protección efectiva de todos los miembros de la sociedad (tanto del que delinque, como del agraviado). Por consiguiente, todas las políticas públicas del estado, deben garantizar mínimamente dichas garantías, para conservar la paz social y un orden justo, en donde los entes oficiales no denigren a sus ciudadanos. A fin de forjar una “sociedad civilizada”, en la que se atiende unos a otros sin humillarse¹¹. Bienes públicos que toda sociedad moderna anhela, que son la razón de ser de la impartición de justicia, los que deben ser el producto de los bienes internos de los profesionales que participan en el sistema de impartición justicia. Al respecto Adela Cotrina, nos habla de la importancia y el aporte de las profesiones, en sus prácticas cooperativas, los que en realidad tienen mucho sentido, porque pretenden conseguir notables bienes internos¹². Por ejemplo, un hombre de derecho como abogado sus bienes jurídicos es defender y asesorar legalmente a su patrocinado, el juez tiene como bienes internos impartir justicia con equidad, objetividad, imparcialidad, razonabilidad, ponderación. Evidentemente estos roles bien efectuados contribuyen a una buena remuneración y

¹¹ VILLORIA MENDIETA, Manuel. Ética Publica y corrupción en el inicio de un nuevo milenio. En: <https://bit.ly/3GudP2R>

¹² CORTINA, A. “Ética en la sociedad civil” en Laporta, F. y Álvarez, S. (eds.) La corrupción política, Alianza Editorial, Madrid, 1997, p. 265

consecuentemente el prestigio profesional de quien las cumple. Sin embargo, estas consecuencias externas son aspiraciones legítimas, pero no son el fin de la profesión, cuando se apartan de sus deberes deontológicos. Por ejemplo, cuando el abogado considera a su patrocinado como un objeto al que hay que sacar el máximo de dinero, porque está defendiendo sus ilegalidades o cuando el magistrado por acción u omisión cobra para favorecer en una decisión violando sus deberes, dichos hombres de derechos causan una afrenta a su profesión, porque quebrantan sus deberes internos y le quitan el sentido social a la profesión. En estas condiciones desaparece la esperanza de lograr una sociedad justa y pacífica. Porque, se ha vaciado el contenido ético que todo profesional debe preservar.

Por esta razón, la ética en la administración de justicia cumple un papel trascendental, le da la calidez que necesita la dignidad para ser optimizada en un estado social-democrático. Por este motivo las normas supranacionales desde esta óptica las entiende como: 1. Las garantías procesales que todos los operadores del derecho y litigantes deben respetar; 2.- Escenarios idóneos y apropiados para el desarrollo del ser humano, factibles de satisfacer la dignidad y a la sociedad con equidad¹³.

Por ende, la administración de justicia, dice SVARA¹⁴ debe desarrollarse a la luz, de la deontología profesional, parte de la ética política, estandarizados en los mandatos constitucionales y supranacionales.

¹³ THOMPSON, D.F. "The possibility of Administrative Ethics", Public Administration Review vol. 45, nº 5, septiembre/octubre, 1985, p. .555.

¹⁴ SVARA, J. Manual de ética para administradores públicos y organizaciones sin fines de lucro, Jones y Bartlett Publishers, Sudbury, mas, 2007.

III. El carácter de la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo de un estado social democrático.

Son fines supremos de todo el ordenamiento jurídico, normas éticas positivizadas de los que se olvidan muchos operadores de derecho y al mismo tiempo se convierten en cómplices de injusticias sistemáticas o estructurales¹⁵, lo que evidencia que aún nos falta mucho para ser un Estado de derecho constitucional democrático. Pues como dice Elías Díaz¹⁶, El estado de derecho debe basarse en el respeto de los derechos humanos, expresión a su vez, del principio de la dignidad inviolable de la persona humana. Máxime si se tiene en cuenta, que la coexistencia pacífica, exige de todos, el respeto de las normas de participación ciudadana en igualdad de posibilidades.

Para lograr este objetivo, desde los organismos supranacionales, se vienen haciendo denodados esfuerzos, estableciendo reglas claras e imponiendo obligaciones a los Estados partes en el plano regional y mundial. En esta línea el art. 26 de la Convención ADH obliga a tomar medidas urgentes para alcanzar paulatinamente efectividad de los derechos de los ciudadanos de los estados miembros. En el mismo sentido se pronunció las Naciones Unidas a través del Pacto IDESC conforme a su inc. 1 del art. 2.

Normas supranacionales integradas a nuestro bloque constitucional las que estamos vinculado a respetarlos, de conformidad con el art. 55 de la constitución establece: “los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho constitucional”. En este sentido el TC indica: “Nuestro sistema de fuentes normativas

¹⁵ VILLORIA MENDIETA, Manuel. En ética Pública. Módulo V del Master Iberoamérica en Políticas de Anticorrupción, 2019, p. 3

¹⁶ DÍAZ GARCIA, Elías. Estado y democrática. En <https://bit.ly/3nuuQT8>

reconoce que los tratados de derechos humanos sirven para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución¹⁷...”

De lo indicado se puede establecer que el espíritu del Estado democrático a nivel general, es procurar y conseguir mayor efectividad de los principios (para el respeto a ciertas condiciones de vida como mandatos de optimización: el debido proceso, al plazo razonable, a una respuesta motivada...) y derechos fundamentales (como facultades inalienables: la vida, la propiedad, al trato digno...), otorgándoles una base y un contenido sustancial, al binomio individuo y sociedad, porque ambos se necesitan para su supervivencia. Así, no hay posibilidad de concretizar el derecho a la libertad si su establecimiento no garantiza el respeto de condiciones mínimas para su ejercicio real¹⁸, lo que implica acatar el conjunto de principios estandarizados en la normas nacionales y supranacionales, cuya finalidad es armonizar la actuación de los individuos y las instituciones.

Por consiguiente, al ser la dignidad humana base de los mandatos constitucionales, su respeto es indispensable para la optimización de la libertad y otras potestades humanas, sin ninguna imposición arbitraria¹⁹, ya sea de los demás o de la autoridad.

Asimismo, se debe tener en cuenta que, la evolución de un sistema a otro, en puridad tiene como fines esenciales y prioritarios, el buscar el bien común a través del servicio a la comunidad y de la efectividad de las potestades fundamentales. Solo de

¹⁷ Fundamento 13 de la Sentencia 0007-2007 AI/TC

¹⁸ GARCÍA PELAYO, Manuel. Las transformaciones del Estado contemporáneo. Editorial Alianza. Madrid, 1980, p. 26.

¹⁹ HAYEK, F.A. Los fundamentos de la libertad. Ed. Unión. Madrid 1991, p. 26.

esta manera excluye todo atisbo de arbitrariedad y se delimita la discrecionalidad de las autoridades. A fin de evitar privilegios e injusticias.

2.5. La seguridad jurídica

2.5.1. La seguridad jurídica en un Estado democrático

Según Corrales Fabián, tiene un rol limitador de la potestad oficial, se basa principalmente en la obediencia a la supremacía de la norma fundamental y a las leyes. Es el acatamiento del Estado a la constitución y de quienes la aplican²⁰.

En la misma línea, Jorge Villacrés y Santiago Pasmay sostienen que la seguridad jurídica en la actividad pública actúa de dos maneras:

- I.** Concede potestades a toda autoridad, y les impone a que en cada uno de los actos administrativos se motive las decisiones en forma explícita y concreta. Sin olvidar en su labor, "autoridad" simboliza el "poder autorizado" para los fines del interés general; y,
- II.** Circunscribe la función oficial. Limitando el poder a través del "principio de legalidad" inherente del derecho público, lo que implica que la autoridad solo puede hacer lo que manda la ley en armonía de la constitución. En consecuencia, no puede obrar fuera de la ley fundamental. Esa es una de los propósitos de las constituciones²¹.

²⁰ CORRAL, F., La tarea de hacer leyes. En: [file:///D:/usuario/Downloads/Dialnet-DerechoConstitucionalALaSeguridadJuridicaDeLosCiud-8016948%20\(1\).pdf](file:///D:/usuario/Downloads/Dialnet-DerechoConstitucionalALaSeguridadJuridicaDeLosCiud-8016948%20(1).pdf)

²¹ VILLACRES LÓPEZ, Jorge Mateo y PAZMAY, Santiago Fabián. Derecho constitucional a la seguridad jurídica de los ciudadanos en el Ecuador. En: <https://bit.ly/3qEcykp>

Desde la misma perspectiva las nuevas tendencias de la doctrina dominante extranjera, considera que la seguridad jurídica, va más allá del solo acatamiento del formalismo jurídico procesal, pues exige armonizarlo con el fiel cumplimiento de los mandatos constitucionales en la impartición de justicia a fin de optimizar el respeto a los mandatos constitucionales. De esta manera se descarta una estafa “jurídico procesal” cubierta bajo el manto del debido proceso aparente, legalidad jurisdiccional. Como dice el Dr. Nicolás García Rodríguez adornada por los preceptos de eficacia y urgencia procesal, lo que genera estrés a instituciones jurídicas, a las garantías constitucionales, a los operadores del derecho y a los legisladores, quienes entiende que: Lo moderno es ser eficaz y lo retrogrado es ser garantista²².

La observancia fiel de estos compromisos es elemental en Estado democrático. Esto se materializa inexorablemente a través de los entes que conforman el sistema de la administración de justicia a través de diferentes mecanismos y herramientas. Los que están obligados a dar confiabilidad, estabilidad y controlabilidad de las decisiones que tomen los operadores del derecho, en cada uno de los estadios del proceso.

Señala Humberto Ávila que en países como: Alemania, Francia, Italia, España, Portugal, Estados Unidos e Inglaterra y en Brasil. Este principio exige que el Poder Judicial, adopte buenas prácticas de predictibilidad hacia sus pobladores, trasmitiéndoles confianza y credibilidad, a través de la debida motivación como herramienta de comunicación de sus decisiones. Sin engaño,

²² RODRIGUEZ GARCIA, Nicolás. Modulo Poder Judicial, Proceso Penal y Corrupción. Dictado en el Master Iberoamericano en Políticas Anticorrupción, Dictado por la Universidad de Salamanca España 2020.

frustración, sorpresa, ni arbitrariedad. Solo de esta manera la impartición de justicia moderna permite al ciudadano actuar de forma respetuosa y prever el futuro. Para ello es necesario respetar tres componentes:

1) **La cognoscibilidad.** Simboliza la capacidad del ciudadano de poder saber y entender las situaciones que le ofrece la norma para que oriente su conducta a su proyecto de vida. Implica buena educación, siendo la nuestra de pésima calidad, por eso es que nuestra población tiene casi nula participación ciudadana en políticas públicas, porque no conocen sus derechos y por ende tampoco saben cómo canalizar sus reclamos.

2) **La confiabilidad.** Establece la seguridad del ciudadano respecto a la protección de sus derechos y las consecuencias que señala la norma, Situaciones que no deben variar indebidamente ni causarle indefensión.

3) **La calculabilidad.** Permite a cada ciudadano prever el alcance de sus derechos, es decir, entender los límites de sus potestades y de las posibles sanciones que puede recibir al extralimitarse. Por ende, la probable sentencia si vulnera algún bien jurídico de su semejante.

La calculabilidad en Perú, no es otra cosa que la predictibilidad, sirve para marcar el resultado futuro de una conducta en atención a casos similares, pretendiendo evitar tratos desiguales ante ley y ante el juzgador. Esta exigencia, cumple similar motivación de respuesta que deben dar los operadores de justicia en casos iguales. En esta línea el supremo interprete de nuestra legalidad sostiene: "... el principio de predictibilidad y certeza de las decisiones judiciales en cuanto que manifestación del principio de seguridad jurídica implica la exigencia de coherencia o regularidad de criterio de los

órganos judiciales en la interpretación y aplicación del derecho, salvo justificada y razonable diferencia”²³.

La apreciación de la seguridad jurídica ha evolucionado radicalmente, antes se pensaba que eran suficientes las exigencias de legalidad e irretroactividad para promover de forma satisfactoria la seguridad, a hora, dichas reglas son solo referencias teóricas y resultan insuficientes.

En la actualidad, lo que en realidad llenan de contenido al principio de seguridad jurídica, es la motivación racional, congruente, sistemática, objetiva y clara de la decisión, el cual trasmite un apropiado entendimiento a los receptores del mandato judicial, por ello surge la necesidad de utilizar un lenguaje sencillo y claro.

Hoy este principio dejó de ser garantía de contenido exclusivamente normativo como lo proponía la teoría del estado de derecho, pasando a ser sinónimo de protección de logicidad en la motivación. Rol que están obligados a cumplir los operadores del derecho que imparten justicia.

Desde esta arista **la previsibilidad**, se convierte en una herramienta de la juricidad necesario y útil. Según Humberto Avila, es: “un instrumento para la consecución de otros fines que consideramos valiosos: en términos individuales, el desarrollo de la autonomía personal; y en términos sociales, el formar parte del entramado institucional que posibilita la efectividad de los derechos humanos, o, dicho de otro modo, el desarrollo de la justicia”²⁴.

²³ Fundamento 7 de la sentencia del Exp. N.º 03900 2012-PA/TC. José María Gómez Tavares y otros.

²⁴. ÁVILA, Humberto. Teoría de la seguridad jurídica. Marcial Pons. Madrid, 2012, p. 87.

2.5.2. La Seguridad Jurídica en nuestra Constitución

En nuestro bloque legislativo constitucional y ordinario, este principio no está contemplado. Sin embargo, el TC ha indicado que es un valor sobrentendido y se encuentra en diferentes artículos de la carta magna²⁵.

Al respecto, el máximo intérprete de nuestra constitucionalidad afirma que este principio: “busca asegurar al individuo una *expectativa razonablemente fundada* respecto de cuál será la actuación de los poderes públicos y, en general, de toda la colectividad, al desenvolverse dentro de los cauces del Derecho y la legalidad”²⁶.

En atención a dichos parámetros, se deduce que, este principio no apoya arbitrariedad en la decisión; solo resguarda aquellos fallos arreglados a la ley. En, esta línea el TC ha afirmado que “consolida la interdicción del capricho del juzgador o la arbitrariedad”²⁷, prohibición que también alcanza al persecutor penal. Por lo tanto, queda confirmado que, la seguridad jurídica, no avala cualquier decisión que incurra en abuso, y menos aún la protege.

Esta prohibición obliga a los operadores del derecho en instancia revisora a actuar inmediatamente para dejar sin efecto situaciones **despóticas, subjetivas e irreales**, a través de previsible reacción, sea para garantizar el “*statu quo*” de los mandatos constitucionales.

²⁵. **Unas con alcances generales**, como la contenida en el artículo 2, inciso 24, párrafo “a” que tiene un carácter de permisibilidad, y **algunas de nivel particular**, como las contenidas en los artículos 2, inciso 24, párrafo “d” de carácter limitativas y **otras de carácter conservativas** como la prevista en el art. 139, inciso 3. Criterios examinados en el fundamento 4 de la STC Exp. N° 00016-2002-AI/TC.

²⁶. Ver fundamento 3 de la sentencia del Exp. N° 0001-2003-AI/TC y otro.

²⁷. Ver fundamento 3 de la sentencia del Exp. N° 00016-2002-AI/TC.

2.5.3. Seguridad Jurídica y el requerimiento de nulidad

El del art. 150 del CPP prescribe la nulidad absoluta, precisando que: “No será necesario la solicitud de la nulidad de algún sujeto procesal y podrá ser declarado de oficio...” y en el inciso “d” establece como uno de los supuestos: “...la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos en la constitución” de lo indicado, se advierte que de oficio el A quem, debe declarar la nulidad de los fallos que contienen decisiones abusivas; **constituyendo una obligación y un deber de los órganos jurisdiccionales de reparar los deslices de la juricidad**, para brindar una tutela jurisdiccional efectiva.

En consecuencia, queda claro que este principio no tutela fallos jurisdiccionales irrupidos de arbitrariedad. Con lo que se puede concluir que: “toda decisión antijurídica es contraria al principio de seguridad jurídica”.

En este sentido, hay incongruencia constitucional, cuando una resolución que incurren en arbitrariedades o ilegalidades, se le pretenda otorgar la calidad de cosa juzgada, invocando este principio, esta actitud es un rezago de los tribunales inquisitivos. Es el blindaje a algo totalmente opuesto a la justicia “la impunidad” como, por ejemplo, las resoluciones aparentes, incongruentes, incoherentes, con anomia, arbitrariedad, fraude procesal. Es una iniquidad cubierta en un fallo jurisdiccional.

Abona a esta tesis, el procesalismo penal contemporáneo, en atención a la tutela jurisdiccional efectiva de los principios constitucionales, al debido proceso, respecto al “sentido eficiente”, atendiendo a la efectividad de los mandatos constitucionales. Como dice Alvarado de Oliveira, “no se busca más

el absoluto de la seguridad jurídica, sino la seguridad jurídica afectada de un coeficiente, de una garantía de realidad. Desde esta nueva línea, la propia seguridad jurídica induce al cambio, al movimiento, visto que debe estar al servicio del objetivo mediato de permitir la efectividad del derecho fundamental”²⁸.

Por estas consideraciones, la doctrina procesal dominante ha resaltado la trascendencia de la nulidad en los casos de procesos injustos, por ejemplo, Augusto Tangem Jardim, sostiene que: “el instituto de la nulidad vino al ordenamiento jurídico para asegurarle seguridad. Es la penalización por el no cumplimiento de un orden imperativo, que implique el desvío de finalidad del acto procesal realizado en perjuicio a la parte que no le dio causa”²⁹.

Es decir, la nulidad contribuye con la seguridad jurídica, pues tiene por finalidad revertir una decisión abiertamente antijurídica, es un mecanismo efectivo y útil para sanear los vicios o defectos. De esta manera se busca enderezar las injusticias, formar previsibilidad y convicción en las decisiones de los operadores del derecho, y garantía para los justiciables.

De esta manera queda claro, que el derecho comparado dominante vigente, combate las equivocaciones e inequidades de la juricidad.

Ciertamente, en este tema se analiza, el verdadero valor jurídico desde la perspectiva ético jurídico de la seguridad jurídica para proteger “expectativas jurídicas razonablemente fundadas. Por esta razón se concluye como dice

²⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva desde la perspectiva de los derechos fundamentales. En: <https://bit.ly/3Fyfy63>

²⁹ TANGEM JARDIM, Augusto. De las nulidades procesales. En: Estudios sobre las nulidades procesales. Gaceta Jurídica. Lima, 2010, p. 490.

Isabel Lifante: “si ello es así (...), no es cierto que la seguridad jurídica pueda desarrollarse en igual medida (es decir generar el mismo grado de previsibilidad) independientemente de la justicia o injusticia del derecho del que se predica³⁰. En esta línea sostiene nuestro TC, que de esta manera se consolida la interdicción de la arbitrariedad.”³¹

Por ende, este mandato implícito es sustancial en esta nueva forma de gobierno, cuya finalidad es eliminar las iniquidades para crear credibilidad en la población sobre todo a los litigantes. Es más, el TC en el fallo aludido, afirma que este principio cubre a todo el ordenamiento jurídico y a la actividad pública. “Consecuentemente, como se ha dicho, la seguridad jurídica es un principio vertical que transita todo el ordenamiento, incluyendo, desde luego, a la norma fundamental que la preside...”³². Siendo la nulidad el remedio perfecto para la purificación del Proceso Penal.

2.5.4. Otros supuestos de nulidad

Además, el centinela de nuestra legalidad, en el voto dirimente del caso Cardoza, afirmo que también hay nulidad cuando:

A. Hay omisiones en el procedimiento. Es decir, cuando no se ha cumplido con las formalidades de ley. Por ejemplo, cuando no se ha notificado al órgano de prueba para tomarle su declaración, no se ha recabado, o actuado

³⁰ LIFANTE, Isabel. Seguridad Jurídica y previsibilidad. En https://www.youtube.com/watch?v=9I0SLs_E-lg

³¹ Sentencia 0016-2002-AI-TC. Fundamento 3

³² Idem, Fundamento 4.

una prueba ofrecida por las partes o se ha realizado vulnerando las formalidades de la ley convirtiéndola en ilícita o prohibida³³.

B. Hay errores sustanciales. De manera frecuente se produce al momento de valorar la prueba al realizar una indebida motivación o motivación aparente, o falta de logicidad en la apreciación de la prueba. Afectándose la dimensión sustantiva del debido proceso.

Esto nos demuestra que el principio de legalidad en aras de brindar una mayor seguridad jurídica, ha sido convirtiendo en uno de juridicidad que favorece soluciones de estricto derecho en donde prima la eficacia de la justicia en armonía con las garantías constitucionales³⁴.

Todo lo indicado, es necesario para mantener la conformidad de las disposiciones constitucionales con las normas supranacionales, que obligan al Estado peruano a través de sus operadores de justicia a emitir resoluciones conforme a la Constitución y convención³⁵, en esta consonancia, el TC indica: “la sola interpretación gramatical de alguna de sus normas (al margen de la constitución y la convención supranacional) sería inconstitucional”³⁶.

2.5.5. La seguridad jurídica y el entorno jurídico social peruano

En los últimos años el principio de seguridad jurídica en nuestro país ha sido degradado, manipulado, anulada en los hechos y abolida por el

³³ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. Bosch Editores. Barcelona, 2005, p. 1.

³⁴ Ver fundamento 8 del voto dirimente de la sentencia 02135-2012-PA/TC.

³⁵ Esto se infiere del análisis sistemático de los artículos 55 y 138 de la Constitución, establecen como deber del órgano jurisdiccional impartir justicia con primacía de la Constitución y la Convención aludida.

³⁶ Ver el razonamiento lógico de la STC Exp. N.º 05854-2005-PA/TC, caso Lizana Puelles.

“normativismo suplantador” razón por el cual ya no cumple su importante labor de orientador e informador del ordenamiento jurídico, máxime si no existe un ente legislador maduro que analice las osadías del legislador de primer nivel. Es más, como los jueces ordinarios peruanos no pueden hacer el control constitucional, las leyes inconstitucionales entran en vigencia y atendiendo los desconocimientos de los ciudadanos de sus derechos constitucionales y su posibilidad de acceder a una asesoría constitucional, en su gran mayoría no acuden al TC.

De esta manera, hoy por hoy, se le ignora como principio - fuente de derecho y se le suple con cualquier normatividad concreta. Se olvida que nuestra constitución lo concibe como principio a alcanzar y concretizar (Inc. 24 del art. 2 Constitución), motivo por el cuál desde su dimensión objetiva es una obligación de los operadores de justicia y desde su dimensión subjetiva es una potestad del litigante. Por eso es que se le considera como la lámpara del derecho democrático moderno que guía la justicia.

En la jurisprudencia supranacional del caso De La Cruz Flores vs. Perú. la Corte internacional ha afirmado que al ser vulnerado "los particulares no podrían orientar su comportamiento a un orden jurídico vigente y cierto (...)”³⁷.

En esta línea, en el caso Sunday Times vs Reino Unido la CEDH declaró que "una norma no puede ser considerada como una ley a menos que sea formulada con precisión suficiente como para que el ciudadano pueda regular su conducta (...)”³⁸.

³⁷ Ver párrafo 104 de la sentencia de la CIDH del caso De La Cruz Flores vs Perú.

³⁸ Ve párrafo 49 de la sentencia de la CEDH del caso Sunday Times vs Reino Unido.

De igual manera el TC destaca que, este principio no prohíbe cambios legales. Lo que verdaderamente limita son la irracionalidad, las sorpresas y **arbitrariedades del legislador**³⁹. En el caso concreto del sobreseimiento, si bien es una ficción jurídica muy útil como salida alternativa de solucionar un conflicto, también es verdad que su regulación en nuestro ordenamiento procesal penal, es inadecuada porque impide el control jurisdiccional y tácitamente ampara algunos actos arbitrarios de los fiscales en última instancia, avalado por los jueces de garantías que se niegan a controlarlos, bajo el falaz argumento que de esta manera se “respetan las reglas del principio acusatorio o adversarial” y aplicando de manera inadecuada la regla de jerarquía fiscal.

2.5.6. La Seguridad Jurídica en el mundo democrático

La seguridad jurídica cumple un rol importante en las sociedades democráticas, razón por la cual no se le puede evadir, suplir, ni ignorar; porque impregna un orden lógico – en la realidad temporal, es motivador de todo el sistema jurídico. Al respecto, Recasens Siches, asevero que “... el derecho no ha nacido en la vida humana por el deseo de rendir homenaje y culto a la idea de justicia, sino para colmar una ineludible exigencia de seguridad y certeza en la vida social. Al preguntársele ¿por qué y para que hacen los hombres derechos? dijo, no nos vendrá la respuesta de la quinta esencia de la idea de justicia, ni de sus sequitos de egregios valores complementarios, sino de un valor subordinado, el de seguridad jurídica, correspondiente a una necesidad humana...”⁴⁰

³⁹ Ver fundamento 18 de la sentencia N° 00010-2014-PI/TC

⁴⁰ RECASENS SICHES, Luis. En: <https://bit.ly/33perZ5>

Por otro lado, Gallardo Rueda resalta la esencia de la seguridad, al decirnos que: “hay que realizar la seguridad jurídica general como trámite previo al de la justicia, y aun como primer e inevitable paso hasta ella”⁴¹. Así también lo pensaron los doctrinarios del contrato social (Hobbes, Rousseau), concebían a la seguridad Jurídica como “el factor primario que impulsó a los hombres a constituir una Sociedad y un Derecho, convencidos de que no hay vida común posible sin un orden y una seguridad”.

El aprecio a esta ficción jurídica, se justifica porque contribuye a concretizar el interés público justicia, indispensable para lograr una convivencia pacífica. Según Martínez García, en la vida moderna vivimos en un ambiente de incertidumbre e inseguridad permanente⁴². En la misma línea Zweig considera que en la actualidad todo el derecho esta invadida por la incertidumbre que no hay un espacio de seguridad e incluso resalta que estamos muy lejos de un mundo con seguridad⁴³.

Lamentablemente, las ideologías políticas y económicas que predicán el heroísmo a nivel colectivo rechazan esta idea de seguridad, por considerarla fruto de la comodidad y un valor que impone límites, con lo que no puede lidiar con las urgencias y/o coyunturas sociales, tanto los populismos demagógicos como los promotores de ajustes económicos y sociales han ultrajado este principio. Empero, la realidad nos manifiesta su importancia de recuperarla y respetarla.

⁴¹ GALLARDO RUEDA, Arturo. Fe publica y seguridad jurídica. En. <https://bit.ly/3pQ2aFI>

⁴² MARTINEZ GARCIA, Jesús I. Derecho e incertidumbre. En <https://bit.ly/3zppY6f>

⁴³ ZWEIG, Stefan. El mundo de ayer. Memorias de un europeo. Edit. Acantilado. Barcelona, 2002, p. 17.

En la actualidad al igual que en el pasado, la seguridad jurídica es vista y manipulada de diferentes aristas, así tenemos la interpretación burguesa de la seguridad, y otra muy distinta la seguridad jurídica en sí misma considerada: así Nietzsche, con su lema, que más tarde haría suyo el fascismo italiano, del “vivere pericolosamente” (viviré peligrosamente) o la posición de los juristas alemanes de la época de Hitler que negaron a la idea de seguridad jurídica y el carácter de valor jurídico fundamental e impusieron su arbitrio, con su aforismo “la ley es la ley”.

Esto explica por qué las colectividades huyen de caos y, mediante el Derecho, reclaman un orden, del mismo modo el individuo teme el peligro y busca la seguridad Jurídica. Si falta el orden, el individuo se repliega sobre sí y, al encontrarse inseguro, se hace agresivo, lucha y se opone a los demás, a quienes considera, a su vez, agresores. Así lo concebía nuestro precursor de la independencia Juan Baquijano y Carrillo cuando firmaba: “El pueblo es como un resorte que oprimido más de lo debido destroza la mano imprudente que lo oprime”. Estos llamados de atención son importantes porque nos advierten las consecuencias de las arbitrariedades y los caldos de cultivos violentos que las arbitrariedades generan y por ende el daño que le hacen a la vida pacífica y democrática.

Es en este sentido dice Maurice Hauriou: “el orden social es un elemento de la sociedad más necesario que la justicia”, y llega a la conclusión, evidentemente exagerada, de que “el orden social es la garantía de un mínimo

de existencia, en tanto que la justicia es un lujo del que, hasta cierto punto, se puede prescindir”⁴⁴.

La apreciación subjetiva de la seguridad jurídico, produce la confianza en el ciudadano: la pérdida de la seguridad, para Ortega, implica una degradación de la persona. Sentirse seguro es considerarse defendido por el ordenamiento jurídico, es percibir cómo la norma protege al individuo y le hace objeto de su consideración. Al contrario, sentirse inseguro es como sentirse desamparado excluido, marginado injustamente por la norma. Por eso, este principio demanda, asimismo, la efectividad de un Derecho positivo a través del cual se concreta y realiza la convivencia pacífica.

En estos días, podemos observar sobre todo en los países de Europa: Francia y Alemania, cómo todo sistema avanzado jurídico, aún sin proponérselo directamente, establece una seguridad a costa, a veces, de otros valores como, por ejemplo, la libertad y la propiedad. Y aunque no faltarán situaciones en que el propio individuo prefiera asumir un riesgo o situarse más cerca del peligro a cambio de una mayor libertad de movimientos, por regla general, en las sociedades modernas, la aspiración a la seguridad jurídica constituye el máximo ideal social, incluso a costa de la tradicional aspiración a la libertad o a la justicia.

2.5.7. Exigencias objetivas de la seguridad jurídica

Con la finalidad de hacer efectivo este principio autores como Radbruch, considera que debe haber estas situaciones: 1) Normas expresas y

⁴⁴ Universidad Complutense de Madrid. “Crisis del principio de generalidad y del formalismo jurídico: JJ Rousseau, I Kant y la perspectiva teórica del institucionalismo jurídico en Maurice Hauriou” 2004.

claras; 2) Que las normas sean objetivas y evitar el predominio de la subjetividad del magistrado; 3) Que las normas concuerden con la realidad y, 4) Que exista estabilidad legislativa⁴⁵.

Por otro lado, Lon L. Fuller le añade cuatro requisitos más como: 1) No sean selectivas o con privilegios; 2) Exista coherencia legislativa; 3) Sean exigibles para todos; 4) Se cumpla con el espíritu de la norma y no el capricho de quien lo aplica.

Como se aprecia, son varios las condiciones útiles necesarias para garantizar la seguridad jurídica, las mismas que varían de acuerdo a las ideologías políticas, sin embargo, hoy lo podemos resumir en el macro principio del “respeto del debido proceso”, tanto en la emisión de la ley, como en su aplicación sistemática constitucional y convencional.

Esto es muy importante para generar certeza en una sociedad en la que el ciudadano cada día arriesga la vida. Ya que como dice Bobbio, lo primero que hace un gobierno despótico es romper la cadena de la certeza para instaurar la arbitrariedad y la desprotección⁴⁶. De allí es que, resulta imprescindible garantizar la seguridad jurídica, porque sin ella no hay bienestar ni progreso, su ausencia impide preparar el futuro, ni permite concretizar el proyecto de vida.

En consecuencia, este principio se consolida como derecho fundamental en el Estado moderno, cuando existe la previsión, confianza y certeza que

⁴⁵ Introducción a la Filosofía del Derecho. Cita de PÉREZ LUÑO, Ob. Cit., Nota 33, En <https://bit.ly/3ESCexi>

⁴⁶ BOBBIO, N. La certeza del diritto è un mito. Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, 28, 1951, p. 151

brinda las leyes y cuando persiguen el verdadero fin de los valores de la justicia.⁴⁷

2.5.8. La Seguridad Jurídica y los Derechos Humanos

Este tema viene siendo tratado con mucha sutileza y profundidad después de la segunda guerra mundial, especialmente por los altos Tribunales alemanes. Fue abordado en el juicio del caso “los centinelas de la frontera”, en donde el TC Federal Alemán se ocupó del problema de la ‘injusticia legal’ en el ámbito del juicio penal. Al respecto, tuvo en consideración de manera expresa que, en los casos de una contradicción intolerable entre Derecho positivo y la justicia, este principio podría valorar en menor medida que el de la justicia material”. Se partió de la Fórmula de Radbruch: “El derecho extremadamente injusto no es derecho”⁴⁸.

En esta línea, señalo el TC Federal que: i) una causa de justificación debe pasarse por alto en la aplicación del Derecho cuando cubre el homicidio deliberado de personas que solo pretendían cruzar la frontera interna alemana sin ir armadas y sin poner en peligro bienes jurídicos reconocidos de manera general”. Ii) Se establece que es ineficaz una justificación de una conducta que cause violación evidente e intolerable a los mandatos elementales de la constitución de la norma supranacional.

Razón por el cual, la norma del “Derecho positivo” debe ceder ante el principio de justicia, de esta manera en la ponderación de la aplicación de la

⁴⁷ APODACA COSSIO, Jorge y MOYA DELGADO, Octaviano. La ineficacia del Estado para cumplir con las garantías de seguridad jurídica en Sinaloa, Volumen 4, Año 4, 2021, pp 4-32. En: <https://bit.ly/3eTZ0u0>

⁴⁸ ALEX, Robert, Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. En: <https://bit.ly/3pQMsdB>

norma en estos casos extremos debe primar los principios fundamentales sobre la regla. De esta manera el alto TC Federal respalda esta prelación en la judicatura. En este razonamiento fue útil el aporte de las normas supranacionales en materia de derechos humanos para determinar “cuándo el Estado conculca los derechos humanos a juicio de la comunidad jurídica mundial”. Así lo estimo el TC Federal de forma sucinta, manifestando que las normas supranacionales concuerdan con la Ley Fundamental.

La lección aprovechable de este caso, es la concordancia de criterio del Tribunal Supremo Federal con el TC Federal, quienes destacan explícitamente la tutela de la norma supranacional. Con este criterio se logró sentenciar a los que estaban detrás de ellos los autores mediatos evitándose la impunidad. De lo expuesto se deduce que el TC no considera los derechos humanos como derechos morales, sino como derechos humanos positivizados⁴⁹. De esta manera se estableció la prioridad⁵⁰, obligatoriedad, respeto y el deber de ser garantizados por el Derecho internacional frente al Derecho nacional. En pocas palabras, este principio exige condiciones apropiadas para el desarrollo e inviolabilidad de los mandatos constitucionales en la sociedad. Criterio que también compartía Carlos Sánchez Viamonte⁵¹.

Desde el sentido abarcativo de la expresión seguridad jurídica se debe respetar inexorablemente una serie de valores que influyen y condicionan en la impartición de justicia, como: La verdad, la equidad, la objetividad, la razonabilidad, la ponderación, la coherencia, la congruencia... sin estas

⁴⁹ Más sobre esta diferenciación en Bäcker, Recht, Sprache und Kultur, p. 264-269

⁵⁰ PAULSON, Stanley. La filosofía del derecho de Gustav Radbruch y tres ensayos de posguerra de Gustav Radbruch. En: <https://bit.ly/3GzDyHb>

⁵¹ SANCHEZ VIAMINTE, Carlos. Manual de derecho constitucional, Ed. Kapeluz. Bs. As. 1956, p. 127.

condiciones no hay justicia en un Estado social y democrática. No se trata de emitir una resolución o sentencia porque así lo manda el formalismo legal o les plazca a los operadores de derecho. La justicia se imparte atendiendo el verdadero espíritu de los principios y derechos constitucionales, porque, son los que guían la realización de la justicia.

Puede existir justicia dictatorial o totalitaria en donde se impone la voluntad de los hombres, pero no justicia racional, constitucional o democrática, un ejemplo fue la justicia totalitaria del régimen de Hitler. Por eso, es que siempre debemos entender y tener presente que la consolidación de la seguridad jurídica en la impartición de justicia, no solo debe ser una “política de Estado”, pues se trata de algo más, es la base misma del verdadero Estado democrático y social. La experiencia alemana así también lo entendió después de lamentar los actos de horror de la segunda guerra mundial.

En los albores del constitucionalismo, la seguridad jurídica aparece vinculada con las garantías de las personas frente al Estado, para desterrar todo rezago de despotismo o absolutismo, extendiéndose simultáneamente a la propiedad, al debido proceso y a las otras libertades positivas del hombre⁵².

En la década pasada, fue definido por la Sala Constitucional de San José de Costa Rica como “...un principio constitucional que en su sentido genérico consiste en la garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán objeto de ataques violentos o que, si éstos llegan a producirse, le serán aseguradas por la sociedad, protección y reparación: es la situación del individuo como sujeto activo y pasivo de relaciones sociales, que

⁵² Radbruch, Gustav. Arbitrariedad legal y derecho suprallegal. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1962, p.34

sabiendo o pudiendo saber cuáles son las normas jurídicas vigentes, tiene fundamentales expectativas de que ellas se cumplan⁵³. Ese valor jurídico pretende dar certeza contra las modificaciones del Derecho, procura evitar la incertidumbre del Derecho vigente, es decir, las modificaciones jurídicas arbitrarias, realizadas sin previo estudio y consulta.

Puede ser considerada tanto en sentido subjetivo y objetivo, pero ambos están indisolublemente vinculados; **en su sentido subjetivo** es la convicción que tiene una persona de que la situación de que goza no será modificada por una acción contraria a los principios que rigen la vida social y **en sentido objetivo** se confunde con la existencia de un estado de organización social, de un orden social. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos positivos existen normas que pretenden dar cumplimiento al valor de la seguridad jurídica; en el nuestro tenemos varias expresiones de ese principio tales como la presunción del conocimiento de la ley, el principio de la reserva o legalidad penal, el principio de irretroactividad de la ley, la cosa juzgada y la prescripción, entre otros...⁵⁴

Se infiere de lo indicado, que seguridad jurídica no significa existencia de leyes que protegen a las personas, sino la “efectividad de esas leyes en la protección de los bienes jurídicos tutelados vulnerados”.

De nada vale la existencia de la ley si es incierta, si desprotege los bienes jurídicos y los mandatos constitucionales. En estos supuestos estamos ante normas anticonstitucionales y atentaría contra este principio. Esta cualidad se

⁵³ Ver sentencias de la Sala Constitucional de Costa Rica, N° 8390-97.

⁵⁴ Ver sentencia N° 182-2010 del Tribunal Aduanero Nacional de San José de Costa Rica.

transmitiría en los fallos judiciales, los que a su vez crearía inseguridad jurídica. En consecuencia, no habría justicia, ni paz social.

Rabbruch, considero como una condición necesaria para la seguridad jurídica, el cumplimiento de principios generales o requisitos vitales mínimas, tales como: i) justicia, ii) bien común o conveniencia y iii) verdad⁵⁵ y un estado vigilante a través de órganos de administración de justicia autónomos y transparentes que cuiden la protección de la dignidad de los ciudadanos. Si una decisión no es justa o atenta contra el bien común o vulnera el derecho a la verdad, entonces habrá inseguridad. Siendo que solo respetando estas garantías procesales y como consecuencia del debido proceso la decisión es legítima sea amparando o desamparando la pretensión. En un Estado democrático lo importante no es el resultado, lo trascendental es que se hagan las cosas como debe ser, respetando los parámetros consustanciales al ciudadano.

Al respecto indica Du Pasquier, que existen dos tipos de fallos: i) **Los fallos de especie**, resuelven cuestiones ordinarias y ii) **Los fallos de principios**, son aquellos resuelven situaciones de trascendencia, crean predictibilidad para casos similares futuros lo que algunos llaman criterios vinculantes⁵⁶. Son importantes para la seguridad del derecho, propio de las sociedades con legislaciones democráticas y modernas, que sería negativamente afectado si casos similares los mismos jueces resuelvan, en cada ocasión en formas desiguales.

⁵⁵ GARCIA MANRIQUE Ricardo. Radbruch y el valor de la seguridad jurídica. En: [file:///D:/usuario/Downloads/Dialnet-ReflexionesSobreElTratadoPorElQueSeInstituyeUnaCon-1217071%20\(2\).pdf](file:///D:/usuario/Downloads/Dialnet-ReflexionesSobreElTratadoPorElQueSeInstituyeUnaCon-1217071%20(2).pdf)

⁵⁶ DU PASQUIER, Claude. Introducción al derecho. Lima. Justo Valenzuela 1983, p. 41.

Desde otra visión la seguridad jurídica no se agota solo con la existencia de una norma, requiere además de una logicidad y razonamiento idóneo para lograr su fin, como también para llenar las lagunas legales. En esta línea sostiene Gascón Abellán, los precedentes vinculantes deben tener un carácter amplio de tal manera que guíen al juzgador para casos análogos.⁵⁷ Abona a esta tesis López Guerra, al afirmar que: “La generalidad en la aplicación judicial del derecho se consigue mediante la técnica del precedente”.

En consecuencia, es importante la paridad de la decisión de los juzgadores en casos iguales ello contribuye a concretizar la seguridad jurídica. Esto exige criterios uniformes de razonabilidad para el correcto estudio de la norma.

2.5.9. La Seguridad Jurídica y Las Políticas Criminales Liquidadas

En la actualidad, estamos asistiendo a una época, en la que se suspende los mandatos constitucionales en aras de la seguridad jurídica o el orden público⁵⁸ como en el caso de nuestro tema de investigación “sobreseimiento nulos o injustos”. Son políticas públicas de emergencia que van de forma creciente, en la que no importa derogar derechos de segunda y tercera generación en aras supuestamente de la prevención del crimen, sin resultados positivos.

Al respecto, Pérez Céspedes afirma que los principios constitucionales y su mundialización se encuentran en una situación cada vez más compleja y

⁵⁷ GASCON ABELLAN, Marina. La técnica del precedente y la argumentación racional. Madrid. Tecnos. 1983. p. 35.

⁵⁸ INSOLERA, Gaetano: Sicurezza e ordine pubblico, en M. Donini y M. Pavarini (eds.), Sicurezza e Diritto Penale, Bologna: Bologna University Press.2011, p.203.

contradictoria, y, a su vez, es el punto de emergencia de los problemas de la seguridad⁵⁹. Por su parte dice Varvaele, en estos días la justicia penal. se caracteriza por ser expansiva, sin embargo, su omnipresencia, es absolutamente real en términos de control social, pero, es muy simbólica en términos de capacidad de resolución de problemas sociales. Asimismo, afirma que el derecho punitivo sin límites es un instrumento de control social que mina no solo la esencia del proceso punitivo, sino también la legitimidad de la acción oficial.⁶⁰

En esta línea Ferrajoli, precisa que “El modelo penal del Estado de bienestar gobernado por el principio de ultima ratio y garantista, ha cedido ante un modelo neo punitivista, ultra punitivista, prima ratio, limitantes de derechos, reductor del proceso, y omnipresente que se mueve, aspira y actúa desde los parámetros de la economía global a la que estamos sometidos y en el que, el principio de subsidiaridad penal o derecho penal mínimo han muerto⁶¹. En medio de esta inflación penal, solo se exhibe a la víctima por su dolor, sin una adecuada y efectiva tutela, se le utiliza como parte de la demagogia política y del espectáculo mediático. Díez Ripollés, extracta esta situación, manifestando que vivimos un abuso del sistema penal, un exceso que comporta la quiebra de dos objetivos del sistema del control penal: la moderación punitiva y la inclusión social de la víctima⁶². Esto como consecuencia de decisiones políticas corto placistas, aniquiladoras de derechos y libertades, lo que propicia

⁵⁹ PÉREZ CEPEDA, Ana Y. La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno. Iustel. Madrid, 2007, p.38.

⁶⁰ VERVAELE, John E. Terrorismo y seguridad: un derecho penal sin límites. Tirant lo Blanch. Valencia, 2017, p 486-487.

⁶¹ FERRAJOLI, Luigi., et al, op. Cit., p. 19.

⁶² DIÉZ RIPOLLÉS, José Luis. El abuso del sistema penal. En: <https://bit.ly/3A4L7my>

la construcción de muros, lo que paulatinamente va consolidando la pérdida de la solidaridad y la búsqueda del bienestar social.

En estos momentos difíciles de falta de credibilidad de la justicia penal, no podemos ser meros espectadores. Habrá que empezar a luchar desde nuestros reductos, contra el imposibilísimo del cambio y trabajar para recuperar, por un lado, la confianza de las víctimas en la justicia, y, por otro, la eficacia y los límites del proceso penal. Como en su momento afirmo Barata, “la inseguridad disminuirá en la medida que aumente la seguridad de los derechos humanos”⁶³.

En esta línea sostuvo Habermas, no se trata de acechar a los ciudadanos con la persecución penal, sino de crear condiciones más civilizadas de alcance mundial⁶⁴.

Esto es urgente porque el poder judicial ha dejado de ser un verdadero poder garantista de los ciudadanos, ya que hoy se encuentra influenciado e intrincadamente vinculado a la ideología política del momento, “algunas veces al servicio del gobernante”, cuyos bienes jurídicos defienden bajo los principios de legalidad y orden público, prácticamente olvidándose del agraviado, esto se verifica de la ideología que se plasma en la constitución, como dice Roxin siguiendo a James Goldschmidt, “es una suerte de un

⁶³ BARATTA, Alessandro. Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti, Democrazia e Diritto, 9. 2000, p.28.

⁶⁴ HABERMAS, Jürgen. Creer y saber. El futuro de la naturaleza humana, Barcelona: Paidós. 2002, p.131.

sismógrafo de la constitución del Estado”⁶⁵. Instrumento esencial que permite evaluar la realidad política de un país⁶⁶.

Hoy por hoy, el proceso penal, ya no es concebido como un proceso con todas las garantías. como derecho de todos los ciudadanos, como se vislumbraba en la ilustración y revolución francesa, en base a ese romanticismo jurídico se presagiaba que el siglo XX se erguía como un mundo de esperanza, porque al menos en materia de justicia, existía un acuerdo generalizado para acabar con los métodos medievales de persecución y de trato a la víctima y remplazarlo por un sistema garantista⁶⁷. Sin embargo, las cosas no ocurren como se pensó.

Por eso se dice, que estamos ante un proceso penal liquidado o en liquidación, en la que como dice Bauman, las consecuencias son graves, dado que entiende que la finalidad no es construir una sociedad justa, sino preservar los privilegios personales o de los grupos de poder, y se caracteriza por ser una sociedad desigual, más injusta y menos solidaria⁶⁸.

Abona a esta crisis desde otra dimensión de la impunidad, la debilidad de los regímenes democráticos, ante los grupos de poder de facto, expresado en la renuencia a acatar la ley y para gozar de privilegios, tratan de manipular el sistema de control y sanciones.

⁶⁵ ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd y Eduard KERN: Strafverfahrensrecht. Ein Studienbuch, Munich: C. H. Beck. 1998,

⁶⁶ GOLDSCHMIDT, James. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal, Barcelona: Bosch. 1934, p. 109 y ss.

⁶⁷ FERRAJOLI, Luigi. El paradigma garantista. Filosofía e crítica del diritto penale, Napoli, Editoriale Scientifica. 2016, p.129.

⁶⁸ BARONA VILAR, Silvia. Justicia Penal Liquida desde la mirada de Bauman. En <https://bit.ly/3HA0Yw5> ubicado el 01/2018, p. 25.

En la que sufren no solo las víctimas directas, sino también las víctimas indirectas⁶⁹. Condiciones que a todas luces genera inseguridad.

Según Arturo Ventura Puschel, en las sociedades liquidas, se impregna un sistema doblemente diabólico, pues por una parte suele tener como presupuesto la consagración de una maquinaria penal lenta y perniciosa, y, por otra parte, se presenta como la plasmación del derecho a una justicia rápida y eficaz. En realidad, estamos ante una realidad estafa legal especialmente en los casos de “sobreseimientos nulos, indultos, amnistía, prescripciones...” en la que bajo la cobertura de la exigencia de una tutela judicial rápida y efectiva, invocando la máxima seguridad jurídica, se defraudan las normas que tipifican como infractoras de determinadas conductas⁷⁰, lo que facilitan la impunidad y la revictimización de los agraviados. Hoy vivimos en un derecho procesal penal que sirve a la verborrea política y al show informativo, en la que solo los delincuentes comunes y débiles son alcanzados por la justicia, sin embargo, los peces gordos y grandes la eluden por diferentes justificaciones o razones⁷¹, legales creadas.

En esta línea sostiene Díez Repollés, vivimos en un abuso del sistema penal, un exceso que comporta la quiebra de los dos objetivos del sistema de control penal: la moderación punitiva y la inclusión social⁷². Del Rosal Blasco, considera que es importante resaltar el abuso⁷³, porque no todos se ven

⁶⁹ GARLAND, David. La cultura del control: Crimen y Orden Social en la Sociedad Contemporánea, Oxford: Oxford University Press. 2002, p. 11.

⁷⁰ VENTURA PUSCHEL, Arturo. El derecho penal de la Globalización. Documento TOL6932.367. En <http://www.tirantonline.com>. Fecha 11/2018, p. 5.

⁷¹ MAIER, Julio. b. Estado democrático, Derecho penal y procedimientos penales. Buenos Aires. Ed. Ad Hoc. 2009, p.106-208.

⁷² DIÉZ RIPOLLÉS. José Luis. 2017, p.19-21.

⁷³ DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. Hacia el derecho penal de la postmodernidad. En:

igualmente afectados por esta expansión⁷⁴. Lo que genera desinterés, desesperanza e indiferencia, lo cual alimenta el discurso del odio⁷⁵ y violencia social.

2.6. Los derechos o principios constitucionales

2.6.1. Concepto

Siguiendo a Robert Alexy, podemos decir que son disposiciones de perfección que requieren realización progresiva en atención a las situaciones fácticas y jurídicas existentes⁷⁶.

Para Ferrajoli, son normas o principios directivos, descriptivos no son jurídicamente vinculantes⁷⁷. Según claudia Vásquez, son valores que busca lo más favorable para la persona y como super normas tienen como función la corrección del ordenamiento conforme a la constitución y sirven como pautas programáticas⁷⁸ Estas facultades, se convergen para defender mejores condiciones sociales, exigen un ambiente idóneo para que las personas se desarrollen y vivan con dignidad, también se les llama derechos generales. Las normas supranacionales los llaman garantías procesales arts. 8 y 25 de la Convención IDH. Estos preceptos Afirma Pollman: no solo hay que defenderlo

<https://bit.ly/3tu4ODf>

⁷⁴ DIÉZ RIPOLLÉS, José Luis. El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana. En: <https://bit.ly/3A2PDIP>

⁷⁵ SHETTY, Salil. La política de la demonización. Amnistía Internacional, Informe anual 2016-2017

⁷⁶ ROBERT, Alexy. Dos objeciones de Luigi Ferrajoli a la teoría principialista de los derechos fundamentales. vol. 1, no. 2, julio-diciembre, pp. 39-52, 2021 En <https://bit.ly/3mUYErG>

⁷⁷ FERRAJOLI, Luigi, “Diritti fondamentali e democrazia. Due obiezioni a Robert Alexy”, Riv. fil. dir, 1, 2015, p. 46.

⁷⁸ VÁSQUEZ ROA, Claudia Gabriela. Los principios constitucionales. 2021 p. 2. En: <https://bit.ly/3INMDmp>

de los enemigos sino contra “sus falsos amigos”⁷⁹, de aquellos que no cumplen con sus obligaciones o deberes funcionales para tutelarlos.

Apropósito, nuestro TC indica que estas pueden ser derechos explícitas e implícitas, en el caso peruano, los derechos fundamentales no se agotan en el catálogo de los arts. 1 y 2 de nuestra carta magna, sección denominada “Derechos Fundamentales de la Persona”, sino que en base a su artículo tercero se pueden ir incorporando otros por identificar. Los últimos emanan de los primeros denominados potestades fundamentales⁸⁰.

Los principios constitucionales también lo podemos clasificar como **derechos particulares y generales**, **los primeros**: son por ejemplo la vida, la libertad, la salud..., y entre **los segundos** tenemos: las garantías procesales.

Las normas supranacionales a las primeras las llama derechos personales a los segundos garantías procesales⁸¹.

En la misma línea sostiene Bernal Pulido "Las posiciones de derecho fundamental son relaciones jurídicas que presentan una estructura triádica, compuesta por un sujeto activo, un sujeto pasivo y un objeto. **El objeto** de las posiciones de derecho fundamental es siempre una conducta de acción o de omisión, prescrita por una norma que el sujeto pasivo debe desarrollar en favor del sujeto activo, y sobre cuya ejecución el sujeto activo tiene un derecho, susceptible de ser ejercido sobre el sujeto pasivo entidad⁸²".

⁷⁹ POLLMAN, Arnd. Filosofía de los derechos humanos: problemas y tendencias de actualidad. p.10. 2008.
En: <https://bit.ly/3sXbPMG>

⁸⁰ Fundamentos Jurídicos 2-4. Sentencia N° 1417-2005-PA/TC.

⁸¹ Art. 8 de la Convención Interamericana de derechos Humanos.

⁸² BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Centro de

Según Arnd Pollman, estas facultades, se convergen para defender las condiciones sociales, bien visto ello no solo significa que tales derechos apunten únicamente a las condiciones de la mera vida, es decir, a la supervivencia⁸³. Por ende, los derechos humanos exigen una calidad de vida de un grado superior en atención de la dignidad del ciudadano.

En el mismo sentido, el TC sostiene que los derechos fundamentales tienen una doble dimensión, en el sentido de poseer tanto una esfera subjetiva o personal relacionado a lo relativo a la persona legitimada para su ejercicio, y otra objetiva concerniente a las potestades que les asiste a sus titulares para poder exigir su respeto ante las entidades públicas.

Los bienes subjetivos, tutelan derechos personales del ciudadano legitimado, se encuentran establecidos en la carta magna, tales como: el derecho a la vida, la libertad, al trabajo, etc.

También tenemos las garantías procesales, son aquellas que protegen situaciones favorables para el respeto de la dignidad del litigante, los encontramos establecidos explícitamente en su mayoría en el art. 139 de la carta política, se les denomina garantías judiciales.

El criterio dominante, considera que los mandatos constitucionales subjetivos, son las potestades que protegen diferentes actos del desarrollo del ciudadano procedentes del principio de dignidad. Por lo tanto, protegen el ejercicio de un “hacer” o de “un recibir”, entre los primeros está el derecho a una vida ecológicamente digna y entre los segundos es el recibir “una

Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2003, p. 76.

⁸³ POLLMAN, Arnd., p. 10

impartición de justicia efectiva”, un hacer “se respete el debido proceso” o un no hacer “evitar se vulnere el derecho a la prueba”.

En un momento se consideró que eran privilegios del ciudadano para que nadie interfiera en el ejercicio de sus libertades. A criterio de Carl Schmitt, este enfoque es acogida por la corriente liberal de los principios fundamentales⁸⁴. Posteriormente, también se concibió que para optimizarlos no era suficiente no vulnerarlos, sino que también era necesario la realización o ejecuciones de acciones positivas⁸⁵ para su concretización.

En este sentido, los obligado a realizar estas prestaciones positivas son los entes públicos de la administración oficial. Por cuanto tiene el deber y compromiso de tutelar y allanar los obstáculos para la realización de los mandatos constitucionales, por ser fin del ordenamiento jurídico. Del mismo modo, la población, a través de sus entes individuales o colectivos, se convierte en receptora de dicha obligación al tener que respetar y no interferir en la optimización de los principios constitucionales. Según Robert Alexy, **estas acciones positivas son de:** tutela, estructura y procedimental, y hacer o prestacionales⁸⁶.

a) Acciones de tutela. En esta dimensión, se encuentran aquellas potestades inherentes a los ciudadanos exigibles ante las autoridades y a los particulares. Esta protección la reciben de sus entes administrativos. En esta línea el Estado, tiene el deber de adoptar y ejecutar acciones concretas o

⁸⁴ SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución, 1ra. ed., Alianza, Madrid 1982, p. 169 y s.

⁸⁵ ABRAMOVICH Víctor y COURTIS Cristian. Los derechos sociales como derechos exigibles. Trotta, Madrid, 2002, p. 21 y ss.

⁸⁶ Robert Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, CEPC, Madrid 2007, p. 391 y ss.

legislativas, a fin de evitar, no obstruir o limitar los mandatos constitucionales. Ello implica, la dación e interpretación de leyes en armonía con la constitución. Por otro lado, resulta inconcebible que el Estado promueve un proceso penal célere, garantista y efectivo aplicando el sobreseimiento. Sin embargo, cuando este se produce vulnerando el derecho a la prueba, sin agotar las líneas de investigación, violando la debida motivación, el derecho a la verdad, afectando el debido proceso. Nos dice que el sobreseimiento debe producirse para no afectar el debido proceso, la seguridad jurídica y el respeto del principio acusatorio.

Lo más prudente sería que se efectuara una ponderación de normas y se resuelva teniendo en cuenta los principios de: equidad, razonabilidad, y ponderación, en atención a la primacía de la norma constitucional.

b) Acciones de organización y procedimental. Desde esta esfera se busca mecanismo apropiados conformado por entes públicos idóneos y dispuesto a garantizar el respeto de los mandatos constitucionales. En estos supuestos la administración pública debe contar con personal capacitado, con una logística idónea para cumplir con la acción gubernativa y de esta manera brindar las prestaciones requeridas. Según Konrad Hesse, se trata “del aseguramiento de los derechos fundamentales por medio de la organización y el procedimiento”⁸⁷. Para Peter Haberte, estas acciones oficiales tienen por finalidad garantizar al ciudadano tutela efectiva para los mandatos fundamentales⁸⁸.

⁸⁷ HESSE, Konrad. Existencia e importancia de asegurar los derechos básicos a través de la organización y los procedimientos. en: JJW, 1982, pág. 2.

⁸⁸ HABERTE, Peter. Derechos fundamentales en el estado de ejecución, en: VVDStRL 30, 1972, p. 86

c) Acciones positivas en sentido estricto o prestaciones fundamentales

Estas actividades estatales otorgan al ciudadano la posibilidad de obtener servicios públicos que le protegen. Como el servicio de justicia, de salud, de protección al consumidor o se le respeta los derechos fundamentales en un proceso penal, le provea de igual trato, oportunidades y posibilidades de acción; consecuentemente la administración tiene el deber de otorgarlos en todas sus dimensiones.

2.6.2. Los mandatos constitucionales como compromisos concretos del Estado

El reconocimiento positivo de los derechos sociales implica aceptarlos y tutelarlos, al ser incorporados en el catálogo de derechos fundamentales, o por haber aceptado ser parte de convenios supranacionales que protegen los derechos humanos. También hay una aceptación implícita cuando no han sido contemplados en la normatividad interna, pero son subsumidos por interpretaciones. Se concretiza con las motivaciones o argumentación que efectúa los entes constitucionales, quienes se encargan de explicitarlos dando lugar al respeto de nuevos principios.

En esta línea, el centinela de nuestra legalidad ha indicado en el fundamento 12 jurisprudencia del caso 0008-2003-A1/TC, que: "el Estado peruano, definido por la Constitución de 1993, presenta las características básicas de un Estado social y democrático de derecho, y en cuya configuración adquieren relieve dos aspectos básicos: **i)** la existencia de condiciones materiales mínimas para alcanzar sus presupuestos, y **ii)** la identificación del Estado con los fines de su contenido social". También enfatizo que las situaciones fácticas elementales, "buscan garantizar la igualdad de

oportunidades en todo nivel social, así como neutralizar las situaciones discriminatorias y violatorias de la dignidad del hombre; por ello, el logro de estas condiciones materiales mínimas de existencia requiere la intervención del Estado y de la sociedad en conjunto"⁸⁹.

En esta perspectiva nuestro guardián de la legalidad afirmo que las facultades constitucionales no son formulas proyectivas de eficacia mediática, como tradicionalmente se concebía, sino que estas normas exigen una inmediata y mínima satisfacción, con la finalidad de garantizar una eficaz satisfacción⁹⁰.

Esto prueba la evolución del pensamiento jurídico contemporáneo respecto a los derechos fundamentales, tanto desde la rama metafísica, como en su realidad aplicativa, confirmándose el debate global sobre los derechos fundamentales y su nuevo papel en el orden mundial. En consecuencia, esto nos demuestra el avance trascendental en la concepción del cambio de un sistema a otro.

Desde esta arista, para Alexy, las garantías fundamentales son ordenes que todos sin excepción deben cumplir, su aplicación prohíbe privilegios, en base al principio de igualdad. A fin de evadir el “Estado de la jurisdicción constitucional” que veta la máxima democrática⁹¹.

De esta manera, se aprecia a las garantías constitucionales como salvaguardas de los derechos de los litigantes que se activan automáticamente

⁸⁹ Fundamento 9 de la sentencia 02945-2003-AA/TC y fundamento 8 de la sentencia 02016-2004-AA/TC.

⁹⁰ Fundamento 11 de la sentencia N° 02945-2003-AA/TC y 10 del caso 02016-2004-AA/TC.

⁹¹ Ibid., p. 37-38

cuando son violentados por terceros o por el Estado. Son sustanciales porque liberan o remedian de toda agresión, son adecuadas para la convivencia pacífica y digna.

En los procesos judiciales orientan los actos procesales en sus diferentes estadios y niveles prevalecen ante cualquier norma bajo sanción de nulidad. Es decir, manifiesta urgente protección ante la necesidad. Vocación que irradia en las dimensiones formales y sustanciales con la finalidad de asegurar un trato digno a los litigantes y ciudadanos en general. Cuando hay conflicto entre ellos hay una ponderación de intereses con la finalidad de salvaguardar quien tiene más prioridad de protección conforme a las necesidades sociales.

En la actualidad estas garantías aparecen en la mayoría de las constituciones modernas, como una forma de responder a una demanda ética internacional que han previsto los organismos supranacionales, con el propósito de poner fin a la arbitrariedad y el abuso de los poderes políticos y facticos de los gobiernos nacionales.

Finalmente. haciendo una taxonomía jurídica de nuestra constitución, podemos decir que los derechos fundamentales o constitucionales los encontramos en su art. 1 y 2. Por otro lado, los principios constitucionales o garantías constitucionales lo ubicamos en su mayoría en los arts. 138 y 139 del mismo cuerpo legal, las mismas que figuran con la denominación de “garantías judiciales” en la norma supranacional⁹².

⁹² Art. 8 de la Convención ADH.

2.7. Dignidad de la persona humana

2.7.1. Concepto

Según Gregorio Peces Barba: “es el soporte de la ética pública en la actualidad. Esta, como paradigma jurídico – político de la modernidad, conformado por cuatro grandes valores: La libertad, la igualdad, la solidaridad y la seguridad jurídica”⁹³.

Desde un punto de vista ontológico para Javier Goma Lanzón, la dignidad es aquella cualidad del individuo, inexpropiable, incanjeable, inviolable, en virtud de la cual su poseedor se convierte en acreedor y el resto de la humanidad en su deudora, pues la segunda le debe al primero, siempre y en todos los casos, un respeto⁹⁴, resalta el autor que esta potestad nace por el solo hecho de ser hombre. Sin embargo, a pesar de ser inviolable, sigue siendo violada mil veces cada día. Para Pollman “es la piedra angular normativa sobre las que se fundamentan los derechos humanos universales⁹⁵”.

De lo que se infiere que la dignidad humana es fuente de los derechos humanos. Nace del trato que debe dársele a todo ser humano por su naturaleza. Según Juliana Gonzales Valenzuela, el Vocablo “dignidad” viene del latín *dignitas*, quien también proviene de *dignus*, que significa decoro, respeto. También proviene del griego *axios* que representa el valor o merecedor⁹⁶ de algo.

⁹³ PECES - BARBA DE MARTINEZ, Gregorio. La dignidad humana. Edit. Dykinson 2007, p. 157. En <https://bit.ly/3ESfZrw>

⁹⁴ GOMA LANZON, Javier. La dignidad. 2021 En <https://bit.ly/3FVSgrJ>

⁹⁵ POLLMANN, Amd. p. 28.

⁹⁶ González Valenzuela, Juliana, Genoma humano y dignidad humana, Barcelona, UNAM-Anthropos, 2005,

Nuestro TC sostiene que es un principio y a la vez es un derecho fundamental; como el primero protege a las partes durante todo el proceso frente a los operadores del derecho y como derecho implica ser tutelado y de respeto único, dotando de legitimidad a los individuos para que exijan su protección ante amenazas o vulneración⁹⁷.

Las normas supranacionales lo catalogan como principio fuente del que emana cada uno de los derechos del ciudadano. Conforme se verifica del Prólogo de la DUDH, prescribe: “... la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca...”, en igual sentido el Prefacio del PIDCP resalta que: “... la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables”, es decir, de la dignidad brotan los restantes mandatos constitucionales y son inherente al ciudadano.

Por estas consideraciones todos los convenios internacionales lo consideran como el motor de los principios fundamentales, cuya fuerza impide, que el ciudadano sea utilizado como instrumento por el Estado. En resumen, se puede decir que la dignidad es el principio motor que activa el respeto de las otras potestades fundamentales a fin de impedir que sean vulneradas. En este sentido el TC, afirma que “la dignidad se proyecta no sólo defensiva o negativamente ante las autoridades y los particulares, sino también como un

p. 64

⁹⁷ Fundamento 10 de la sentencia 2273-2005-PHC/TC, Lima, Karen Mañuca Quiroz Cabanillas.

principio de actuaciones positivas para la realización de la persona y la concretización de sus derechos⁹⁸”.

El art. 1 de la máxima ley lo a positivizado, desde donde se proyecta a todo nuestro ordenamiento jurídico, es valor sublime dentro de nuestro sistema legal y, como tal, presupuesto protector de todos los derechos. De este modo, el ciudadano no es un instrumento para conseguir un fin, sino, por el contrario, debe ser un fin superior para el Estado y la sociedad.

Al haber sido reconocido y elevado la dignidad humana a la categoría de principio constitucional y supranacional del derecho del justiciable⁹⁹, irradia de allí una fuerza inexorable e ineludible, esencia axiológica que protege a todos los ciudadanos del mundo, estableciéndose como “... un *mínimum* inalienable que las legislaciones deben acatar, tutelar y promover¹⁰⁰”. También Ronald DWorkin, señala que “la dignidad opera como un principio de fusión de los derechos humanos positivos y los derechos humanos morales *iusnaturales*”¹⁰¹ Porque se esparce y se compenetra con los otros derechos, razón por el cual esta tutelado prioritariamente en todos los instrumentos internacionales. Es un mega principio del que emanan los demás.

Lo medular de la dignidad, se caracteriza por tener una acción multifuncional ya que acompaña a la persona en todas sus actividades del acontecer social, lo que obliga a los operadores del derecho comprenderla en sus decisiones y a los otros (estado y particulares) a respetarlo, para que el

⁹⁸ Funsamento 5 de la sentencia STC 10087-2005-PA

⁹⁹ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. El control de las omisiones legislativas por “Bundesverfassungsgericht” En: <https://bit.ly/3FTMxT3>

¹⁰⁰ Fundamento 218 de la sentencia 0010-2002-AI.

¹⁰¹ DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. Edit. Ariel. Barcelona 1997. p. 295.

titular de ella logre optimizar sus objetivos en una sociedad compleja y pluralista, en la que pretende incorporarse y desarrollarse.

En el proceso penal ilumina el debido proceso, para optimizar las garantías procesales estandarizadas en las normas nacionales y supranacionales, contenidos esenciales jurídicamente protegidos.

Para el Dr. César Landa Arroyo, este principio se presenta como un juicio abierto, cuyo contenido se verifica en cada caso concreto, para cuyo efecto debe tenerse en cuenta pautas sustantivas e instrumentales de interpretación¹⁰². Desde su experiencia y conocimientos el maestro considera que este principio se presenta a veces en contradicción y acarrea dificultades al momento de su estudio, análisis e interpretación constitucional. Por ello, su examen constitucional respecto a la trasgresión o menoscabo de la dignidad del ciudadano es constitutiva no sólo del concepto, sino además de la acción legítima del mismo¹⁰³.

El máximo órgano supranacional de esta región, sostiene que este principio cumple un rol fundamental no tan solo para acreditar su vulneración, sino también para demostrar la falta de compromiso del gobierno infractor. En esta línea la Corte considera que la vulneración a los mandatos constitucionales daña la dignidad, por ende, al ciudadano. En ese orden estima que la punición de quien llevó a cabo el acto restablece la dignidad y la autoestima de la víctima y de la comunidad¹⁰⁴.

¹⁰² LANDA ARROYO, César. La dignidad humana. En. <https://bit.ly/3fODzLL>

¹⁰³ Ídem. LANDA ARROYO, César.

¹⁰⁴ Ver sentencia Bulacio vs. Argentina.

2.7.2. Funciones de la dignidad humana en un Estado Social Democrático

Lo doctrina considera que son varias en atención a la múltiple naturaleza de la dignidad y su presencia en diferentes esferas del actuar del ser humano, al haberse convertido en una garantía fundamental de escala mundial, cuya vigencia prohíbe y limita el mal accionar de los entes públicos, quienes son compelidos a respetarla y tutelarla, a fin de asegurar buenas condiciones para el desenvolvimiento del ciudadano en todas las actividades ordinarias del acontecer humano, para evitar afectarla a través de normas actos oficiales que se emitan en sus diferentes niveles los entes estatales.

Este principio exige un respeto absoluto, es decir, en sus dos dimensiones: en lo formal y sustancial, en cualquier de los actos que pueden derivarse de la materialización de las funciones que franquee la constitución. Según la doctrina dominante son:

- a. Función como principio.** Ejerce protección en todo el proceso penal, impregnándose en las dimensiones formales y sustanciales. Cuya observancia es obligatoria para todos los operadores de justicia bajo sanción de nulidad. Así como para los particulares y entidades estatales. Actúa como escudo protector de todas las partes en el proceso y en el acontecer social. Esta función impone el deber al Estado de tratar con respeto a los ciudadanos. Obligación que trasciende a los poderes del estado, como fin supremo de una sociedad civilizada.
- b.- Como derecho fundamental.** Se erige como una garantía de rango constitucional y supranacional. Desde la dimensión subjetiva facultad a la persona exigir se le respete todos los derechos que de ella emanan para que

logre su realización conforme a su proyecto de vida en armonía con la constitución. Desde la dimensión objetiva impone al estado el no hacer o desarrollar acciones que vulneren la esencia de la dignidad humana en cualquiera de sus modalidades posibles. De darse el caso los operadores del derecho no deben actuar con indiferencia ni estar imperturbables¹⁰⁵. Sino que deben actuar inmediatamente para evitar su vulnerabilidad.

c. Función legitimadora. Según esta dimensión este principio se convierte en una herramienta autentica para proteger y lograr su eficacia. Es la piedra angular en donde descansa el ordenamiento jurídico y desde donde influye a las demás potestades que de ella emanan, sin su observancia pierde sentido la norma que la infringe, por más que se emitido por un poder constituido. Esto demuestra que la dignidad es el umbral donde descansa y vincula a todos, solo su respeto, otorga legitimidad constitucional al Estado. Su propósito genuino, se produce a partir del enlace entre dignidad y norma, resaltando que únicamente de esta forma se le logra percibir y apreciar la enorme potencia protectora y restauradora al respeto de la dignidad humana en todas las esferas de la vida en sociedad.

d. Función Ordenadora. Esta actuación imperativa proviene del ordenamiento interno y supranacional, cuya finalidad es evitar las transgresiones de cualquier índole a la persona. De esta manera se pretende limitar las acciones violentas de los particulares y de los poderes públicos. Tiene una función limitadora “erga omnes” la dignidad se impone inexorablemente. Solo de esta manera, las potestades y las actividades sociales son legítimas,

¹⁰⁵ Sentencia 2273-2005-PHC/TC. Fundamento 10

lo que en resumen implica el respeto a la persona humana, todo lo contrario, es arbitrariedad al estilo nazi.

A pesar de ello, la doctrina y la jurisprudencia no admite apreciar la dignidad con una noción consumada, esto como consecuencia de los nuevos conflictos que origina la ciencia y la tecnología. Otros sostienen que se intenta pacificar el debate con la jurisprudencia vinculante, pero aun así existe la posibilidad de ciertas lagunas.

Otros indican que este principio presenta un signo accesible e inclusivo, ya que para algunos casos hay parámetros fijos y para otros es abierto de tal manera que permita adecuarse a las nuevas realidades, en ambos casos, el espíritu es siempre protector. Control que se produce en los ámbitos públicos y privados.

e. Función temporal. Atendiendo a su aparición como mandato imperativo por una necesidad social, en el mundo, se impone a partir de 1945¹⁰⁶ como manifestación unitaria de la voluntad política nacional y supranacional. Según Schmitt, esto se dio con el objeto de establecer normas para una mejor convivencia en comunidad¹⁰⁷. De esta forma se erigió como un instrumento potente que otorgaba firmeza a la Constitución. Lo cual respondía a las expectativas más humanas y democráticas de aquella época, que perseguía poner fin a los gobiernos arbitrarios y despóticos, con la

¹⁰⁶ Después de la segunda guerra mundial

¹⁰⁷ SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. Alianza Universidad. Madrid: 1982. p. 164-185.

finalidad de instaurar Estado social, democrático y constitucional¹⁰⁸.

Finalidad que aún sigue vigente.

Desde su imposición hasta la actualidad, este principio no ha tenido estabilidad y se le ha flexibilizado hasta hacerle perder su vocación de principio constitucional e incluso a veces por los mismos Tribunales constitucionales internos. Y ha sido la labor de los órganos Supranacionales las que han hecho recobrar y en otros casos han restaurado su vitalidad gracias a las protestas sociales, lo que demuestra la pertinencia indestructible de este principio al contexto temporal general de los pueblos. También es imprescindible en las reformas normativas se van adaptando de acuerdo a las nuevos requerimientos generales y anhelos de una convivencia más digna y humana¹⁰⁹. Esta posibilidad siempre es actual debido a su esencia tutelar.

f. Función esencial. Se manifiesta en la calidad tutelar de las normas que garantizan el desarrollo de la persona en la sociedad, esto va a depender de las virtudes que hay en una determinada constitución¹¹⁰.

Cuando exista una constitución que instrumentaliza a la persona para objetivos particulares y no generales, estamos ante una carta magna corrompida porque al generar privilegios no respeta la dignidad de todas las personas, en consecuencia, avasalla a los integrantes de la comunidad que debe soportar las cargas de los privilegiados, careciendo de sentido social y democrático.

¹⁰⁸ HÄBERLE, Peter. La constitución del pluralismo, estudios sobre la teoría de la constitución de la sociedad Q.lönen/ī. Königstein: Ateneo 1980. p. 79-105.

¹⁰⁹ DAU LIN, Hsu. El cambio de constitución, Berlín y Leipzig: Walter de Gruyter & Co. 1932. p. 182.

¹¹⁰ MORTATI, Constantino. La constitución en un sentido material. Giuffrè editore. Milán 1998. p.211.

Por ejemplo, si se observa que no se respeta el valor de la igualdad, la justicia social, por lo tanto, se está vulnera la cláusula pétrea intangibilidad¹¹¹. Esta lo puede cometer tanto el poder constituido como el poder constituyente cuando pretenden reformar lo que es inmutable en una constitución.

g. Función integradora. Desde esta dimensión se motiva la integración del ciudadano con el Estado. Se concretiza en el llamado pacto social producto del debate de los representantes del pueblo quienes llegan a un acuerdo buscando el bien común y el desarrollo social.

En el desarrollo del proceso, este principio actúa como un catalizador idóneo para hacer reaccionar a un conjunto de actores sociales impulsándolos a lograr el consenso respecto a un conjunto de valores sociales prioritarios y como dice Smend, de esta manera se llega a la integración social¹¹².

Es en el estadio de debates en donde se gesta la legitimación democrática de los acuerdos, los que giran en torno a la dignidad humana e incluye un conjunta de virtudes sociales que buscan alcanzar un consenso social en post de la unidad. Como dice el Dr. César Landa, en esta etapa se produce la diversidad de ideas, la fortaleza, combinación que permite encontrar solución al conflicto social¹¹³.

Las realidades sociedades antes y después de la segunda guerra mundial, demuestran que la consagración de la dignidad en las constituciones no es aval de protección y eficacia. Esto va a depender de la ideología política

¹¹¹ DE VEGA, Pedro. La reforma constitucional. Madrid, 1987. p. 274 y ss.

¹¹² SMEND, Rudolf. Teoría de la integración e integración. En: Tratados constitucionales y otros ensayos. Duncker & Humblot. Berlín: 1968. pp. 475-486.

¹¹³ Landa Arrollo, César. Óp. cit.

y de las aspiraciones de quienes gobiernan las instituciones estatales, quienes podrán optar por respetarla o pisotearlas. De esta manera los funcionarios públicos se convierten en amigos o falsos amigos de los mandatos constitucionales al vulnerarlos con alevosía y ventaja, porque se valen de los privilegios que ostentan el poder del cargo para quebrantarlos.

h. Función limitadora. Esto implica limitación y control del Estado y de los particulares, siguiendo la línea de armonización con otros valores constitucionales que guían el proceso penal como: las indagaciones legítimas, el control de plazos, las intervenciones corporales solo por necesidad, la inviolabilidad del domicilio, la tutela jurisdiccional efectiva, a poder sustentar la impugnación en segunda instancia, igualdad de armas, de recibir una respuesta coherente a lo impugnado, ente otros, que constituyen linderos consolidados. Lo que en resumen significa el respeto a la dignidad del procesado, agraviado y otros partícipes del proceso. Al que están obligados todos los operadores del derecho de los entes públicos que conforman el sistema judicial y administrativo.

En esta línea sostiene Howard que: "el constitucionalismo tiene una esencial cualidad: implica una limitación jurídica del gobierno¹¹⁴; es la antítesis del gobierno arbitrario¹¹⁵".

De esta manera se produce el control legitimado de las entidades públicos y privados¹¹⁶, dentro de un Estado social y democrático. En esta línea

¹¹⁴ VARELA SUANZES CARPEGNA, Joaquín. Constitucionalismo antiguo y moderno. 2017 <file:///D:/Descargas/Dialnet-ConstitucionalismoAntiguoYModerno-6766031.pdf>

¹¹⁵ HOWARD MCILWAIN, Charles. Constitucionalismo antiguo y moderno. Centro de Estudios Politicos y Constitucionales. Madrid. 1991, p.37.

¹¹⁶ Landa Arroyo. César. op., cit.

la doctrina dominante europea sostiene que el control de este principio es progresivo, en base a las normas fijadas en un Estado democrático, a su entender, quienes gozan de mayores facultades de decisión son los que deben observar y tutelarla lo que debe ser materia de más inspección a través de los respectivos controles internos y externos, esto como bien dice Howard, permite evitar su vulneración y conservar intangible la dignidad de la persona¹¹⁷.

i. Función libertaria. Esta función tutela la facultad de decisión del ciudadano y al mismo tiempo impone a los demás desde la dimensión objetiva el deber de respetarla y no vulnerar este derecho personal¹¹⁸. Esto demuestra que nadie puede hacer abuso de sus facultades, pues, las normas sancionan el ejercicio abusivo y desproporcionado del derecho. Esto implica ejercer nuestras potestades con razonabilidad, prudencia y consideración. Sin desprecio, ni osadías respecto a los derechos de los demás. Lo que, en buena cuenta, es ejercer nuestras acciones y funciones de manera responsable y justa. Haberle señala, esto permite que "... el ciudadano sea un sujeto político y no en un mero objeto político. Ello es debido a la dimensión social de la vida en comunidad que lleva a la dignidad humana a un *status activus procesualis*"¹¹⁹.

Consecuentemente una ley o una regla que contraviene este principio básico no es derecho, aunque sea formalmente válida. Es tarea de los operadores del derecho antes de aplicar la ley arbitraria, debe ponderarla y en

¹¹⁷ HOWARD MCILWAIN, Charles. Op., cit., p.37.

¹¹⁸ Comisión Europea para la Democracia por el Derecho. El principio del respeto a la dignidad humana, Colección Ciencia y técnica de la democracia. Council European Publishing, Alemania. No.26, 1999. p. 109.

¹¹⁹ HÄBERLE, Peter. Leistung,s,recllt im Recht.s*staat. En: VVDSTRL No.30, 1972. p. 82 y ss.

caso de ser incompatible con el marco constitucional debe desecharla e ignorarla de ser el caso. Pues las leyes que contravienen los principios constitucionales y derechos fundamentales, no pueden utilizarse de fachada para dar un servicio de justicia en apariencia. En una sociedad democrática no deben existir apariencias de legalidad, porque estas solo sirven para ocultar las injusticias y generar impunidad.

Por eso, todo hombre de derecho debe abominarlos, porque corre el riesgo que, en cualquier momento, pueden aplicársela, en estas situaciones, corre en peligro la **seguridad jurídica** frente a la arbitrariedad legal en donde predomina dos principios: “ordenes son órdenes” y “la ley es la ley”.

En un estado democrático la obediencia al mandato de la ley cesa cuando atenta contra los principios y derechos fundamentales y son nulas desde su vicio o su promulgación, como también deben serlo toda jurisprudencia vinculante doctrinaria. Pues ningún tribunal de justicia puede ser instrumento para atentar contra los principios y derechos fundamentales. Por eso, nunca debemos olvidar que la ciencia del derecho es siempre sólo la herramienta que el jurista consiente de su responsabilidad emplea para llegar a un fallo jurídicamente justo y acorde para el bien común con la finalidad de preservar una paz social. Por lo tanto, los principios constitucionales y los derechos fundamentales, deben estar siempre por encima de las normas escritas a fin de negarle validez a las órdenes injustas e inhumanas. Por esta razón debemos cuidarnos de aquellos jueces que dictan sentencias incompatibles con los mandatos fundamentales, esta es otra forma camuflada con que se pisotea la dignidad humana. Esto obliga a los operadores del derecho no solo en ayudar a

superar su situación, sino principalmente para evitar la revictimización
compromiso asumido por el estado peruano ante los organismos
internacionales.

Desde esta perspectiva, cuando la acción del Estado torna ineficaz el
principio de dignidad, la persona queda **liberada de las arbitrariedad,**
coacción o vulneración en su contra, se le brinda oportunidad de realización
personal y como dice Muller, se fortalece su participación y activismo en las
diferentes esferas sociales ¹²⁰. En consecuencia, de esta manera se asegura al
ciudadano su educación, independencia y civismo.

j. Función corporativa e integradora de la dignidad. Es una dimensión
inspiradora, tiene por objetivo promover y crear un conjunto de
circunstancias favorables de toda índole para que el ciudadano logre su
realización en la sociedad.

Desde este enfoque, dice Francisco Fernández Segado: "no existe ni
puede existir una convivencia con dignidad humana sin: libertad, **justicia,**
igualdad y pluralismo político; además estos valores serían indignos si no
redundasen a favor de la dignidad del ser humano¹²¹". Criterio compartido por
Maurice Hauriou, lo expreso en su Teoría del progreso social y lo asevero en la
Teoría de la Institución y de la constitución, en donde nutre su posición, da a
entender que estamos ante un principio constructor: porque cuando las
instituciones son coherente y responden a las necesidades sociales se
optimizan las circunstancias sociales se revaloriza la persona humana, porque

¹²⁰ MÜLLER, Friedrich Paul. Soziale Grundrechte in der Verfassung? Frankfurt: Verlag Helbing & Lichtenhahn, Basel, 1981. p.152.

¹²¹ FERNÁNDEZ SEGADO. Francisco. El sistema constitucional español. Dykinson, Madrid, 1992. p. 163.

mejora su aporte social, se vuelve solidario y por ende se produce el perfeccionamiento de su libertad social¹²². Como se aprecia desde esta dimensión, se estudia la iniciación y mejora del ciudadano como integrante importante en la sociedad.

La experiencia vivida de los trágicos y lamentables hechos de la segunda guerra mundial, obligo a las autoridades y doctrinarios a aceptar la dignidad como un valor fundamental ineludible, razón por el cual se le incorporo en el sistema de valores democráticos, visión humanista que adoptó la mayoría de los estados para el respeto del ciudadano universal. Esta reflexión origino de nuevo el resurgir del naturismo jurídico frente a una concepción positivista arbitraria y despótica de la autoridad y del Estado de Derecho. Fueron los funestos hechos de la guerra que impulsaron la ideación y evolución del pensamiento de la teoría institucional la que logró darle a la dignidad la categoría de principio constitucional y de un derecho fundamental¹²³. Esta idea humanista quedo sellado con la celebración de convenios universales y regionales, en los que se "ratifica la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana...".

De esta manera la dignidad fue ascendido como principios supranacionales, estandarizándose primero en la cultura occidental y en otras regiones como: en Asia con la declaración de Bangkok del 22 abril de 1993, la liga árabe con la declaración de El Cairo, en África en la declaración de Túnez, estableció con palabras más o menos, pero en lo sustancial se prescribió que:

¹²² HAURIOU, Maurice. Ciencias sociales tradicionales. Larose. París, 1896. p.43 y ss.

¹²³ HABERLE, 1980, p.815.

todos los hombres son libres con potestades iguales, por ende, tiene el deber vivir en armonía.

Esta ola humanista que reforzó la posesión de la Iglesia y su doctrina social, ya que la dignidad de la persona humana exige crear condiciones apropiadas para la realización de la persona en la sociedad sin discriminación ni diferencias.

Sin embargo, pese al tiempo transcurrido aún persiste el mismo escenario de reflexión jurídico, política y religiosa, lo que nos demuestra una crisis del pensamiento constitucional en un estado de derecho positivista cuestionado en su rol y su finalidad. Estableciéndose el peligro de los poderes facticos en un Estado de Derecho social que no respeta un mínimo los mandatos constitucionales y los valores democráticos, ya que los avasalla con su despiadada economía predominante; convirtiéndose en un Estado salvaje, totalitario y abominable, que utiliza falsamente el reduccionismo ético en la teoría positivista.

Esto se da en las dos corrientes clásicas que pugnan por el poder la derecha y la izquierda, ambas ideologías una vez que ascienden al gobierno sus dirigentes pretenden entornillarse para seguir gozando los privilegios y las ventajas del Estado sin respetar los derechos de la población. Solo los estados democráticos civilizados que buscan el bien común y la justicia social se escapan de la condena de pisotear la dignidad en sus actos de gobierno. Así nos han demostrado de manera ejemplar los países nórdicos como Irlanda, Bélgica, Dinamarca, Suiza. En donde prima una economía planificada en pro del

respeto de la dignidad del ciudadano, en los que la arbitrariedad y la corrupción están mejor controlados.

Empero, en otros entornos sociales, que es la mayoría, encontramos un alto índice de arbitrariedad. Un gran porcentaje de ciudadanos comparten la idea negativa de que sus autoridades que ostentan el poder se comportan de manera arbitraria y anteponen sus propios intereses a los de los ciudadanos, lo cual genera una red corrupta incentivada por la impunidad, pero al mismo tiempo produce falta de credibilidad a las instituciones públicas, por la falta de eficacia al no cumplir los objetivos por el que fueron creados. Al respecto Rothstein y Uslaner, sostienen que en aquellos sistemas políticos en las que las instituciones y sus políticas son ineficientes (las autoridades con su arbitrariedad persiguen el beneficio de los grupos sociales particulares) estos traen como consecuencia el pobre desarrollo del sentido de solidaridad social, cuando esto ocurre se implementa la práctica social depredadora del “sálvese quien pueda”¹²⁴. Esto impide la incorporación digna del ciudadano en la sociedad.

2.8. El Ministerio Público

2.8.1. Concepto

Según Alonso Romero, originariamente era un ente público ligado a los intereses del soberano en tres roles del gobierno. Económico, la administración de justicia y protección de la realeza¹²⁵. Para Serra Domínguez, es un ente

¹²⁴ ROTHSTEIN, By Bo. y USLANER, Eric. “Todos para todos: igualdad, corrupción y confianza social”. *Política Mundial*, 58. 2005 (1) p. 41-72.

¹²⁵ ALONSSO ROMERO, María Paz. *El proceso penal en castilla* Ediciones de la Universidad de Salamanca. Salamanca 1982, p. 84 En: <https://bit.ly/3rqIp7h>

público designado para proteger el Interés Público y la legalidad ante los órganos jurisdiccionales actuando como parte en los juicios... velando por la recta administración de justicia en concordancia con la ley¹²⁶.

Para Ludwin Villalta, Se trata de una institución política más que jurídica, pues a cada tipo de gobierno le pertenece un cierto tipo de persecutor Publico¹²⁷.

Jiménez Asenjo, sostiene que la evolución del persecutor penal es fruto de la dialéctica y de la fusión de dos ideas, la primera consiste en la defensa de los intereses del gobernante y la segunda más moderna y garantista consiste en el respeto del principio acusatorio compatible con el respeto a la dignidad de los justiciables¹²⁸

Diez Picazo, añade que: “El Ministerio fiscal tiene una función constitucional mucho más amplia que de ser un órgano de acusación del Estado en el proceso penal y todas sus actuaciones, incluidas las acusatorias, deben estar presididas por los (...) criterios objetivos de legalidad e interés público”¹²⁹.

En resumen. es un instrumento de extraordinaria utilidad para mantener la unidad del territorio y orden político del Estado. Flores Prada, la considera como un aparato cohesionado y monopolizador de la fuerza del Estado,

¹²⁶ SERRA DOMINGUEZ. Manuel. El Ministerio Fiscal. En nueva Enciclopedia jurídica Seis. Barcelona, 1978, p. 621.

¹²⁷ VILLALTA. Ludwin. El Ministerio Publico en Guatemala. En: <https://bit.ly/3mVKiHw>

¹²⁸ JIMENEZ ASENJO. “Organización judicial española”. En: <file:///D:/Descargas/16343-Texto%20del%20art%C3%ADculo-32569-1-10-20141010.pdf>

¹²⁹ DIEZ PICAZO “Régimen constitucional del Poder Judicial” Civitas, Madrid 1991, p. 158.

obligado a cumplir la legitimidad y respetando la normatividad como manifestación de la autoridad¹³⁰.

Por otro lado, en un sentido moderno y social Dromi, sostiene que es un ente público instituido y orientado para la defensa de los intereses de la comunidad¹³¹.

Para Mosquera Moreno, es el persecutor oficial, encargado de defender a la sociedad y ejerce el monopolio de la acción penal. Tiene como deber velar por la pretensión punitiva y resarcitoria, sin ningún interés particular, solo busca se cumpla con la voluntad de la ley¹³².

Roxin, señala que es una entidad especializada en tutelar los intereses de las víctimas y tiene el deber de velar por la dignidad del investigado¹³³.

En nuestro contexto San Martín Castro, considera que es un órgano autónomo de derecho constitucional, independiente y en el juicio es parte requirente por antonomasia, le corresponde aclarar el hecho delictivo, en la persecución penal¹³⁴. En esta línea para Peña Cabrera Freyre, es un ente oficial vinculado en su acción persecutoria a la norma constitucional y al mandato de legalidad¹³⁵.

¹³⁰ FLORES PRADA, Ignacio. "El Ministerio Fiscal en España". Editorial Tirant lo Blanch. 1999, p. 86.

¹³¹ DROMI, Roberto. Los Jueces, Ediciones Ciudad, Argentina, Buenos Aires, Argentina. 1992, p. 123

¹³² MOSQUERA MORENO, Luis A. Práctica del proceso penal acusatorio. Sánchez. Medellín, 2006, p.50

¹³³ ROXIN, Claus, Derecho Procesal Penal. Editores del Puerto SRL. Buenos Aires, 2000, p.131

¹³⁴ SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho procesal penal lecciones. INPECCP. Lima, 2015, p.202

¹³⁵ Peña Cabrera Freyre, Alonso R. Derecho Procesal Penal. T. I Ed. Rodha, 2° ed., Lima 2014.

En consecuencia, se considera al Ministerio Público como la institución encargada de la persecución penal, de velar por la protección de los bienes jurídicos protegidos por la norma y por los mandatos constitucionales.

2.8.2. El fiscal y su evolución

Aparece en el antiguo Egipto, hace cuatro mil años en los papiros Abobot y Amhurts, originariamente se le concibió como aquella autoridad que sancionaba a los revoltosos, violentos y tutelaba los derechos de las personas. Tenía el rol de acusador para cuyo efecto indicaba la ley violada y aplicable al caso e intervenía en la instrucción destinada a averiguarla verdad¹³⁶.

Sostiene Casavola, en el siglo VI aparece con la denominación tesmoteti o tesmodetas tenía como rol velar por el cumplimiento de las leyes¹³⁷. Sostiene Marchena Gómez, que también cumplían la labor de acusadores subsidiarios cuando el agraviado no lo hacía¹³⁸.

En Atenas, se caracterizó por impedir la impunidad de las conductas delictuosas. Por esta razón, formulaba la denuncia cuando el agraviado no podía o no quería efectuarlo. En atención a esta facultad tenía la obligación de entregar al malhechor a los jueces¹³⁹.

En Roma, se permitía la acusación directa por el agraviado, dice Montesquieu, que este procedimiento era el verdadero espíritu de la República

¹³⁶ JANNACCONE. II Pubblico Ministero en el sistema costituzionale. En II Pubblico Ministero del ordinamento italiano, año XVII, números 2-7 luglio settembre 1977, p. 267.

¹³⁷ CASAVOLA. Perfil histórico y comparado del Ministerio Público. En II Ministerio Público en el ordinamento jurídico italiano V Congreso Nacional Isola de Capo Rizzuto, actas publicadas en Revista de los Magistrados, italiano año XVII número 7 1977, p. 351.

¹³⁸ MARCHENA GOMEZ, Manuel. El Ministerio Fiscal. Marcial Pons. Madrid 1992, p. 22.

¹³⁹ Idem.

en la que se exigía diligencia por el bien público, en donde la persona priorizaba y gozaba de las facultades cívicas para con la patria¹⁴⁰. En esta época el Estado solo estaba obligado a cuidar la manera correcta de juzgar, toda vez que el rol de acusar lo tenía los ciudadanos quienes podían abrir el juicio

En el tercer estadio de la evolución de Roma la burocracia emergente creó el primigenio persecutor penal encargándole la tutela del interés público y en especial los intereses de Roma. Al derrumbarse el Imperio Romano y ante las críticas que recibía del primigenio persecutor, se creó una institución parecida al persecutor público¹⁴¹, a quien se le encargó denunciar a los bandidos, la acción penal y requerir la indemnización por los daños causados en la comisión del delito a los desvalidos¹⁴². Según Ruiz Gutiérrez, el fiscal: “es el funcionario encargado habitual y primordial de llevar a cabo la acusación ante los tribunales”¹⁴³.

Es así como la figura del fiscal llegó a España, y fue Alfonso X el sabio, quien implanto la política del **“rey como protector de la comunidad”** cuidando se cumpla las leyes que el promulgaba. Por esta razón, se le añadió a la defensa de los intereses de hacienda, la persecución penal. También, la figura del persecutor penal empieza a redefinirse como una institución responsable de cuidar la correcta administración de justicia del monarca en el ámbito civil y penal.

¹⁴⁰ MONTESQUIEU. Del Espíritu de las leyes. Tecnos, Madrid, 1993, p. 59.

¹⁴¹ FLORES PRADA. Op, cit. p. 46.

¹⁴² MARCHENA GOMEZ. Op, cit. p. 22.

¹⁴³ RUIZ GUTIERREZ, Urbano. Algunas ideas sobre el origen del Ministerio Público en España. Revista de derecho procesal. N° 03, 1952, p. 407.

De esta manera se llega a la raíz de las funciones del fiscal y desde hacen más de dos mil años se le concibió como el tutor de la sociedad y del interés público. Hoy tiene el rol de “fiscalizar” el correcto enjuiciamiento criminal y velar por el fiel acatamiento de la legalidad con razonabilidad y proporcionalidad. Según Pásara, en la actualidad es una de las partes del juicio que tiene tres funciones trascendentales: i) es el encargado de investigar, ii) formaliza la denuncia ante el juez, iii) tiene facultades discrecionales para ver que casos lleva a juicio¹⁴⁴.

2.8.3. El Ministerio Público en el estado de derecho.

Según Bobbio, “es un gobierno sub lege o gobierno sometido a las leyes”, en otras palabras, es una sociedad sometida a leyes abstractas¹⁴⁵. Al respecto Ferrajoli lo asocia a un estado de formalidad en la que solo se requiere una ley prescrita, los derechos de las partes, los encargados de impartirlos, sus facultades, deberes, y los criterios de decisión¹⁴⁶.

Tomas y Valiente, sostiene que: “Es un Estado regido por leyes y cuya actuación se sujeta a la misma¹⁴⁷” García Morillo, afirma que: “El estado de derecho que surge de la revolución francesa no es solo un Estado de derecho en el que el poder actúa a través de la ley, sino un Estado Democrático de derecho en cuanto la ley es el resultado de la voluntad popular¹⁴⁸”.

¹⁴⁴ PÁSARA, Luis. Una Reforma Imposible, La Justicia Latinoamericana en el Banquillo. En: <https://bit.ly/3tzKCzJ>

¹⁴⁵ BOBBIO citado por PEREZ LUÑO en “derechos humanos, estado de derecho y constitución” Tecnos Madrid 1995, p. 203

¹⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Trotta, Madrid, 1995, p. 685.

¹⁴⁷ TOMAS Y VALIENTE. Manuel de Historia Del Derecho Español. Tecnos, Madrid 1995, p. 421.

¹⁴⁸ GARCIA MORILLO. La democracia en España. Alianza editorial. Madrid 1996, p. 33.

Díaz Elías, considera que el Estado de Derecho presenta las siguientes características: 1) Predominio de la norma, 2) Repartición de roles de los poderes, 3) solo se cumple la voluntad de la ley y 4) Derechos y principios seden a lo jurídico formal¹⁴⁹.

2.8.4. El Ministerio Publico en el estado social

Es una evolución del Estado de derecho, apareció después de la segunda guerra mundial, en cuya labor diseñó los límites y principios para evitar la arbitrariedad. Dice Flores Prada: es una construcción social que establece pautas y fronteras de acción de la función pública, en donde predomina la vigencia de los mandatos constitucionales a cada instante histórico¹⁵⁰. Encarna, el control de la discrecionalidad de los funcionarios públicos y de los particulares en la vida social. Como dice Bernal Cuellar y Montealegre, es la evolución del estado conservador. En donde hay un control efectivo, al gobierno, al mercado, a la sociedad civil, en donde todo tiene que armonizar con los fines de la constitución y a “la existencia de mecanismos que lo aseguran”¹⁵¹.

En consecuencia, en este modelo de estado, no prevalece la ley, se prioriza el ordenamiento constitucional. Supera la aplicación ciega de la ley, ya no prima “la ley es la ley”, ni “órdenes son órdenes”, sino que predomina la razonabilidad, la coherencia y ponderación en la aplicación de la ley.

¹⁴⁹ DIAZ ELIAS. Estado de derecho y sociedad democrática. 8 edición Taurus, Madrid 1992, p. 17

¹⁵⁰ FLORES PRADA. Óp., cit. p. 104.

¹⁵¹ BERNAL CUELLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. El Proceso Penal. 5ta Edic. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2004, p. 25.

Ante este nuevo escenario la misión, el persecutor penal, sólo encontrará legitimidad si actúe respetando las garantías que guían el juicio. Por ejemplo, en el caso peruano debe actuar con coherencia al numeral 2 del art. IV. del T. P. del CPP, prescribe: “El MP está obligado a actuar con objetividad, indagando los hechos constitutivos de delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado”. y con lo previsto en el art. 61º inc. 1) del mismo cuerpo legal en el sentido que “El Fiscal actúa en el proceso penal con independencia de criterio. Adecua sus actos a un criterio objetivo, rigiéndose únicamente por la Constitución y la Ley, sin perjuicio de las directivas o instrucciones de carácter general que emita la fiscalía.”,

2.8.5. El Ministerio Público y su evolución en Perú.

Desde los albores de la república como institución pública no aparece en ninguno de los artículos de la Constitución de 1823. Tampoco en la suprema norma de 1826, en donde aisladamente se reguló la presencia de los fiscales Suprema. Lo mismo ocurrió con la Carta Magna de 1828 en donde solo se indicó la composición de la CS integrada por siete jueces y un fiscal; en tanto que las salas revisoras debían tener un persecutor penal. También, se consideró a los Agentes Fiscales, quienes deberían hacer sus labores con el juzgador.

En las Constituciones de 1834 y 1839 se repitió el mismo diseño y se establecieron los mismos requisitos para acceder a dichos cargos públicos.

En la Convención Nacional del año 1855 se probó el primigenio reglamento sobre formación del MP, la que según Jorge Basadre: “parte de la supervigilancia del Poder Judicial y, en especial (se refería al Fiscal de la Nación) sobre los Fiscales de las Cortes y Agentes Fiscales, le correspondía

dictaminar en los asuntos y casos que le competían según la Ley de ministros; cuidar que todo funcionario público cumpliera la Constitución y las leyes; dar parte al Congreso sobre las infracciones de cualquier funcionario de la República, inspeccionar las oficinas del Estado y todo establecimiento público o corporación legal sin excepción alguna, dando parte de los abusos y de las transgresiones de las normas legales y reglamentarias; cautelar que las elecciones populares se verificaran con plena libertad y en los tiempos designados”¹⁵². También durante un largo periodo, esta institución fue defensora de los intereses del Estado en los juicios.

Durante los periodos de gobierno del Mariscal Ramón Castilla hasta el presidente Augusto B. Leguía, con la promulgación de las Cartas Magnas de 1856, 1860 y 1869 respectivamente, se precisó con más claridad los niveles de los fiscales. Sin embargo, no se establecieron sus competencias.

Expresamente, recién aparece en la carta magna de 1979, en donde se le definió como un ente autónomo, independiente, estructurado y jerarquizado. Añadiéndole el rol de velar por la correcta administración de justicia y lo demás que establezca la ley ¹⁵³.

Posteriormente se promulgo la LOMP a través el DL. 052 del 16/03/81, en vigor hasta la fecha con algunas modificaciones propias del contexto socio político y económico.

¹⁵² El Ministerio Publico. En: <https://bit.ly/31nPsV5>

¹⁵³ ANGULO ARANA, Pedro Miguel. La Función Fiscal estudio comparado y aplicación al caso peruano. Jurista Editores. Lima, 2007, p. 465.

El 27 de mayo del 2016 se promulgo la ley de la carrera fiscal N° 30483 en la que se regula los requisitos especiales a la carrera fiscal para su nombramiento y designación, se precisan sus deberes, derechos, prohibiciones, impedimentos e incompatibilidades. Así como se establece el régimen de disciplinario de faltas y sanciones, con su respectivo procedimiento y sus órganos competentes. También regula la evaluación parcial integral de los fiscales precisando los criterios y objetivos, e indica los órganos competentes.

El MP peruano, tiene rezagos del MP del imperio napoleónico diseñado por Tocqueville, se caracteriza por recibir injerencias políticas, por el monopolio de jus puniendi y por ser jerarquizada. En la actualidad se pretende respetar su independiente y objetiva, sin embargo, no cesan las presiones políticas, de los poderes constituidos y facticos. Se encuentra regulada por el Art 158 y 159 de nuestra carta política, también por lo prescrito en el CPP y por la ley de la carrera fiscal N° 30483.

2.8.6. El interés público y el Ministerio Publico

a). El interés público.

Según Rivero y Rodríguez, es un principio social que debe presidir el quehacer administrativo del Estado, tiene supremacía *intereses particulares, tarea que deben priorizar los entes administrativo que lo conforman*¹⁵⁴.

Por otro lado, el maestro francés Jacques Chevallier establece: Es obligación del Estado hacer factible el “interés general”, sin conspiración, es el

¹⁵⁴ RIVERO YSERN, Enrique y RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Con miras al interés general. Ed. Bubok Publishing. SL España. 2014. p.11-12.

mandato superior inclusivo y armonizador de la colectividad, su exclusión de la acción administración pública origina caos, sin su mediación, está condenada al desorden y su descomposición¹⁵⁵.

Para López Peña, el interés público es una idea imprecisa, que requiere de una pronta revisión crítica para que la justicia salga gananciosa, “en aras de servir éste, tanto de fundamento objetivo de actuación, como técnica de control de las actuaciones no solo de la administración sino de los jueces”¹⁵⁶. Esto se debe a que el Estado- administrador no es una estructura organizada que enfrenta los grupos de poder con los indefensos, al contrario, el gobierno debe estar al servicio de todos para proveer el mayor bien, por eso es que este principio no debe servir al interés particular. Este rol justifica la existencia y labor del Estado. En consecuencia, se vuelve despótico y tirano el Estado si afecta el interés público.

Reflexionando más a profundidad el tema se considera que la prohibición de la arbitrariedad no nos va a liberar de los arrebatos e intromisiones de los intereses particulares en las políticas del Estado, esto se supera con una educación de valores crítica, que genere toma de conciencia de la necesidad de preservar los valores superiores en post de conservar el interés general. Así lo ha demostrado Eduardo Galeano en su libro *las Venas Abiertas de América Latina*, en donde revela la relación dominante de los intereses particulares con el Estado principalmente en los de América Latina. Da a conocer que, con la globalización de capitalismo mundial, las grandes

¹⁵⁵ CHEVALLIER, Jacques. El Estado Postmoderno. Ed. Universidad Externado. Bogotá- Colombia. 2011. p. 36-37.

¹⁵⁶. LÓPEZ PEÑA, Edmer Leandro. El Interés Público como concepto jurídico. Tesis de doctorado UDC / 2016. En: <https://core.ac.uk/download/pdf/83115187.pdf>

corporaciones trasnacionales captan a nuestra clase dirigente los convierte en consultores les sacan toda la información privilegiada, después los ayudan a ser funcionarios (mediante el apoyo a los partidos políticos) y una vez en el poder consiguen los contratos leyes, licitaciones, concesiones en las mejores condiciones de privilegio que les brinda el poder. Ambos se privilegian la empresa y el funcionario corrompido. Pero también ambos se olvidan del bien común o del interés público o del bien social¹⁵⁷. En consecuencia, priman los intereses particulares y es traicionado el interés público.

En esta línea Joly Maurice en la obra “*El dialogo en el Infierno. Entre Maquiavelo y Montesquieu*” da a conocer un acontecimiento que hasta hoy es realidad principalmente en los países en vía de desarrollo. Cuando Montesquieu atentamente escucha las hazañas que le narra Maquiavelo de su suerte y habilidades de como destruye a sus enemigos, manipulando los grupos políticos, al poder legislativo, a las fuerzas armadas, los medios de comunicación que con sus cien voces uniformemente pregonan su supuesta éxito y progreso, de la justicia instrumentada que le sirve para legitimar su furia y la habilidad de encontrar magistrados listos a sacrificar su conciencia a los propósitos del gobernante. A quienes recompensa con los ascensos calculados conforme a los tonos del dictamen y al nivel de lealtad a su gobierno, para el logro de sus propósitos particulares, no del todo nobles. A lo que *Montesquieu* lo sentencia diciéndole: “*vas a arrepentirte largamente, por demoler la voluntad de las normas, suplica al creador que nunca recuerden tus malas acciones; pues llegara el momento en que mediante una sentencia te*

¹⁵⁷ GALEANDO, Eduardo. Las Venas Abiertas de América Latina. Ed. Siglo XXI. México. 2003, p.174.

recuerden tus atrocidades de lo que te arrepentirás, es la consecuencia de tu maldad¹⁵⁸. Esto no, es más, que la advertencia de las consecuencias a quienes quebranten el interés público en tiempos de justicia efectiva.

La desconfiguración del límite del interés público y lo privado, ha originado que delitos como conflictos de intereses, tráfico de influencias, presiones indebidas o negociaciones incompatibles, sean las conductas lesivas más habituales que vulneran el interés público, lo que revela los innumerables casos de corrupción que se han dado a conocer en los últimos años¹⁵⁹.

*Por todo lo indicado, el interés público es **el principio supervisor y rector** del ejercicio de las potestades administrativas, porque permite su vigilancia. Asimismo, es útil a los entes de vigilancia y control (Junta Nacional de Justicia, procuraduría, contraloría. Órganos de control interno...) inicien indagaciones para el esclarecimiento de las denuncias contra el mal accionar de los funcionarios que afecten el interés público a través de su accionar funcional. Este principio en los países desarrollados se ha convertido en la llave maestra para lograr el bienestar social, la paz social y el progreso. El ignorarlo solo causa la degradación del Estado, violencia y corrupción.*

b) El interés público en el Ministerio Público.

A nivel institucional el interés Público, simboliza la misión que da legitimación al MP, le faculta actuar como órgano del Estado y le permite la

¹⁵⁸ JOLY, Maurice., et al. Diálogo en el infierno. Entre Maquiavelo y Montesquieu. Ed. El Aleph. Barcelona, p. 193. También en: <https://bit.ly/3HPZez9>

¹⁵⁹ FIGUEROA MARDONES, Michel Abel. La corrupción y sus significados. Un análisis evolutivo de las políticas de integridad en Chile. Tesis 2019, p. 10. En: <https://bit.ly/3mWJWjN>

intervención en diferentes ámbitos del acontecer social y administrativo en donde esté en peligro los bienes jurídicos tutelados por la norma penal.

Serrano Alberca, citado por Granados¹⁶⁰ explica que, desde Platón, el interés público se identifica con la justicia, el bien común, el orden. etc. Para Cernelutti el Interés Público, era “Una situación favorable a la satisfacción de una necesidad o mejor, como posibilidad de la satisfacción de una necesidad mediante un bien”¹⁶¹.

El Doctor César San Martín, señala que en la jurisprudencia alemana el interés público aparece en el momento que se perturba el orden jurídico y se causa perjuicio. También cuando no se cumple con el objetivo del proceso penal¹⁶².

Olivas Santos sostiene que en el ámbito penal¹⁶³ el Ministerio Público, personifica e instrumenta el interés público¹⁶⁴ y consiste en “no dejar sin respuesta penal jurídica sancionadora la comisión de un crimen”¹⁶⁵.

De lo indicado se tiene que los favorecidos directos del interés común son los ciudadanos y en conjunto la sociedad. Para que esto se cumpla y concretice el MP como garante de este derecho social debe respetar y mantenerse vigilante a que los poderes del Estado respeten la constitución. En la misma línea Escola explica: “El interés Público, es el resultado de un

¹⁶⁰ GRANADOS. Francisco. El Ministerio Fiscal. Ed. Tecnos, Madrid, España, p. 161-162

¹⁶¹ CARNELITTI. Principios. Ob., cit., p.41.

¹⁶² SAN MARTIN CASTRO, César. Ob., cit. p. 232.

¹⁶³ OLIVA SANTOS, Andrés. Hecho Punible, acción penal y objeto del proceso; artículo en Derecho Procesal Penal; Ed. Centro de Estudios Ramón Areces S. A.; Madrid, España 1994, p. 169.

¹⁶⁴ Idem.

¹⁶⁵ OLIVA SANTOS, Andrés. Proceso Penal. Función específica, Principios y especiales características; artículos en Derecho Procesal Penal; Ed. Centro de Estudios Ramón Areces S. A.; Ob. Cit., p. 13.

conjunto de intereses individuales compartidos y coincidentes de un grupo mayoritario de individuos que se asigna a toda la comunidad como consecuencia de esa mayoría”¹⁶⁶

En este contexto señala Flores Prada, que la intervención fiscal se vuelve más necesario, indispensable y legítimo, porque el interés público a alcanzado un enorme protagonismo¹⁶⁷.

El TC siguiendo a su similar español sostiene: “El interés público tiene que ver con aquello que beneficia a todos; por ende, **es sinónimo y equivalente al interés general de la comunidad**. Su satisfacción constituye uno de los fines del Estado y justifica la existencia de la organización administrativa”¹⁶⁸.

Reflexionando se puede decir que se trata de un valor público de interés social trascendente, el cual no colisiona con el interés privado, ambos pueden coexistir y lo único que los diferencia es que el segundo es de libre disposición y el primero no.

En atención a lo indicado queda claro que ambos intereses pueden convivir en la sociedad cumpliendo cada uno sus particulares roles, ya que ambos se complementan para brindar bienestar y desarrollo, obteniendo ambos beneficios compartidos. Lo ideal es que, en la realidad, no se opongan, tampoco se avasallen, sino que, axiológicamente, buscan un progreso recíproco y sostenido. El problema surge cuando uno quiere imponerse al otro.

¹⁶⁶ ESCOLA, Héctor. J. El Interés Público, Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1989 p. 250.

¹⁶⁷ FLORES PRADA. El Ministerio Público. Óp., cit. p. 95.

¹⁶⁸ Fundamento 11 de la sentencia N.º 0090-2004-AA/TC.

En realidad, estamos ante un tema muy complejo de hechos y relaciones derivadas de la coexistencia y convivencia de los ciudadanos en sociedad; que se logra con lealtad, prudencia y responsabilidad social, sin ignorar los intereses de la comunidad y su bienestar.

Para Huberts, el respeto del interés público, requiere de funcionarios íntegros, con cualidades que los lleve a actuar de acuerdo a los principios, normas y valores relevantes¹⁶⁹. En el mismo sentido la OCDE “Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico”, sostiene que para lograr la Integridad Pública se debe cultivar de manera primordial y de manera perseverante la honradez, honestidad, probidad, la decencia... Solo de esta manera se priorizara el interés público sobre cualquier otro¹⁷⁰.

Abona a esta tesis, lo indicado por Juan Igartua Salaverria, citando a Eduardo García de Enterría, al precisar que “la Administración, está obligada a justificar las razones que imponen la decisión en el sentido del interés público de una manera concreta y específica y no con una mera afirmación o invocación abstracta¹⁷¹”.

En esta línea se puede decir que se trata de una ficción jurídica de ordenación gubernamental. Nace de una propuesta ético-política que guía las decisiones de los operadores del derecho y simultáneamente imprime los objetivos que persigue el Estado. Es decir, interés Público es un valor superior

¹⁶⁹ HUBERTS, Leo. The Integrity of Governance. London: PalgraveMcMillan, 2014.

¹⁷⁰ OCDE. Trust IN Government. Directorate for Public Governance and territorial. En: <https://bit.ly/3HB1Xwc>

¹⁷¹ IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. “Principio de legalidad, conceptos indeterminados y discrecionalidad administrativa”, en Revista española de Derecho Administrativo. N.º 092 Madrid, Civitas, 1996.

que el gobierno monopoliza, para satisfacer necesidades sociales y optimizar los derechos fundamentales.

2.8.7. Principios que gobiernan la actuación fiscal en el Ministerio Público

Los principales principios que impone el CPP y hoy gobiernan la actuación del persecutor penal en Perú son:

a. El principio de Jerarquía. Se encuentra previsto en el art. 5. de la L.O.M.P.

según el cual el MP, es una institución organizada en niveles y para efectos de sus actividades funciones los fiscales deben tener en cuenta las directivas, circulares o disposiciones que expida la Fiscal de la nación y superiores. Estas órdenes para ser legítimas deben estar en armonía con los valores de la Constitución, son muy útiles para dar de congruencia el ejercicio de la acción fiscal, tal como lo manda el art. 159. de la carta magna. Esto justifica la coordinación y colaboración recíproca que debe haber en los distintos niveles, lo que contribuye al establecimiento de políticas públicas generales, al orden institucional, al control interno, a identificar los roles, derechos deberes obligaciones y garantizar la eficacia institucional.

En esta línea el mandato jerárquico es uno que implica relaciones de subordinación e inversamente supremacía, de orden institucional, por lo tanto, no puede quitar la autonomía del persecutor de nivel inferior. En consecuencia, la regla de Jerarquía, no sirve para el fiscal inferior haga las veces de “mesa de partes” del superior.¹⁷².

¹⁷² Ver fundamento 18 de la sentencia 6204-2006-PHC/TC.

Según Sánchez Velarde, el principio de jerarquía en el MP, tiene dos finalidades: 1) El control efectivo que debe ejercer el superior respecto a los fiscales inferiores que están a su cargo. 2) La obligación de los fiscales inferiores de acatar las disposiciones que emita el superior. Ambas persiguen una acción coordinada y eficaz de todos los fiscales¹⁷³.

De lo indicado podemos concluir que el poder jerárquico se ejerce a través de: i) Las instrucciones generales de carácter funcional como: circulares, ordenes¹⁷⁴, reglamentos internos, memorándum; ii) El ejercicio de las facultades disciplinarias; iii) Delegación de investigaciones; iv) facultad de control; v) Potestad de conocer en vía de queja o apelación; vi) facultad de resolver inhibiciones, exclusiones y vii) A través de las delegaciones de funciones propias.

En esta línea la CS en reiterada jurisprudencia ha indicado que por sí solo esta regla a veces resulta insuficiente cuando no se pondera derechos y/o garantías fundamentales en conflicto. Por esta razón, se pueda anular una decisión fiscal, para salvaguardar uno o varios derechos por ejemplo de la actividad probatoria que afecte al agraviado o cuando se cometa evidentes incongruencias o vicios de contenido que merecen un nuevo pronunciamiento fiscal¹⁷⁵. En consecuencia, ante estos casos especiales más allá de la posición jerárquica del MP el Órgano jurisdiccional superior queda habilitado para efectuar el análisis del auto o sentencia recurrida por el agraviado o actor

¹⁷³ SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. Manual de derecho procesal penal. Idemsa. Lima, 2004, p. 137.

¹⁷⁴ TIEDEMAN, Klaus. El derecho Procesal Penal. Editorial Ariel S.A., Barcelona, España 1989, p. 179.

¹⁷⁵ Queja N.º 1678-2006, del 13 de abril de 2007.

civil¹⁷⁶. Esto se debe a que ambos principios, no son absolutos y cuando colisionen con las garantías fundamentales quedan relativizados.

b.- Principio de indivisibilidad. Este principio exige unidad de actuación¹⁷⁷, es decir, los fiscales no actúan en nombre propio sino en nombre de la institución, por eso que a cada fiscal se le exige que sea eco de un criterio de cuerpo institucional, y este eco a su vez debe ir en armonía con el mandato constitucional, observando la misión y visión de la institución.

En caso de discrepancias de criterios, puede llamarse a una junta de fiscales; en ella se busca unificar criterios para una correcta actuación, los mismos que también deben estar en armonía con los mandatos constitucionales y de no hacerlo el fiscal responsable de un caso puede con su autonomía de criterio, tomar otra decisión para cuyo efecto debe fundamentarlo motivadamente, lo que deberá sustentar ante el juez para su aprobación o desaprobación.

En la actualidad el sentido de este principio es actuar con apego a la ley, responsablemente y de manera independiente. Para Pedro Angulo Arana el principio de indivisibilidad se va debilitando y solo subsiste en cuanto sirve para la coherencia del proceso; pero, no para eliminar el criterio personal del fiscal o someterlo al criterio del superior¹⁷⁸.

c.- Principio de Autonomía. Según Neyra Flores, “Es el eje central para decidir la dirección de la investigación... en la que no es un mero auxiliar

¹⁷⁶ Fundamento vigesimotercero de la casación 1089-2017 Amazonas.

¹⁷⁷ PAZ, José María; El Ministerio Fiscal en España, artículo en el Ministerio Público para una nueva justicia criminal, varios autores, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 1994, p. 26.

¹⁷⁸ ANGULO ARANA, Pedro. La función del fiscal. Juristas Editores, Lima 2007, p. 195.

jurisdiccional como estaba concebido el MP en el código de 1940”¹⁷⁹. Esta potestad esta prescrita en el art. 158 de nuestra carta magna, le da calidad de parte en el juicio, con el objeto de velar por la constitucionalidad y legalidad dentro del proceso. En consecuencia, es un mandato constitucional. Para Arsenio Ore Guardia, este principio implica actuar con independencia sin atender los intereses o criterios ajenos a sus deberes funcionales, es la facultad de desarrollarse conforme a su normatividad y su organización¹⁸⁰. Según Maier, la autonomía debe ser ejercitada respetando los términos de la legislación general y especial del proceso penal¹⁸¹. Desde la perspectiva formal la tendencia es que el MP se mantenga desvinculada de los poderes oficiales. Sin embargo, en la realidad esta institución desde su creación viene sufriendo interferencias por parte del poder ejecutivo de turno. Primero con los famosos tarjetazos, después con Blanca Nélida Colan, posteriormente con los cuellos blancos encabezados por el Ex fiscal Pedro Chavarry a la cabeza. Sin embargo, la actual fiscal de la nación Dra. Zoraida Avalos Rivera ha marcado la diferencia de sus antecesores, al punto que reservo la investigación al ex presidente Martin Vizcarra, no lo archivo como lo hacían sus precedentes, de lo que se infiere un cambio de voluntad en la persecución del delito contra los funcionarios públicos.

¹⁷⁹ NEYRA FLORES. José Antonio. Manual del Nuevo Código Procesal Penal y Litigación Oral. Idemsa. Lima, 2010, p. 234-235.

¹⁸⁰ ORE GUARDIA, Arsenio. Manual de Derecho Procesal Penal. Editorial Reforma, Lima 2011, p.302

¹⁸¹ MAIER. Revista latinoamericana de política Criminal, pena y Estado, 2(1997/2, p. 174-175.

En la misma línea el TC peruano, precisa que el principio de autonomía, se le concibe de dos aspectos: a) Por su independencia frente a otras instituciones y b) Por la autonomía funcional de sus integrantes¹⁸².

Este principio tiene como límites la constitución y las leyes que regulan su accionar funcional y su discrecionalidad.

El centinela de nuestra legalidad ha indicado que: “... el principio de autonomía de la voluntad no debe ser entendido de manera absoluta, sino dentro de los valores y principios constitucionales antes señalados”¹⁸³. Y puede ser controlado por el A quo de garantías, “lo que no significa una invasión de roles”¹⁸⁴. Por ejemplo, si el fiscal ha omitido recabar elementos probatorios fundamentales, el juez puede expresar su desacuerdo al resolver la solicitud de sobreseimiento y remitir la carpeta al Fiscal Superior para que revise el requerimiento del fiscal provincial, con esto está promoviendo una investigación suplementaria, que lo puede acoger el fiscal superior si comparte los criterios del juzgador.

d.- El principio de legalidad. Según Fernández Vanegas, Este principio cumple un rol importante en el juicio criminal y en las relaciones sociales, porque contribuye a la seguridad jurídica de todas las personas, la libertad y la autodeterminación en una sociedad democrática. Permite conocer las

¹⁸² Fundamento 13 de la sentencia N° EXP. N. 0 6204-2006-PHC/TC.

¹⁸³ Fundamento 17 de la sentencia N° 6167-2005 PHC/TC.

¹⁸⁴ ANTINORI VIGO, Solange Zusetty. Investigación suplementaria y la vulneración de los principios de autonomía del rol fiscal... Rev. Cienc. Tecno. 17(2): 43-51, (2021), p.45. En. <file:///D:/Descargas/3560-Texto%20del%20art%C3%ADculo-13280-1-10-20210604.pdf>

reglas de actuación y las consecuencias en caso de lesionar algún bien jurídico¹⁸⁵.

Al respecto Roxin, advierte que “Un Estado de derecho debe proteger al individuo no solo mediante el derecho penal, sino también del derecho penal”¹⁸⁶ con esta reflexión el maestro observa que no solo se debe proteger a los ciudadanos por la vulneración de sus bienes jurídicos, sino también, se le debe proteger de los operadores del derecho que no respetan sus garantías procesales en el proceso penal. Por lo tanto, es límite para evitar los abusos de la política criminal que ejecutan las autoridades.

De este deber - obligación, se infiere que este principio implica que esta autoridad ejerce su función en los supuestos que revista las características de un delito, debiendo tener como finalidad en la ejecución de su labor el lograr la justicia y teniendo como parámetros la ley en armonía con la Constitución.

Para San Martín, este principio exige al persecutor actuar conforme a la legislación, ya que es el guardián de la legalidad¹⁸⁷. Según Roxin, el fiscal únicamente ha de servir al derecho¹⁸⁸. De lo contrario importaría actos funcionales plagados de nulidad y delictivos. Lo que acarrearía sanciones penales, administrativas y civiles. Tales como la destitución, como el caso de los exfiscales inmersos en la organización los cuellos blancos del puerto e incluso penales en contra de los respectivos funcionarios¹⁸⁹, como el caso de

¹⁸⁵ FERNANDEZ VANEGAS, Héctor Gabriel. Repensando el principio de legalidad penal: sociedad de riesgo, crisis y relativización. Rev. Fac. Der. no.50 Montevideo ene. 2021 Epub 01-Ene-2021. En: <https://bit.ly/3eMaKPs>

¹⁸⁶ ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General (Tomo 1). Civitas. 2010, p.137.

¹⁸⁷ SAN MARTÍN CASTRO. César. Óp., cit., p. 202

¹⁸⁸ ROXIN, Claus. Derecho Proc... Óp. cit., 2000, p. 87.

¹⁸⁹ DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristian. Proceso Penal. Editorial Jurídica de Chile. Santiago 2007, p. 547

los exfiscales de la Nación Blanca Nélida Colan y Pedro Chavarry¹⁹⁰. Este principio no implica que el fiscal debe desplegar el ejercicio de la acción penal en todas las denuncias por delitos¹⁹¹, lo puede hacer solo en los casos necesarios previstos en la ley¹⁹². En consecuencia, las atribuciones que tiene el fiscal para la persecución penal deben efectuarse dentro de los límites, reglas y principios constitucionales y supranacionales. Máxime si se tiene en cuenta que ningún principio es absoluto cuando entra en conflicto con otro principio de mayor trascendencia social.

e.- Principio de Transparencia. La evolución y el abandono del secretismo judicial, en el CPP ha originado la aparición del principio de transparencia. Tiene que ver con la actuación limpia del fiscal en la persecución penal, sin mala fe, odio, venganza, ni arbitrariedad. Lo que implica actos funcionales imparciales, claros, equitativos y justos, con la finalidad de garantizar el derecho al acceso a la información de la carpeta fiscal y esclarecer la verdad de los hechos denunciados. Es decir, libre de toda manipulación para evitar los excesos o defectos que obstaculicen el camino de la justicia.

También, debe haber transparencia en la toma de decisiones para cuyo efecto con el CPP se le exige que el fiscal motive y sustente su decisión (disposiciones, requerimientos). Con la finalidad que las partes sepan en base a que razones y fundamentos el fiscal ha tomado su decisión a efecto de controlarlo y cuestionarlo a través de los respectivos acciones y recursos.

¹⁹⁰ Ver sentencia del exp. 04615-2019-0-5001-su-pe-01-A.V.01-2019. En: <https://bit.ly/31pxUYR>

¹⁹¹ ARMENTA DEU, Teresa, Lecciones de derecho procesal penal, 3º ed., Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 139.

¹⁹² DELMAS-MARTY. Procesos Penales de Europa. Edijus. Zaragoza, 2000, p. 2006

f.- El principio de objetividad. Es una obligación y deber de los fiscales penales, de investigar y agotar exhaustivamente todas las líneas de investigación delictivas, tanto para la persecución como para la defensa¹⁹³. Debiendo pronunciarse conforme a la realidad objetiva de los elementos de convicción o probatorias recabada en su carpeta fiscal, lo que le va a permitir archivar o formular la investigación preparatoria, requerir el sobreseimiento o acusar, según el estadio y la información recabada.

Para Neyra Flores, implica que el fiscal, actúen con veracidad, lealtad procesal y buena fe¹⁹⁴, respecto a la investigación y la defensa del investigando, sin omitir actos de investigación u ocultar las evidencias. Sustentando sus requerimientos con elementos de convicción o probatorios según el caso, útiles, pertinentes, coherentes, conducentes y sobre todo de calidad. Debiendo dejar de lado la subjetividad o las apariencias.

Este principio impone esta forma de actuación, porque el rol del fiscal es buscar la verdad del hecho denunciado, y además tiene la obligación de probarlo o desvirtuarlo con los elementos de convicción que recabe. Todo lo cual le va permitir continuar o desistirse de la persecución penal. Por otro lado, para que su actuación sea legítima se le exige al fiscal despojarse de todo tipo de arbitrariedad y de parcialidad.

¹⁹³ DUCE y RIEGO. Proceso Penal, p. 144.

¹⁹⁴ NEYRA FLORES José Antonio. Op. cit, p. 230.

g.- El principio de unidad. Según Arsenio Ore Guardia¹⁹⁵ y Sánchez

Velarde¹⁹⁶, este principio debe concebirse desde la dimensión orgánico¹⁹⁷ y funcional¹⁹⁸.

i.- En su dimensión orgánica, es considerado como un ente exclusivo en su actuación en todo el territorio. Por ende, fiscal nombrado puede actuar en su representación ante cualquier corte; esto exige un trabajo corporativo, de tal manera que cualquiera de sus colegas pueda seguir el caso hasta el cumplimiento de sus objetivos.

ii.- En su dimensión funcional, se le concibe desde su uniformidad de actuación. Con lo que se persigue que la decisión de los fiscales se base en idénticas instrucciones a través de los circulares y directivas, como instrumentos que garantizan una actuación única y coherente, para establecer líneas de trabajo uniforme en la institución.

h.- El principio de prohibición de abuso o de arbitrariedad. Es una garantía frente al abuso del poder discrecional que goza al persecutor penal, en el Perú el TC lo ha desarrollado en el ámbito penal como se puede verificar en las sentencias 2725-2008-PHC/TC y en la sentencia 03167-2010-PA/TC. Controla la acción de los fiscales en la persecución penal y del juez cuando toma sus decisiones, compeliéndolos a actuar con objetividad, congruencia, veracidad, razonabilidad y proporcionalidad, con la finalidad de evitar actos vagos, caprichosos, despóticos, ilegítimos¹⁹⁹ o que solo respondan a

¹⁹⁵ ORE GUARDIA, Arsenio. Op., cit., p. 308

¹⁹⁶ SANCHEZ VELARDE, Pablo Wilfredo. El nuevo proceso penal. Idemsa 2009, p. 75.

¹⁹⁷ ARMENTA DEU, Teresa. Lecciones de derecho procesal Penal, op., cit., p. 82

¹⁹⁸ MAIER, Mauricio. Derecho procesal penal. Tomo II, editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2013 p. 328.

¹⁹⁹ Fundamento treinta de la sentencia 06167-2005PHC/TC.

intereses particulares y/o subjetivos. En este sentido, el fiscal tiene que actuar y cumplir con la exigencia de razonabilidad, el que implica, que debe buscar la posición más justa en cada caso. En esta línea de ideas todas las decisiones fiscales así se denominen “**discrecionales**”, deben ser razonables y producto de la “crítica racional”²⁰⁰, es decir al debido proceso²⁰¹.

Así pues, la arbitrariedad se percibe de dos formas: a) Desde la óptica tradicional, surge como lo contrario a la norma y a la justicia. b) Desde la perspectiva actual surge como subjetivo, incoherente o fuera de contexto que vicia la decisión. Se puede concluir, que es aquello inexplicable al conocimiento.

De esta manera, señala el TC queda proscrita toda actuación irrazonable y desproporcionado que desconozca los principios y valores constitucionales²⁰². En consecuencia, una conducta es arbitraria cuando no concuerda con el vínculo natural de la realidad.

2.9. La Discrecionalidad Fiscal

a). Los actos discrecionales del fiscal

En la función pública encontramos actos reglados y otros no, a estos últimos se les denomina discrecionales cuyo desarrollo no está previsto en la norma.

Son dejados a la prudencia, lealtad y buena fe de la autoridad pública, quien goza de libertad de decisión para resolver un conflicto propio de su cargo, esta

²⁰⁰ Fundamento 12 de la sentencia del expediente 0090-2004-AA/TC.

²⁰¹ Fundamento 7 de la sentencia del expediente 01546-2007-PA/TC.

²⁰² Fundamento 7 de la sentencia 6204-2006-PHC/TC.

facultad es delegada por la norma o por la administración del gobierno, el TC ha indicado que en su ejercicio se deben respetar los siguientes elementos de:

oportunidad, conveniencia, necesidad o utilidad²⁰³. Al entender de nuestro máximo intérprete de la legalidad, esta función debe hacerse considerando en alcanzar el beneficio público, es decir, en beneficio de la sociedad en concordancia con los mandatos constitucionales²⁰⁴.

b)- La Discrecionalidad fiscal

De este tema muy poco se ha escrito. Empero se considera que debe sustentarse en los deberes de la misión y visión del fiscal que le impone su institución, tales como: Ser el defensor de la normatividad y de los bienes comunes defendidos por la norma; prevención y persecución de la delincuencia; proteger a la población, al infante y a la familia en juicio; vigilar la autonomía de los magistrados, la recta y eficaz impartición de justicia. Lo que debe cumplir de manera idónea, objetiva e imparcial en el marco de las garantías constitucionales, debiendo buscar la verdad, la justicia y la indemnización, creando confianza en la sociedad. Por ser un caso típico de remisión legal²⁰⁵. Sin embargo, en la realidad no es así, porque las reformas procesales penales en el Perú han desatendido el peligro de otorgar al MP potestades discrecionales absolutas en su labor de persecutor penal, defecto que se ve empeorada por el diseño de un PJ y TC anestesiados por la norma, sin herramientas legales para poder controlar los abusos del persecutor penal²⁰⁶.

²⁰³ Fundamento 9 de la sentencia 0090-2004-AA/TC.

²⁰⁴ Idem.

²⁰⁵ RODRÍGUEZ VEGA, Manuel. Potestades discrecionales del fiscal del Ministerio Público. Un intento de racionalización. En: <file:///D:/Descargas/58108-505-198459-1-10-20200731.pdf> Publicado en 2020.

²⁰⁶ OLIVER CALDERON, Guillermo. Reflexiones sobre los mecanismos de justicia penal negociada en Chile. <https://bit.ly/3uoqA9J>. Publicado en 2019.

La discrecionalidad, por tanto, no es un supuesto de actuación del fiscal fuera de la norma, sino dentro de ella²⁰⁷. Por ende, sus actuaciones necesitan un adecuado y efectivo control jurisdiccional, para desterrar la proscrita arbitrariedad fiscal, como se detectó en la jurisprudencia española llamada “doctrina Botín” (STS 1045/2017 del 17 de noviembre), en donde el fiscal haciendo uso abusivo de su discrecionalidad pretendió favorecer a los autores del delito de corrupción, solicitando el sobreseimiento, sin embargo, gracias a la oposición del acusador popular (procurador) se evitó la impunidad²⁰⁸. Esto es importante en nuestra realidad en donde abunda víctimas sin abogados ni recursos, quienes forman parte del paisaje doloroso que se ve en los pasadizos de los tribunales, seres moribundos o muertos vivientes sin valor y dignidad, en un país en donde lo improbable se ha vuelto inevitable, como consecuencia de la vida líquida²⁰⁹ a la que somos sometidos²¹⁰. Al que con esperanza estamos llamados a cambiarla²¹¹.

Esta ficción jurídica correctamente utilizada por el fiscal se convierte en un instrumento favorable para gestionar adecuadamente la carga procesal, lo que le va a permitir buscar salidas alternativas, finiquitar los casos fáciles y dedicarles más tiempo a los casos complejos, con la objeto de brindar un mejor servicio y alcanzar los objetivos institucionales y de la comunidad²¹². Con el propósito de tutelar el interés común, conforme lo ordena la Constitución. Centeno y Fernández con mucho

²⁰⁷ RODRÍGUEZ VEGA, Manuel. Óp. cit.

²⁰⁸ ÁLVAREZ, F., MARTÍNEZ, M., VENTURA, A., SÁENZ R., PÉREZ, A., HORMAZABAL, H., MUÑOZ, J., y SILVA D. (2018). Liber Amicorum. <https://bit.ly/3nTOEAI>

²⁰⁹ Es un ambiente social sin finalidades, propósitos o deseos de mejorar o cultivar valores. En la que el objetivo no es lograr una sociedad mejor, sino mejorar la posesión individual, en la que el derecho penal sirve para la demagogia política y para el espectáculo mediático, en la que solo caen los preces chicos y débiles en la red de la justicia, los grandes y gordos se escapan por diversas justificaciones.

²¹⁰ BARONA VILAR, Silvia. Justicia Penal Líquida (desde la mirada de Bauman) 2018. En: <https://bit.ly/3EHGG36>

²¹¹ TAMAYO, Juan José. Zygmunt Bauman: Posmodernidad, vida líquida, amor líquido. 2017. <https://bit.ly/3zK03Ff>

²¹² Idem.

optimismo señalan que en la fiscalía hay la capacidad de armonizar los intereses institucionales con los individuales, lo que permitirá, por un lado, alcanzar los fines esenciales y, por otro, suprimir las inconductas²¹³.

En atención a lo indicado, es imprudente concebir que en el desarrollo de la función fiscal solo se debe cumplir lo prescrito en su reglamento, su actuación también exige el respeto de los principios constitucionales.

Esto exige a los fiscales de los diferentes niveles cumplir el deber – obligación que les impregna el cargo, los roles, la misión y visión institucional, con la finalidad de lograr la efectividad de sus acciones. Lo que en esencia se resumen en velar por los bienes jurídicos de justicia y paz social tutelados por la norma²¹⁴. Debido a que quienes conforman las entidades públicas deben servir a los objetivos del Estado planificados en su carta magna.

Desde esta perspectiva esta potestad la efectúa el persecutor penal antes, durante y después del proceso, como garante de la legalidad y de la correcta impartición de justicia. Sobre todo, como defensor de la dignidad de la persona.

En el estadio preliminar sirve para determinar si se archiva la investigación o se formaliza la investigación, También es útil para acelerar el proceso con la posibilidad de formular directamente acusación”²¹⁵ cuando esta ante flagrancia delictiva. En la etapa intermedia le permite al fiscal analizar el caudal probatorio y

²¹³ CENTENO, J. Y FERNÁNDEZ, R. Metodología para Medir el Clima Laboral en el Ministerio Público (tesis de maestría inédita), Universidad ESAN, Lima. 2012, p. 28.

²¹⁴ SAINZ MORENO, Fernando. “Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico”, En “Revista española de Derecho Administrativo, disco compacto, Madrid, Civitas Ediciones, Revista N.º 008, enero - marzo de 1976”

²¹⁵ TALAVERA ELGUERA, Pablo. Comentarios al nuevo código procesal penal. Grijley, Lima, 2004, p.37.

establecer si lleva o no el caso al juicio oral, está previsto en el art. 344° inc. 1 del CPP.

El máximo intérprete de nuestra legalidad considera que la facultad de discrecionalidad del que esta investido el persecutor del delito está delimitado por el principio de Interdicción de la arbitrariedad. Resalta, si bien “el principio de legalidad es uno de los pilares del Estado de Derecho, también lo es que este debe apuntar al fin del valor superior de la justicia.”²¹⁶

La discrecionalidad es útil para ponderar situaciones en conflicto en armonía de la misión y visión que tiene el persecutor penal. Deberá servir para evaluar situaciones especiales, como, por ejemplo, en los casos de verdadera orfandad probatoria (objetivamente verificado) puede haber retractación fiscal de la acusación y retirar los cargos, porque, en estas circunstancias predomina más la inocencia del acusado, lo que permite el Inc. 4 del art. 387 del CPP.

Esta ficción jurídica es un dispositivo que el CPP otorga al persecutor penal para ponderar su actuación y priorizar otros casos. Para cuyo efecto la decisión discrecional debe tener en cuenta y respetar los mencionados requisitos o elementos, en concordancia con los derechos y principios constitucionales, y el interés público. Es decir, toda decisión debe contribuir al bienestar general o como dice Roxin debe contribuir a la paz jurídica.

2.10. El Principio Acusatorio

Es la primera expresión de impartir justicia en la historia, instaura una forma de administración de justicia, conocida doctrinariamente como “ne procedat iudex sine

²¹⁶ BERNAL CUELLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Op. Cit., p. 187.

store” (no hay juicio sin actor), bajo el carácter conocido como sistema acusatorio puro. Es un aporte de las civilizaciones clásicas nació en Grecia y se extendió Egipto y Roma). Según Flores Prada este modelo pretendía perfeccionar, el sistema griego como al Romano a través de la división de roles entre acusador y juzgador, con un juicio público, era el sistema acusatorio primitivo, el cual se fortaleció con la insurrección francesa²¹⁷.

Casavola, sostiene que: El sistema acusatorio griego era puro y en base a la potestad soberana que gozaba el ciudadano. fue él quien sostenía la acusación de manera común, se trataba de un patrocinio especial de la acusación²¹⁸.

Afirma San Martín que en este modelo el fiscal tiene como rol incitar el inicio del juicio penal, con la finalidad lograr una sentencia razonada y se le declare fundada su pretensión, así como de actuar como parte a lo largo de todo el proceso²¹⁹. De lo indicado se infiere que el Principio acusatorio se caracteriza por la división de roles en la causa criminal, toda vez, que la incriminación le es asignada al Fiscal y el juzgamiento recae en el Juez, lo que implica una separación de funciones.

En este sentido Montero Aroca, considera que esto es correcto para garantizar la imparcialidad y evitar la contaminación entre quien investiga y quien juzga²²⁰

Para Kai Ambos, se trata de un sistema progresista y democrático²²¹.

²¹⁷ FLORES PRADA, Ignacio. Óp., cit. p. 33

²¹⁸ CASAVOLA, Francesco, ob., cit., p. 351

²¹⁹ SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal Lecciones (Segunda ed.). (I. P., & C. d., Edits.) Lima, Perú. 2020.

²²⁰ MONTERO AROCA, Juan. Principio acusatorio entendido como eslogan político. En: [file:///D:/Descargas/Dialnet-ElPrincipioAcusatorioEntendidoComoEsloganPolitico-5694125%20\(1\).pdf](file:///D:/Descargas/Dialnet-ElPrincipioAcusatorioEntendidoComoEsloganPolitico-5694125%20(1).pdf)

²²¹ AMBOS, Kai. El principio acusatorio y el proceso: En: <https://bit.ly/3FTVuf3>

Gimeno Sendra, sostiene que el principio acusatorio se erige como una de las protecciones principales del juicio punitivo, y compone el núcleo esencial de la mega garantía, porque señala, el objeto, los roles y la congruencia que debe haber entre lo peticionado y lo resuelto²²².

Desde otra óptica hay quienes consideran que el principio acusatorio “*no tiene la dimensión de impedir el control de legalidad*”, Solo establece que el juzgador se mantenga ajeno a las pretensiones de las partes, respete el rol de las partes; señala las fases de proceso y precisa las facultades de los auxiliares de la justicia; impide condenar más allá del requerimiento acusatorio, y proscribe la “*reformatio in peius*” por parte del juez superior²²³.

Resalta Filangiere, que después de haber efectuado un análisis minucioso y comparado de los códigos de los diferentes sistemas, señala que no logró encontrar norma alguna como las bárbaras en la que la potestad de acusar lo tiene el afectado. En donde también la mentira y la perfidia es severamente sancionada. En consecuencia, en este sistema la imputación esta mejor controlada que en los países más ilustrados de la paneuropea actual²²⁴.

2.10.1. El Principio Acusatorio en el Perú

El TC, sostiene que el principio acusatorio constituye un elemento del debido proceso y presenta los siguientes rasgos: a) Que quien acuse debe ser diferente al juzgador y en el caso que no haya acusación debe archivar el

²²² GIMENO SENDRA, Vicente. Derecho Procesal Penal, 2da. Edición, Editorial Civitas, Pamplona, 2012, p. 123-127.

²²³ NIEVA FENOLL. Jordi., et al. Nociones preliminares de Derecho Procesal Penal. Ediciones Atelier, Barcelona, 2016, p. 20.

²²⁴ FILANGIERE, Gaetano. Ciencia de la legislación. Vol. III, de las leyes criminales. p. 34

proceso, b) Que debe haber congruencia entre los hechos denunciados y lo decidido en la sentencia, c) Que, el juez no tiene la potestad de ordenar la continuación de la persecución penal, si no hay acusación.²²⁵ Lo mismo se puede verificar en otras sentencias²²⁶.

En esta línea la CS resalta que una de las novedades del sistema acusatorio es las facultades que se le concede al ente persecutor, reconocido en el art. 159 de la carta magna y en el CPP arts. 60 y 61, en las que se establece su autonomía, y las potestades de conducir la investigación, dispone la formalización y en su oportunidad puede requerir el sobreseimiento o la acusación²²⁷. Criterio ratificado en la casación N° 675-2018/ San Martín.

Del mismo modo, uno de los referentes del proceso penal peruano, Dr. César San Martín Castro, considera que el Principio Acusatorio, exige en esencia una entidad independiente y diferente al juzgador, cuya diligencia y rol es imprescindible en la persecución penal, con la finalidad de garantizar objetividad y eficacia, para concretizar las garantías judiciales²²⁸.

En el derecho comparado, para los españoles el principio acusatorio deriva de los mandatos fundamentales: al debido proceso y a la tutela efectiva, establecido en el art. 24 de su carta magna, señala: “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de

²²⁵ Fundamento 2 de la sentencia 01205-2014-PHC/TC. Lima Hernando Hidalgo Díaz

²²⁶ Ver las sentencias 1929-2004 HC/TC, 3390-2005 HC/TC, 2005-2006-HC/TC, 478-2008 HC/TC.

²²⁷ Fundamento decimoquinto de la casación 1089-2017 Amazonas.

²²⁸ SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho proce..., óp., cit., p. 202.

sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión²²⁹”.

Una diferencia resaltante encontradas en esta investigación es que en Perú el legislador y la jurisprudencia dominante ha cercenado el derecho al agraviado y ha limitado su derecho a ser oído en segunda instancia cuando apela un sobreseimiento, se le limita poder recibir una resolución motivada razonada y congruente con su recurso de impugnación planteado. En consecuencia, viola el debido proceso.

2.10.2. El Código Procesal Penal peruano y el Principio Acusatorio

La pregunta que nos debemos hacer para iniciar el análisis del principio acusatorio en el CPP, es saber ¿Qué modelo o sistema procesal ha asumido nuestro CPP del 2004? Al respecto no hay ninguna precisión porque nuestro CPP carece de una exposición de motivos, en consecuencia, no se sabe a qué sistema procesal penal se alinea.

Para algunos doctrinarios como Tomas Gálvez Villegas y otros, el CPP peruano implementa un sistema procesal acusatorio garantista²³⁰, criterio que también comparte Legis Perú al comentar el CPP²³¹. Para Arbulu Martínez Víctor J. el CPP peruano del 2004, se alinea al proceso Penal moderno, denominado también adversarial, porque asigna determinados derechos a las partes, por la publicidad y es contradictorio²³².

²²⁹ Constitución española En: <https://bit.ly/3FWp6Zx>

²³⁰ GALVEZ VILLEGAS, Tomas A. RABANALPALACIOS WILLIAM y CASTRO TRIGOSO Hamilton. El Código Procesal Penal. Juristas Editores. Lima 2008, p. 7.

²³¹ LEGIS. Régimen Penal Peruano. Legis Perú, 2008, p. 653.

²³² ARBULO MARTINEZ, Víctor J. Derecho Procesal Penal. Tomo I, Gaceta Jurídica. Lima 2015, p. 47.

Dice Juan Alvarado Yanac, en su libro *Vademécum Penal*: “la estructura del Nuevo Proceso Penal, así como sus instituciones allí contenidas se edifican sobre la base del Modelo acusatorio penal, cuyas grandes líneas rectoras son: Separación de funciones de investigación y juzgamiento; el juez no procede de oficio, el juez no puede condenar ni a persona distinta de la acusada, ni por hechos distintos de los imputados; el proceso se desarrolla sobre los principios de contradicción, e igualdad, la garantía de la oralidad es la esencia misma del juzgamiento y; la libertad del imputado es la regla durante todo el proceso. Es de destacar como una nota trascendental la implementación de la oralidad en la medida que permite que los juicios se realicen con inmediación y publicidad, permitiendo de esa forma un mayor acercamiento y control de la sociedad hacia los encargados de impartir justicia en su nombre²³³.

El Dr. Cesar San Martin Castro califica a nuestro CPP de acusatorio, por las siguientes líneas maestras. i) Reconoce el monopolio, autonomía y exclusividad de la entidad persecutora, ii) Está impregnada del principio de igual trato del que gozan las partes, iii) La fase previa; no es de índole judicial, iv) La etapa intermedia está destinada al control de la investigación y, en especial del requerimiento fiscal, v) se reconoce la iniciativa y libertad probatoria de las partes, vi) Garantiza la imparcialidad del juez, vii) Establece la presencia de juez profesional y vii) Exige la correlación entre acusación y fallo²³⁴.

²³³ JUAN ALVARADO, Yanac. *Vademécum Penal*. Grijley. Lima 2019, p. 1075 - 1076.

²³⁴ SAN MATIN CASTRO, Cesar. *Derecho proce... op., cit., p. 43-47.*

Según Sánchez Velarde, se identifica con el modelo acusatorio y con rasgos modernos como: a) la división de roles entre el acusador y el juzgador; b) el predominio de la contradicción en sus diligencias; y c) la tutela de los mandatos constitucionales de las partes, con igualdad de condiciones. Pero además nuestro modelo demanda cambios en los entes que conforman el sistema penal y además en la praxis procesal, como cambio de mentalidad de los operadores de justicia y de sus colaboradores²³⁵.

Hay autores como Florencio Mixán Mas, otros que comparten el criterio que estamos ante un sistema acusatorio garantista con rasgos adversativos²³⁶.

Para la Academia de la Magistratura de Perú, el CPP, presenta rasgos más esenciales al sistema Acusatorio Adversarial, esto lo infiere específicamente del título preliminar, en donde se encuentra el bloque de los principios procesales constitucionales que iluminan el procedimiento sumario²³⁷.

Es de resaltar que el CPP peruano a pesar de sus limitaciones actualmente contribuye con el control popular del juicio oral, al permitir la publicidad de las audiencias, haciéndolo más transparente, lo que permite que indirectamente la participación ciudadana, lo que sea ha dado con más nitidez en los casos de los cuellos blancos, con los casos de lavado de activos y corrupción política. Control popular que se reflejó en los resultados de las

²³⁵ SANCHEZ VELARDE, Pablo, op., cit., p. 27

²³⁶ ARANA MORALES, William. Manual de Derecho Procesal Penal. Gaceta Penal. Lima 2014, p. 17.

²³⁷ ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA. Código Procesal Penal Manuales Operativos, Editorial Super Grafica. Lima 2007, p. 29

elecciones extraordinarias de congresistas del 2020, al castigar a los partidos gobernantes en el congreso como en el ejecutivo, impidiendo la manipulación política.

El definir el sistema procesal al que pertenece nuestro CPP, es muy importante, porque nos permite identificar los principios, reglas, objetivos, los fines y las fórmulas procesales en la que el proceso penal se debe configurar en la legislación interna, lo que constituye una herramienta hermenéutica a través del cual el operador jurisdiccional debe guiarse para resolver los requerimientos de las partes que se presentan en cada uno de los casos. Debemos tener cuenta que los sistemas procesales son construcciones conceptuales que delimita la actuación procesal en armonía con los fines que persigue, razón por el cual, su estudio es de elevada utilidad epistemológica y metodológica.

Haciendo un análisis riguroso de la estructura diseñada del CPP peruano del 2004, se puede decir, que no es puro, no es acusatorio garantista, tampoco de tendencia adversarial, menos propiamente acusatorio. Esto se debe a que en su estructuración contiene elementos o ficciones jurídicas de los diferentes sistemas jurídicos existentes. En consecuencia, a criterio de tesista el CPP peruano, es mixto, porque incorpora figuras jurídicas los difieres sistemas.

Las importancias de un proceso penal no dependen de una o de otro sistema, su trascendencia radica en determinar las ventajas y desventajas para una realidad concreta. Porque el modelo puede ser el más eficiente, pero si este no se ajusta a la realidad aplicable de todas maneras va a fallar. Esto es lo que ocurre con el CPP Peruano, del cual se esperanzaba garantía y efectividad

para lograr sus fines. Sin embargo, hoy el tiempo, nos demuestra lo contrario, esto es, abundante carga procesal, la carencia de un equipo logístico de peritos, especialistas en criminalista, los sower apropiados para las interceptaciones y lecturas telefónicas y para el esclarecimiento de los casos. El proceso penal en la realidad se ha vuelto complejo, muy dilatado, poco eficaz. Lo cual deja sin piso a quienes piensan que solo cambiando de modelo es suficiente, sin atender los verdaderos motivos de las demoras del proceso, esto sin tomar en cuenta la manipulación política, desde donde se conspira para frenar el desarrollo eficaz de los procesos, sobre todos los casos de corrupción y lavados de activos, en los que están inmerso más de un político que ocupa un cargo público. A ello se suma la omisión de un control real suficiente sobre los procedimientos por parte de los jueces²³⁸.

De lo expuesto hasta aquí nos lleva a resaltar que el carácter de oficialidad de la persecución penal no forma parte del principio acusatorio conforme a las características indicadas por el TC, repetida literalmente por la CS penal. La oficialidad del MP es un rezago del proceso inquisitivo, propia de la persecución de oficio de aquella época con su secretismo y con el pretexto de la búsqueda de la verdad material²³⁹. Apreciación que es confirmada por KELKER, quien considera que el proceso continental europeo (al que los doctrinarios señalan se alinearía el proceso penal peruano), se alinea al estilo del francés, que armoniza “elementos de un proceso inquisitivo, con elementos del denominado proceso acusatorio; mientras que el proceso angloamericano se

²³⁸ Informe del Grupo para Realizar una Revisión de la Operación y Funcionamiento Efectivos del TPIY y el TPIR, 22 de noviembre de 1999 Un Doc. A/54/634, párrafo 77. En sentido similar M. BOHLANDER. Evidense ante la CPI – principios básicos. Foro ERA /2005, p. 543.

²³⁹ SCHMIDT, op., cit., p. 86.

estructura en un proceso puramente contradictorio de partes enfrentadas entre sí”²⁴⁰.

2.10.3. El uso abusivo del principio acusatorio

En el proceso penal peruano se hace un uso abusivo del Principio Acusatorio, esto se debe a la manera como se le utiliza desde la esfera política - jurídica, se acude a él en el caso del sobreseimiento, para justificar la atribución oficial al MP. Este uso poco discrecional, arbitrario, excesivo y desordenado, conduce a desdibujar sus límites y principios, vaciando de contenido las garantías constitucionales impidiendo encontrar la verdad.

Señala Alejandro Nieto García, que estos tipos de procesos penales son elaborados para conveniencia de sus inventores, sin tener en cuenta su espíritu originario²⁴¹. Obedecen a sus intereses políticos y de poder, sin reparar en el bien común, ni en el interés social. Digo esto porque en los casos de los países alineados al sistema euro continental todos han establecido que en el proceso penal el control sobre el sobreseimiento lo asume el PJ y es el que decide en última y definitiva instancia, sin importar el doble conforme fiscal, es decir, es el poder judicial el que hace el control de legalidad, ponderación y motivación, (como se verificara más adelante cuando se aborde el ítem sobre el control del sobreseimiento). No es como en Perú, que la última palabra lo tiene el fiscal superior o fiscal supremo, y basta que ellos ratifiquen el sobreseimiento, es mérito suficiente para archivar el proceso criterio dominante que es avalado por el TC, tal como se verifica en las sentencias ya señaladas.

²⁴⁰ KELKER B. El papel del fiscal en el proceso penal. En ZSTW118. 2006, p.389.

²⁴¹ NIETO GARCIA. Alejandro. Derecho sancionador- 2da. Ed. Técno. Madrid, 1994, p. 40 y ss.

Esto genera injusticia e impunidad y se debe a que el MP, no cumple con su deber de persecución en su verdadera magnitud en algunos casos desampara a la víctima. Y como el fiscal superior o supremo tiene la última palabra por mandato legal se privilegia esta última decisión de no pasar por el control de legalidad por parte del órgano jurisdiccional, avalando las decisiones, a pesar que sean arbitrarias, ilegales, violen el debido proceso o contravengan los derechos fundamentales de los justiciables agraviados.

Por otro lado, el Legislador peruano y el órgano jurisdiccional se han olvidado o por conveniencia no han tenido en cuenta, que en el derecho comparado bajo el sistema del principio acusatorio en la línea euro continental, también se produce la persecución penal de manera compartida sin violentarla el principio acusatorio, como se viene dando en España, Italia y Chile. Esto impediría que muchos casos sobre todo de corrupción de funcionarios no se queden impune por inacción e inoperancia del persecutor penal, quienes a veces se alinean con el poder ejecutivo para pasar por alto actos ilícitos, como ocurrió con la ex fiscal de la Nación Blanca Nélida Colan fue condenada a diez años por los delitos de encubrimiento personal, omisión de denuncia y enriquecimiento ilícito,²⁴² Miguel Javier Aljovín Swayne quien fue acusado de archivar la causa contra el ex asesor del presidente Fujimori. En 1998 el persecutor requirió seis años de prisión por los delitos de omisión de denuncia, prevaricato, asociación ilícita y peculado²⁴³; Pedro Chavarry Vallejos, acusado de encubrimiento real²⁴⁴, por citar a los actos bochornosos más relevantes.

²⁴² Ver sentencia AV.+09-2001+-+23.01.2003.pdf en: <https://bit.ly/3EDFwEF>

²⁴³ Ver en: <https://bit.ly/3FDvdla>

²⁴⁴ Exp. 4615.2009-1, ver en: <https://bit.ly/3sJgUYL>

Es urgente subsanar los desaciertos del CPP en este sentido, para superar este desamparo, e impedir el abuso de la discrecionalidad por parte del fiscal de segunda instancia (como el caso de los cuellos blancos, quienes han hecho famosa las frases. “por AG no pregunta²⁴⁵”, “no sabes con quien te has metido²⁴⁶” refiriéndose a los allanamientos que desarrollaba en los locales de Fuerza Popular²⁴⁷.

Ante lo cual, se puede reforzar la persecución penal haciéndola efectiva de dos maneras:

1.- **Habilitando a los jueces de segunda instancia** poder hacer uso del control de legalidad de las decisiones de los fiscales superiores y supremos ante los requerimientos de sobreseimiento, tal como se hace en Chile, Francia, Alemania, España e Italia... En la que previa audiencia de apelación del auto que declara fundada el sobreseimiento, las partes exponen sus pretensiones, los debaten y el órgano jurisdiccional decide en última instancia. En estos países con sistemas acusatorios híbridos no prima el criterio del fiscal superior o supremo. Su criterio pasa por el control de legalidad y judicialidad. Esto se produce en los sistemas mixtos al cual se ha adherido nuestro país.

2.- **Habilitando la persecución conjunta**, esto consiste que la defensa privada pueda formular la acusación, ante el desinterés del ministerio público (como

²⁴⁵ Según el Fiscal José DOMINGO Pérez, eso es lo que le dijo el ex Fiscal Superior Alonso Peña Cabrera cuando se desempeñaba como jefe de la Unidad de Cooperación Judicial Internacional y extradición del Ministerio Público.

²⁴⁶ Según el Fiscal José DOMINGO Pérez, eso es lo que le dijo el Fiscal Supremo Pablo Sánchez Velarde asustándolo en lugar de apoyarlo.

²⁴⁷ Ver video de entrevista en: <https://bit.ly/3HcSHy2>

ocurre en Chile), a este se puede unir la acusación popular (como ocurre en España). En Italia por ejemplo también está habilitado el procurador para hacer la acusación fiscal ante el desistimiento del Ministerio Fiscal. De esta manera se refuerza la persecución penal y no violan el principio acusatorio. Estos últimos países también pertenecen al sistema euro continental y tienen vigente el sistema acusatorio mixto.

Lo más resaltante de ambos supuestos habilitantes, es que las decisiones de los distintos acusadores pasan por el control de legalidad y jurisdiccional, no se deja a la discrecionalidad del persecutor como ocurre en el Perú. En consecuencia, el oficialismo en la persecución penal no es una regla o característica del sistema acusatorio, porque también en él se produce la persecución conjunta o compartida. El oficialismo solo es una tendencia desfasada cuya finalidad era reforzar el monopolio del persecutor el cual se pretende perennizar como inherente al sistema acusatorio²⁴⁸.

Habiéndose superado uno de los obstáculos que plantea la CS y el TC respecto al oficialismo y monopolio de la acción penal. Nos preguntamos ¿En qué consiste en esencia el principio acusatorio? Conforme lo ha reiterado el centinela de nuestra legalidad y la doctrina dominante, el principio acusatorio solo informa que debe haber una división de roles entre el acusador y el juzgador (la acusación lo puede hacer el fiscal, el acusador particular (Chile) o mediante la acción popular (España e Italia lo hace el Procurador).

²⁴⁸ ARMENTA DEU. Teresa. Principio Acusatorio Realidad y Utilización. En: <https://bit.ly/33EQDAB>

2.11. El Deber y la obligación de investigar del persecutor penal

a). La obligación de actuar con la debida diligencia.

Este tema tiene mucho que ver con el deseo de tener un Ministerio publico investigador²⁴⁹ expectativa no alcanzada por la reforma procesal penal. El deber de investigar tiene relación con el debido proceso, este principio no solo sirve para garantizar al procesado adecuado trato en el proceso penal, sino también, garantizarle a la parte agraviada una oportuna, adecuada y eficaz investigación de los hechos denunciados. No se puede hablar de debido proceso, sino hay una debida investigación. En este sentido el Órgano supranacional de nuestra región ha destacado la necesidad y compromiso de proceder de manera eficaz en las cusas penales, agotando todas las pesquisas. Compartiendo este criterio Tomás-Valiente Lanuza precisa, debe desarrollarse una apropiada indagación de los hechos denunciados que permita descubrir la verdad y lograr se imponga la pena que merezcan los responsables²⁵⁰.

b). La debida diligencia.

Significa, que las indagaciones deben ser iniciadas con prontitud por el persecutor a través del sistema de justicia atendiendo la magnitud de la investigación, las circunstancias en que sucedieron los hechos y el modo operandi de la comisión, sin dejar líneas de investigación pendientes por recabar las pruebas. Deber- obligación

²⁴⁹ GUERRERO PALOMARES, Salvador. El principio acusatorio. 2da. Edición. Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 131.

²⁵⁰ TOMÁS/VALIENTE LANUZA, Carmen. Deberes positivos del Estado y Derecho penal en jurisprudencia TEDH, En: <https://bit.ly/3FHg3ul>

ineludible e imprescindible, del persecutor del delito, lo que deben acatar fiel y necesariamente para que el Estado cumpla con su compromiso interno y externo.

Según estudio realizado por relatoría especial de la CIDH y del examen de 157 procesos en agravio de trabajadores de la comunicación matados, se verifico que la gran mayoría de ellos no se había agotado las indagaciones para dar con los autores del crimen²⁵¹ omisión que impidió esclarecer la comisión del delito. Asimismo, revelo que solo en un mínimo reducido de casos se estableció el móvil del delito, a pesar de existir serias evidencias que los vinculaban con las actividades periodísticas de las víctimas²⁵². También concluyo que la negligencia por recabar las pruebas **origina consecuencias negativas para la eficacia del proceso en las etapas decisivas**²⁵³. Consecuentemente, dichas omisiones no permiten determinar el móvil del delito e imposibilita identificar a los autores intelectuales²⁵⁴. Por ende, ante esta situación la consecuencia esperada de la investigación, es el sobreseimiento del proceso y con ello se genera la impunidad.

c). La necesidad de una investigación completa.

Desde la óptica supranacional, es criterio establecido por la CIDH, que "los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención" y lograr, la reposición de los bienes jurídicos vulnerados y la indemnización de los daños ocasionados²⁵⁵. Esta obligación, no se

²⁵¹ Párrafo. 110 del documento 35. 8 de marzo de 2008.

²⁵² Ibidem. Párrafo. 111.

²⁵³ Ibidem. Párrafo. 116.

²⁵⁴ Ibidem. Párr. 125-126.

²⁵⁵ Párrafo 166 de la sentencia Velásquez Rodríguez vs Honduras.

cumple con la mera existencia de la norma, sino que exige la ejecución de actos estatales positivos que optimicen la eficacia de las garantías fundamentales.

En esta línea, la Comisión y la Corte IDH han afirmado que los Estados miembros tienen la obligación de procesar y castigar a "todos aquellos responsables por las violaciones relacionadas con el caso"²⁵⁶.

Asimismo, la Comisión indicó que es deber del Estado hacer **una indagación eficaz**, autónomo e independiente en los casos que vulneran el derecho a la vida. Este compromiso es innato a la necesidad del Estado de tutelar los mandatos constitucionales, recogidos en la Convención Americana²⁵⁷.

En consecuencia, se debe permitir a las víctimas "descubrir la verdad respecto a los hechos cometidos, conocer sus autores, y obtener una indemnización apropiada"²⁵⁸. Este derecho impone simultáneamente a los Estados las obligaciones de investigar las violaciones a los bienes jurídicos, denunciar a los responsables, acreditar su responsabilidad y lograr sus sancionados"²⁵⁹.

En este entendido la Comisión IDH, estima que, se debe hacer una indagación idónea y eficaz, que determine de manera concluyente y definitiva lo referente a la naturaleza de los hechos, identificar a su autor a través de las garantías del proceso²⁶⁰. Es decir, toda investigación debe ser agotada abordando todas las líneas de

²⁵⁶ Párrafo 51 de la sentencia Benavides Cevallos vs Ecuador.

²⁵⁷ Ver párrafos. 46 y 48. CIDH, Informe N.º 10/95 Da a conocer una investigación deficiente y retrasos excesivos.

²⁵⁸ Párrafo 25, doc. CCPR/C/79/Add.63, Observaciones y Recomendaciones al Estado de Guatemala.

²⁵⁹ Naciones Unidas: "La administración de justicia y los derechos humanos de los detenidos – Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por el Sr. L. Joinet de conformidad con la resolución 1996 /119, ver párrafo. 27.

²⁶⁰ Párrafo 29 del Informe N.º 50/99.

investigación a la luz del principio de exhaustividad con la finalidad de saber: ¿qué paso?, ¿cómo paso?, ¿quién lo ocasiono?, ¿cómo lo hizo? y ¿porqué lo hizo?...

2.12. Efectividad y límites en las investigaciones monopolistas del Estado

La efectividad de las investigaciones en nuestra realidad, es un clamor social que la administración de justicia de frutos de manera oportuna, idónea y eficaz, esclareciendo los hechos y condenando a los responsables. Necesidad que ha sido recogida por la jurisprudencia de la Corte supranacional, quien determino dicho compromiso como "obligación de medio o comportamiento", exige una actuación responsable, diligente y proactiva, que supere el solo cumplimiento de actuaciones formales.

Exhorta la Corte, que en la pesquisa debe haber una finalidad y tomada por el Estado de manera proactiva, no como cualquier cosa, ni como cualquier encargo, tampoco dejar que la evolución del recojo de pruebas dependa de la actividad de la parte agraviada. En estos casos el persecutor debe escudriñar responsablemente para obtener la verdad"²⁶¹.

Esta situación es generalizada, se recurre al formalismo para archivar las investigaciones claro está por motivos endógenos a los operadores del derecho, ya sea por causas de la corrupción política o económica, olvidándose de hacer prevalecer el principio de justicia y renunciando a su deber por el que asumieron el cargo de juez o fiscal, esto es de buscar la verdad. Abona esta tesis lo dicho por el filósofo y maestro italiano Dr. Michael Taruffo, quien sostiene que el garantismo constitucional es más formalista y no permite una verdadera administración de justicia efectiva²⁶². El

²⁶¹ Párrafo 177 Sentencia Velásquez Rodríguez vs Honduras.

²⁶² Entrevista del Dr. Michele Taruffo por el Dr. Jordi Ferrer. <https://youtu.be/L5XY0x7QYek>

garantismo individualista de la autonomía de las partes (el juez neutro arbitro) deja de lado las garantías básicas de las partes, la equidad, la ponderación, la justicia... Se olvida que **el Juez es garante de la decisión justa y correcta.**

Considera nuestro Corte supranacional que las limitaciones de las investigaciones se producen en aquellas legislaciones donde el Estado se ha apropiado de la legitimidad de la víctima y ha monopolizado la persecución criminal. En donde no es así, el accionar es optativo para el agraviado y no reemplaza la acción del persecutor²⁶³. Asimismo, afirma la Comisión que: para colmar este compromiso no basta tener una persona sentenciada en el proceso. Es necesario una eficaz indagación a través de acciones rápidas, minuciosas, e imparcial²⁶⁴.

Señala la mencionada institución que "el monopolio del ejercicio de la acción penal que tiene asignado el MP en México exige la conformación de una institución independiente e imparcial"²⁶⁵. Situación similar es la que se vive en Perú en la que también tenemos muy arraigada el monopolio de la investigación.

Esto, es así porque en ambos estados, en las investigaciones examinadas por la Corte supranacional se ha verificado que no son exhaustivos y dejan líneas de investigación sin agotar y no dan respuestas criminológicas respecto a los hechos delictivos.

Cuando estas deficiencias ocurren el daño psicológico se incrementa en las víctimas, al no recibir el esclarecimiento del delito denunciado, sino también al tener que tolerar inadecuados actos funcionales, como indiferencia para esclarecer la verdad

²⁶³ CIDH, Informe Anual N.º 52/97

²⁶⁴ CIDH, Informe Anual N.º 55/97.

²⁶⁵ CIDH, Informe Anual N.º 49/97.

cumpliendo solo con la formalidad de la investigación, suspensiones indebidas de diligencias programadas, realización de actos burocráticos intrascendentes y sin objetivos. A veces sin recabar las pruebas ofrecidas por las partes.

Frente a estas inacciones la comisión considera que no es justificación pretender pasar la responsabilidad al agraviado del fracaso de la investigación, cuando tácitamente el persecutor renuncia a cumplir sus deberes funcionales, incumpliendo su compromiso con los convenios internacionales.

Respecto a este deber el juzgador supranacional ha enfatizado que este es un compromiso impuesto al Estado quien debe garantizar una investigación idónea y eficaz, con la finalidad de impedir la tolerancia e impunidad del crimen, en menoscabo de las garantías supranacionales que tutela la Convención²⁶⁶.

En la sentencia de 12 de marzo de 2020 del caso Azul Rojas Marín vs. Perú, la sala supranacional, analizo hechos que datan del 25 de febrero de 2008 en la que el agraviado fue llevado a una comisaría vejado y violentado, sin embargo, cuando lo debieron derivar al médico legista para el examen de ley, no lo realizaron. En la sentencia resalta la Corte que el agraviado: i) fue expuesto a la revictimización al rendir su declaración en diferentes momentos; ii) fue llevado al médico legista luego de 72 horas, en donde no se apreció los síntomas físicos y agresiones descritas por el peritado; iii) No hubo prontitud en la recolección de la prueba y omisiones en otros casos lo que imposibilitó efectuar pericias; y iv) los operadores del derecho no fueron objetivos en su apreciación y prejuzgaron marginándolo lo que imposibilitó la

²⁶⁶ Párrafo 176 sentencia Velásquez Rodríguez vs Honduras.

objetividad en el análisis de los hechos. También, destacó que no se subsumió adecuadamente el delito de tortura, razón por el cual no se investigó este delito.

Asimismo, respecto a los órganos de juzgamiento la Corte indico que no consideraron los elementos de los delitos denunciados, no valoraron adecuadamente la versión de la víctima, tampoco le dieron el valor que le correspondía a las pericias realizadas, prejuzgando que se había autolesionado. Concluyendo se había acreditado la violación de las garantías judiciales que le asistía al recurrente conforme al art. 25.1 de la Convención IDH, concordante con los arts. 1.6 y 8 de la CI para prevenir y sancionar la tortura²⁶⁷. Razón por lo cual se le exhorto al Estado peruano a no repetir la omisiones e infractores.

2.13. La Impunidad y el sobreseimiento

En el tema abordado es innegable que la impunidad es consecuencia del mal uso del sobreseimiento, el cual acarrea consecuencias sociales catastróficas, una de ellas es la falta de credibilidad de las instituciones que imparten justicia.

a). La Impunidad.

Los organismos supranacionales señalan que la impunidad es obra del incumplimiento de las obligaciones de los operadores del derecho y se origina al: no investigar el delito, no hacer efectivo los apercibimientos de ley, no otorgar a los afectos mecanismos idóneos para el investigado sea procesado, juzgado y condenado²⁶⁸. Otros lo llaman “impunidad de facto”, que consiste en la voluntad declarada, expresa o tácita, de resistirse a investigar determinados hechos, es una

²⁶⁷ Ver Sentencia en: <https://bit.ly/3ET7c8C>

²⁶⁸ OCAMPO MACIAS, Cristian David. Mecanismos judiciales para garantizar el derecho a la justicia. En: [file:///D:/Descargas/1919-Texto%20del%20art%C3%ADculo-8039-1-10-20210705%20\(1\).pdf](file:///D:/Descargas/1919-Texto%20del%20art%C3%ADculo-8039-1-10-20210705%20(1).pdf) 2020.

rebeldía del fiscal de impacto nacional²⁶⁹. Esta sustracción al deber de investigar, se concreta en la conducta funcional de no recabar las pruebas elementales e idóneas, de requerir el sobreseimiento y no acusar a pesar de haber caudal probatorio suficientes para el momento estelar del proceso, lo que significa una omisión a los deberes o abandono de las tareas propias de la función fiscal conforme al Inc. 1 del art. 46 de la Ley de la Carreta Fiscal 30483 (2016, 06 de julio).

Esta situación se agrava con la aplicación del Inc. 3 del art. 346 del (CPP) que establece: “Si el fiscal superior ratifica el requerimiento de sobreseimiento, el juez de la investigación preparatoria inmediatamente y sin tramite alguno dictara auto de sobreseimiento”. También aplicado supletoriamente en la audiencia de segunda instancia, e impide que la Sala Revisora, examine el criterio del fiscal superior, por ende, al agraviado apelante no se le permite exponer sus argumentos en segunda instancia, tampoco recibe del órgano jurisdiccional una respuesta congruente de las cuestiones planteadas en su recurso. Abona a esta crisis desde otra dimensión de la impunidad, la debilidad de los regímenes democráticos, ante los grupos de poder de facto, expresado en la renuencia a acatar la ley y para gozar de privilegios, tratan de manipular el sistema de control y sanciones. Según Álvarez et al. **“No se trata de un fallo del sistema, sino de un sistema montado con ese fallo”**²⁷⁰.

Esta triste realidad se arrastra desde la antigüedad, los filósofos Platón, Cicerón y otros analizando esta situación lo consideraron como: abusivo por su naturaleza la discrecionalidad de perdonar a los delincuentes, una injusticia contra la sociedad, un gesto que repugna a la obligación, debilidad y vicio manifiesto. Si esto ocurre se

²⁶⁹ Ibidem, Álvarez et al., 2018

²⁷⁰ Ibidem, Álvarez et al., 2018, p.6.

prostituye la justicia y el magistrado se hace reo de concusión y de extorsión²⁷¹.

Similares hechos denunció Montesquieu en su libro *El espíritu de las leyes*, porque las normas no cumplían con su finalidad de servir a la felicidad pública.

Situación que se complica con la corrupción corporativa y de alto nivel cuando los gobiernos capturan al estado para depredarlo²⁷². Todo lo cual coloca a los principios constitucionales en crisis permanente, donde reina la desconfianza social, el funcionamiento parcial de las instituciones con deficiencia y poca efectividad, en donde solo se beneficia algunos poderes fácticos, y se instala una práctica social del **sálvese quien pueda**²⁷³, lo más grave de todo esto es que las instituciones públicas se olvidan de los objetivos.

Para superar este drama social es necesario que ningún gobierno, alcurnia, ni congregación debe dar protección alguna al investigado que violó la ley, ni obstruir, ni torcer los caminos a la justicia que va en búsqueda de la verdad. Y el fiscal debe cumplir con su irrenunciable obligación de desarraigar al que delinque del poder de su protector, porque solo de esta manera se enaltecerá el éxito de la justicia y de las leyes. En esta línea señala Arenas que “la justicia debe gozar de un estilo más directo y comprensible”²⁷⁴. Siendo necesario añade Cavaliere “combatir el albedrío de aquellos poderosos que son la ley misma: los fiscales y los jueces”²⁷⁵. A fin de lograr lo que

²⁷¹ FILANGIERI, Gaetano. *La ciencia de la legislación*, trad. De Don Juan Ribera. Imprenta de D. Fermín Villalpando (impresor de Cámara de S.M. Madrid. 1821, p. 1265

²⁷² BOEHM, Frédéric., LAMBSDORFF, Johann Graf. *Corrupción y anticorrupción una perspectiva Neo-institucional*. 2009 (p. 45-47). En <https://bit.ly/39rOKPm>

²⁷³ JIMÉNEZ SANCHEZ, Fernando. *La integridad de los gobernantes como problema de acción colectiva*. (p. 6-8) 2016. En <https://bit.ly/3nZOmbg>

²⁷⁴ ARENAS ARIAS, Germán Jair. *Lenguaje claro (derecho a comprender el derecho)*. 2018, p. 259. En: <https://bit.ly/3paD9TE>

²⁷⁵ CAVALIERI, Antonio. *Reflexiones sobre el primer libro de la Ciencia de la Legislación de Filangieri*. 2018, p 8. En: <https://bit.ly/3HFMqeB>

hoy la filosofía del derecho moderna llama “la optimización de los principios constitucionales” o “el respeto de la dignidad de la persona”.

Es un mal, de la administración de justicia que impide el esclarecimiento de los hechos imputados y vulnera los principios de: justicia, verdad y atenta contra el respeto a la dignidad que merece todo ser humano. Es un acto inescrupuloso de algunos operadores del derecho cuyas acciones pasan por encima de los derechos y principios constitucionales, y pisotean los derechos de sus semejantes.

A nivel internacional, la sala supranacional entiende la omisión al cumplimiento de ciertos actos preliminares y procesales, propician la revictimización del agraviado y a sus familiares²⁷⁶.

Desde esta perspectiva la relatoría encargada sobre las ejecuciones extrajudiciales, reconoce que cuando se producen actos de este tema, es caldo de cultivo para que se siga delinquiendo²⁷⁷, es un mensaje negativo, que motiva a delinquir, porque “no pasa nada”.

Este deber – obligación del Estado peruano se deriva de los compromisos asumidos y prescritos en los art. 1.1, 8 y 25 de la Convención. Por esta razón, a los entes que conforman el sistema judicial les corresponden asumir su rol para no afectar las normas supranacionales. En este sentido la investigación debe efectuarse con prontitud para oportunamente esclarecer la verdad de los hechos denunciados y asegurar de ser el caso la identificación, el juzgamiento y pena a los agresores. En el desarrollo del proceso penal, los agraviados (directos o indirectos) les corresponden el

²⁷⁶ Párr. 186 sentencia Ivcher Bronstein Vs. Perú; Párr. 123 sentencia Tribunal Constitucional Vs. Perú.

²⁷⁷ Párr. 43. Informe del Relator Especial Christof Heyns. A/HRC/20/22. 10 de abril de 2012.

derecho a contribuir y a ser oídos, en el descubrimiento de la verdad y obtener la indemnización que les corresponda.

Al respecto, Amnistía Internacional corrobora lo indicado, afirmando que cuando hay una indagación inoportuna y negligente, sin respetar los estándares convencionales, la impunidad se abre paso predominando, igual ocurre cuando hay una investigación solo para algunos²⁷⁸.

En consecuencia, la impunidad proviene de infracciones de las obligaciones que tienen los Estados (a través de los operadores del derecho), lo que crea el reino de la impunidad, cuyas repeticiones se vuelven sistemáticas²⁷⁹.

b). Índice de impunidad del Perú.

Por las razones expuestas el Perú está calificado como uno de los Estados de América del sur con un alto índice de impunidad desde el 2017, obteniendo en seguridad 67.59 y justicia 80.96 puntos respectivamente. En la ficha técnica de América latina tenemos el puesto 57 con 48.31 puntos cerca al grado de impunidad muy alta. Por encima de Ecuador, Colombia y Chile²⁸⁰.

Situación que se viene manteniendo conforme al informe del igi-2020, en donde obtenemos mal calificación tanto en seguridad (67.59) como en justicia (80.96) lo que demuestra que no hay una voluntad por corregir la impunidad.

²⁷⁸ Párrafo 68 sentencia Consuelo Benavides Cevallos – Ecuador.

²⁷⁹ Párrafo 17 del informe de Naciones Unidas, E/CN.4/Sub.2/1997/20,

²⁸⁰ Índice Global de Impunidad (2020). En: <https://bit.ly/3kCLgYn>

Realidad que se ha hecho patente con los casos de: “Los cuellos blancos del puerto”, “El club de la construcción”, “El caso Odebrecht” ... lo que hace imperioso luchar contra la corrupción e impunidad.

2.14. El doble conforme como garantía constitucional y convencional

Históricamente, el “doble conforme” tiene un carácter inquisitivo (vigente hasta la fecha: está previsto en el numeral 1 del canon 1641 de la ley religiosa) el cual ha influenciado en la “jurisdicción secular” como un “método” a fin de restringir la impugnación y de esta manera la decisión alcance la calidad de “cosa juzgada” para evitar que los fallos del clero sean controvertidos ante un tribunal de casaciones. Esto no ocurría en el derecho laical de aquel entonces, por ejemplo, en la justicia ordinaria española existía el “triple conforme”²⁸¹.

Posteriormente, la Corte IDH, uso por primera esta ficción jurídica, en el caso Barreto Leiva Vs. Venezuela, en donde afirmo: “La Corte es consciente que el señor Barreto Leiva cumplió con la pena que le fue impuesta. Sin embargo, los perjuicios que una condena encierra todavía están presentes y este Tribunal no puede determinar que los mismos son consecuencia de una condena legítima o no; toda vez que no se le ha permitido impugnar. Esa es una tarea del Estado (ver párr. 24) que aún no ha sido cumplida, ya que todavía está pendiente el doble conforme”²⁸². Del análisis se infiere que solo se puede hablar de doble conforme cuando hay un pronunciamiento motivado de la apelación.

²⁸¹ ARIANO DEHO, Eugenia. En la búsqueda de nuestro “modelo” de apelación civil. En: <https://bit.ly/3r67FzB>. Este es el antecedente natural del doble conforme.

²⁸² Ver Párrafo 129 caso Barreto Leiva Vs. Venezuela, Sentencia de 17/11/09. En: <https://bit.ly/3Hy9kUR>

En el aludido caso, la Corte IDH estableció un precedente vinculante supranacional al establecer que no queda firme una sentencia, sino se le permitió apelar oportunamente al sentenciado. Por ende, se afirmó que es una exigencia y garantía que habilita la apelación.

En Europa, la Corte Constitucional Española ha indicado que la potestad de impugnar el fallo es un derecho procedente de la protección Jurisdiccional Efectiva, criterio que maneja desde el 2 julio de 1987, es más considera que: “... se extiende el derecho al recurso o recursos que las leyes establecen **contra las resoluciones judiciales, a favor de las partes**, que con interés legítimo y entendiendo que su derecho ha sido desconocido o limitado, las impugnen en forma, constituyendo así el recurso una prosecución del proceso y, al tiempo, una revisión del mismo por un órgano superior, **que ha de decidir conforme a lo alegado críticamente por las partes, oído las contradictoriamente, permaneciendo, pues vivos los principios de contradicción y de audiencia bilateral que integran la tutela jurisdiccional efectiva**”. Sabiduría jurisprudencial que se mantiene hasta la actualidad y ha sido ratificado²⁸³. Es más, el Estado Español fue condenado al vulnerar el art, 14 del PIDCP, estableciendo que el medio extraordinario que rescribía su legislación penal era simbólico. Precisándose que: “... no obstante el comité pone de manifiesto, que, al margen de la nomenclatura dada al recurso en cuestión, este ha de cumplir con los elementos que exige el pacto. De la información y los documentos presentados por **el Estado Parte no se refuta la denuncia del autor de que su fallo condenatorio y la pena que le fuera impuesta no fueron revisados íntegramente**. El comité concluye que la existencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor

²⁸³ GARBERI LLOBREGAT, José. Consideraciones sobre la naturaleza jurídica del recurso de anulación penal. Juricentro, Costa Rica, 1992, p. 152.

fueran revisadas íntegramente, como se desprende de la propia sentencia de casación citada en el punto 3.2 **limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia**, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5 del art. 14 del pacto”²⁸⁴. De lo que se infiere que para que existe doble conforme la justicia supranacional exige a los Estados partes deben pronunciarse de todos los puntos planteados en el recurso impugnatorio.

En esta línea, resulta evidente el énfasis de la justicia supranacional de realizar una exhaustiva revisión de la totalidad de la resolución impugnada, ponderado todas las variables de la decisión, facultad que tiene el tribunal superior.

2.14.1. El principio de doble conformidad como límite al ius puniendi

El doble conforme se ha equiparado, por la doctrina internacional dominante, a la doble instancia. Incluso, el mismo Tribunal Supranacional ha indicado que es manifestada a través el examen completo del fallo recurrido, con lo que se confirma la resolución, lo que le da mayor legitimidad a la actividad judicial, con lo que se otorga mayor protección al procesado²⁸⁵. Un criterio similar le da Fedel, quien señala que esta figura procesal, da al procesado, la oportunidad de un reexamen del fallo, útil para verificar su razonabilidad²⁸⁶. Maier también lo conceptualiza de manera similar, indicando: “El derecho al recurso se transforma, así, en la facultad del condenado de poner en marcha, con su voluntad, la instancia de revisión -el procedimiento para verificar la doble conformidad- que, en caso de coincidir total o parcialmente

²⁸⁴ Dictamen del caso N° 701-96, Cesario Gómez contra España, citado por Ureña; o., p. 69-70.

²⁸⁵ Ver fallo de Barreto Leiva Vs. Venezuela del 17 de noviembre 2009, párrafos 88-89.

²⁸⁶ Fedel, Daniel B. El recurso de casación, doble conforme y garantías constitucionales. En: <https://bit.ly/3r68mZJ>

con el tribunal de juicio, daría fundamento regular a la condena -dos veces el mismo resultado equivale a la gran probabilidad de acierto en la resolución- y, en caso contrario, privaría de efectos a la sentencia originaria”²⁸⁷. Desde esta perspectiva esta figura tiene dos dimensiones: i) se entiende, la doble conformidad como la protección al procesado para que acceda a la doble instancias jurisdiccionales. Contrario sensu; ii) en caso de ser absuelto de los cargos es el límite infranqueable, impide que el procesado sea llevado nuevamente a juicio.

En la doctrina costarricense según Chirino hace una distinción, por un lado, lo entiende como doble instancia, y por el otro sentido, como prohibición para el persecutor penal de no poder volver a procesar a imputado. Son en beneficio del procesado, una posibilidad de revisión y otra como límite o prohibición, “ambas a su favor”, las que puede usar en el juicio para confirmar la condena o la absolución, en dos juicios seguidos.

Como se aprecia, es consenso de la doctrina dominante en el sistema euro continental, que el doble pronunciamiento jurisdiccional es un requisito previo y necesario para su configuración, exige que hay dos sentencias que hayan superado el control de juricidad. Además, que el ad quem, que examine el fallo recurrido tenga potestad suficientemente para evaluar los temas de hecho y derecho, a fin de determinar si respeta el estándar de razonabilidad. Para que el persecutor no tenga motivo alguno para revivir ad infinitum los fallos que declaran la inocencia de la persona²⁸⁸.

²⁸⁷ MAIER, Julio. Derecho Procesal Penal. Parte General, (Buenos Aires: Editores del Puerto SRL, 2012, Tomo I, 2° edición, p. 713.

²⁸⁸ CHIRINO SÁNCHEZ, Alfredo. “La reforma procesal para introducir el recurso de apelación en Costa

Por otro lado, hay quienes consideran que hay una contradicción entre ambas formas de utilizar dichas ficciones jurídicas. Sin embargo, no es así, un análisis minucioso revela que son dos caras de la misma moneda que se pueden derivar del derecho al recurso, de la tutela judicial efectiva y de la seguridad jurídica de las partes.

Así tenemos que, desde la perspectiva del imputado, existe la exigencia supranacional convencional, constitucional y legal de garantizarle al acusado que, ante una sentencia condenatoria, podrá exigir, a través de un recurso, la revisión de dicha decisión judicial. De esta manera, se le da al acusado la posibilidad “garantía” de que requiera, cuando lo considere, dos instancias que coincidan en su condena; una a través de un juicio y la otra a través del examen de la sentencia²⁸⁹. Así se materializa una “doble instancia” o doble juicio, con un recurso lo suficientemente amplio, idóneo y efectivo, que permite el análisis de la prueba recabada durante el proceso o de nuevos elementos, así como de la valoración que se haya hecho de esta por el tribunal de juicio.

De otro lado, desde la perspectiva del MP, actor civil o agraviado, la finalidad de la doble conformidad, explica Maier, es limitar que el acusador solo tenga de una oportunidad de procesar al imputado y lograr una sentencia, oportuna que se cristaliza en un único juicio²⁹⁰ al que se le ha adicionado en el sistema eurocontinental o mixto, una única posibilidad de apelar por imperativo legal.

Rica. Perspectivas y circunstancias de una propuesta fallida”. Revista de Ciencias Jurídicas. N° 145, 2018 p. 155 y ss.

²⁸⁹ HERBEL, Gustavo. Derecho del imputado a revisar su condena. Buenos Aires: Hammurabi, 2013, p.176.

²⁹⁰ Julio Maier, “La impugnación del acusador: ¿Un caso de Ne bis In ídem?” En: Revista de Ciencias Penales N°. 12,

Si bien el en derecho anglosajón, como señala Fedel, no se admite que el persecutor con toda su logística y ventajas que posee, lleve a una persona varias veces a juicio para sentenciarlo, originándole incertidumbre y zozobra, poniéndolo injustificadamente en peligro de ser condenado²⁹¹”. También hay que tener en cuenta que es otra realidad, en donde incluso está prohibido mentir bajo apercibimiento de ser procesado de perjurio. Además, que en ella se cuenta con la logística y tecnología adecuada, diferente a nuestra realidad. En consecuencia, con esas ventajas si resulta justificable el reproche en el sistema anglosajón.

En esta región el Tribunal Supranacional considera que la existencia de una garantía de doble conformidad protege la cosa juzgada, ante la imposibilidad de recurrir una segunda absolutoria. Así, el principio funciona para hacer precluir toda chance del Estado para realizar su pretensión de condena²⁹². Es un proceso en el que se admita el recurso de la parte acusadora y no se establezca una limitación como el doble conforme anglosajón.

En Perú, la cosa juzgada o principio “ne bis in ídem”, solo es correctamente aplicado e impide la persecución penal del Estado cuando hay doble conforme que respete el debido proceso, esto es, cuando se ha producido un juzgamiento ante el juez natural y tiene la posibilidad que se le revise la decisión adversa por un tribunal revisor superior, mediante un recurso contra ella, que provoca un reexamen del órgano revisor, quien puede fallar por la

²⁹¹ FEDEL, Daniel. El recurso de casación, doble conforme y garantías constitucionales, Editorial Catedra Buenos Aires 2009, p. 92

²⁹² *ibíd.*, 97

nulidad de darse el caso, la absolución o confirmación de la resolución recurrida.

El principio de doble conformidad materializa la protección del imputado desde el resguardo de su dignidad jurídica y desde la cosa juzgada, como lo indica Gutiérrez, este impone que el poder punitivo no sea ilimitado, y la facultad de persecución se reduzca a un solo proceso, podemos afirmar entonces que entre los dos se ubica el derecho fundamental a no ser perseguido penalmente de manera indefinida (que incluiría las fases de acusación, enjuiciamiento y condena). Estos, son límites indispensables para equiparar la relación asimétrica entre imputado y parte acusadora, uno de los fines centrales de las garantías penales desde su origen”²⁹³.

2.14.2. El doble conforme fiscal en el sobreseimiento del CPP

El inciso 3 el art. 346 del CPP establece: “Si el fiscal superior ratifica el requerimiento de sobreseimiento, el juez de la investigación Preparatoria inmediately y sin trámite alguno dictara el auto de sobreseimiento”. Regla aplicada supletoriamente en la audiencia de vista conforme a la doctrina jurisprudencial del PJ casaciones 413-2014 y 187-2016 que concluyen “...El tribunal revisor debe confirmar el sobreseimiento o la absolución, y poner fin al proceso con la posición de conformidad del fiscal superior en grado”, criterio dominante también en el TC. De lo indicado se infiere que para la CS y el TC la doble conformidad fiscal significa una prohibición a pronunciarse de

²⁹³ GUTIÉRREZ, Agustín. La inimpugnabilidad de la segunda absolutoria penal como garantía de los derechos fundamentales. En: <https://bit.ly/3zqN6Br>

los agravios (facticos o jurídicos como también de las nulidades planteadas) del recurso impugnatorio del Actor Civil recurrente o de la parte agraviada.

En el CPP peruano, de **doble conforme fiscal** se ubica en la etapa intermedia, específicamente en el sobreseimiento del Procesal Penal, se utiliza como un requisito de procedibilidad, en la que solo es suficiente escuchar al fiscal de segunda instancia que está conforme con lo requerido por la defensa del acusado o lo requerido por el fiscal provincial o con lo resuelto por el juez de oficio quien declaro el sobreseimiento. Esta conformidad trae como consecuencia que al agraviado se le impide recibir un pronunciamiento congruente y motivado del órgano jurisdiccional revisor en segunda instancia, se ha convertido en un límite para agotar el esclarecimiento de la verdad.

Funciona como requisito de procedibilidad e impide al órgano superior revisor evalúe y se pronuncie sobre los agravios formulados por la parte agraviada recurrente. Esta insólita figura legal es un legado del sistema inquisitivo medieval, diferente al principio de doble instancia de instancia, ya que, en esta última figura procesal, de todas maneras, se produce el pronunciamiento del órgano superior revisor respecto al recurso planteado, bajo sanción de nulidad. En cambio, la primera figura permite el archivamiento automático, sin pronunciamiento del revisor jurisdiccional y sin resolver las cuestiones impugnatorias planteadas.

Esta insólita figura jurídica peruana importa un refinamiento procesal proveniente de una voluntad política, que atenta contra la Tutela jurisdiccional efectiva. Esto, en tanto que convierte en ineficaz las garantías judiciales tuteladas por la constitución y por las convenciones internacionales, tales

como: i) El derecho a ser oído y poder sustentar el recurso en segunda instancia, ii) a recibir una respuesta motivada y congruente del órgano revisor jurisdiccional, iii) a la doble instancia, entre otros.

De esta manera el doble conforme fiscal se convierte en un escudo protector de impedimento automático al Jus puniendi, se produce en segunda instancia, sin someter la decisión del fiscal superior al control jurisdiccional de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad que prima en la jurisdicción penal, vulnerando el derecho a tener un recurso idóneo y efectivo.

Sobre todo, no se condice con el art. V del TP del CPP, en donde se indica: “Corresponde al Órgano Jurisdiccional la dirección de la etapa intermedia...” Sin embargo, en la realidad, en la etapa intermedia quien decide la suerte del proceso es el fiscal superior, de esta manera el órgano jurisdiccional se convierte en un fedatario de la decisión fiscal, decisión de la que ni siquiera puede revisar su: legalidad, legitimidad, veracidad, razonabilidad y proporcionalidad, de esta manera renuncia a su facultad de control judicial.

También se incumple el art. X del TP del acotado cuerpo legal que prescribe “Las normas que integran el presente título prevalecen sobre cualquier otra disposición de este código...”. Con esto se demuestra que en materia de sobreseimiento prevalece la regla del Inc. 3 del art. 346 del CPP y del art. 5 de la LOMP, y no los mencionados principios directrices del TP

del CPP, lo que evidencia una incoherencia procesal, por ende, una antinomia jurídica²⁹⁴.

2.14.3. El doble conforme y sus corrientes

A nivel internacional la vigencia del principio de doble conforme no es uniforme en la doctrina, al respecto existe dos corrientes:

a). Los que admiten el doble conforme.

Por ejemplo, en Costa Rica Rojas Chacón, defienden la posibilidad del MP y la víctima de recurrir las veces que sea necesario, sostiene que: “La limitación impuesta al MP mediante el art. 466 bis del CPP de su país, sin duda menoscaba sus posibilidades de ejercer la acción penal. Considero que una disposición legislativa como ésta sólo sería jurídicamente válida –y por ende aceptable– en tanto verdaderamente responda a la protección de los principios y garantías procesales esenciales, es decir, que tenga capacidad de rendimiento para asegurar el valor justicia, y no constituya un mero reflejo de posiciones dogmáticas importadas de países con historia y cultura jurídicas muy diferentes a la costarricense, pues ello haría altamente cuestionable la pertinencia de incluir este tipo de modificaciones en nuestro sistema”²⁹⁵. Añade el referido autor que: “Si una sentencia no ha adquirido firmeza porque aún puede ser revisada por un superior, es claro que no podemos hablar del agotamiento “en sentido técnico” de la jurisdicción. De no existir éste, tampoco puede afirmarse

²⁹⁴ Situaciones en las que dos o más normas que tienen similar objeto prescriben soluciones incompatibles entre sí, de forma tal que el cumplimiento o aplicación de una de ellas implica la violación de la otra

²⁹⁵ ROJAS CHACÓN, “Algunas Reflexiones acerca de la doble conformidad y el ne bis in ídem. Ed. Chinchilla Calderón. San José, Costa Rica, 2012, p. 198.

válidamente que la anulación y el reenvío constituyan una ‘renovación’ de la persecución”²⁹⁶.

Desde esa perspectiva, dicha argumentación es inválida, también en nuestro marco constitucional, pues, no es viable obtener seguridad jurídica sacrificando las garantías judiciales a la víctima.

Como se deduce esta posesión resulta valida porque garantiza la optimización de las garantías judiciales en segunda instancia. Es decir, hace prevalecer los principios por encima de las reglas procesales. Se alinean a este criterio los países que se adhieren al sistema procesal euro-continental, E incluso los que se denomina acusatorio adversarial como Chile. También algunos países alineados al sistema acusatorio puro, como Inglaterra en donde como se verá es el órgano jurisdiccional quien se pronuncia en última instancia sobre el sobreseimiento.

b). Los que discrepan con el doble conforme

Esta posición discrepante está influenciada por el sistema procesal anglosajón, con su peculiar Principio Acusatorio. Considera que aun admitiéndose que el juicio de reenvío luego de una sentencia absolutoria o anulada viola el principio de no ser juzgado doblemente, la constante práctica de anular sentencias de primera instancia reiteradamente o sentencias de instancias siguientes como la apelación, sí viola dicho principio. Instaurar un proceso que constituya, ad infinitum, un círculo de condenas y absolutorias que nunca adquieren firmeza, transgreden no sólo el derecho a una justicia pronta,

²⁹⁶ Ibidem, 199.

sino también el ne bis in ídem. Considera Maier, que poco importará para el imputado que pueda considerarse una condena más dentro del mismo proceso, porque cada sentencia es una variación en su situación jurídica; cada juicio es una revaloración de los mismos hechos y un prejuzgamiento.

Los que comparten este criterio se apoyan en el derecho anglosajón cuya legislación limita la persecución constante respecto a un delito. Consideran que cuando el ente persecutor procesa a un ciudadano y lo lleva a juicio, tiene solo una ocasión para lograr condenarlo, resultando inadmisibles someterlo a un nuevo riesgo de ser condenado²⁹⁷.

Sin embargo, no todo lo indicado es cierto, esto es producto del falso garantismo judicial, que tiene como aliado la “*tiranía de las etiquetas procesales penales*” lo que no debe llevarnos a generalizar la conclusión de un conjunto de hechos que puede significar la limitación o la prohibición que tienen el mismo efecto en un caso y proyectarlo para en todos los demás²⁹⁸. Sino que se debe analizar a cada caso en concreto. Como se hace en Estados Unidos. En la que la prohibición al principio de doble conforme no es absoluto, tiene sus rupturas o excepciones en aras de una real justicia, un ejemplo de ello es el caso Snyder v. Massachusetts, en donde se renovó el juicio oral por violación por el derecho constitucional a la actividad probatoria, al momento de ser recabada el testimonio.

También en el caso EE.UU Vs Pérez, se estableció la posibilidad de un segundo juicio cuando un juicio nulo es el resultado de una "necesidad

²⁹⁷ Maier, “La impugnación del acusador: ¿Un caso de Ne bis In ídem?”, 1.

²⁹⁸ Ver sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos caso Palko contra el Estado de Connecticut (1937). En: <https://bit.ly/3znhKvw>

manifiesta"²⁹⁹, Este supuesto se da cuándo, el jurado no puede llegar a un veredicto³⁰⁰ o porque las circunstancias impiden claramente la continuación del juicio³⁰¹.

Empero, la cuestión de si existe un doble riesgo se vuelve más difícil cuando se recurre a la doctrina de la "necesidad manifiesta" para justificar un segundo juicio después de un juicio fallido otorgado por el juez de primera instancia debido a algún evento bajo el control del fiscal o debido a mala conducta del fiscal o por error o abuso de discreción por parte del propio juez. La doctrina anglosajona exige que, debe haber un equilibrio entre el derecho del acusado a completar el juicio y el **interés público** en juicios justos diseñados para terminar en juicios justos³⁰².

Consecuentemente, cuando, después de un peligro adjunto, se otorgó una anulación debido a una **acusación defectuosa, el Tribunal sostuvo que el nuevo juicio no estaba prohibido**; en este supuesto un juez de primera instancia "ejerce adecuadamente su discreción" en los casos en que no se puede llegar a un veredicto imparcial o en los que un veredicto sobre la condena tendría que ser revocado en la apelación debido a un error obvio. "Si un error pudiera hacer que la revocación de la apelación sea una certeza, no serviría "los fines de la justicia pública" exigir que el gobierno proceda con su prueba

²⁹⁹ Ver el caso Estados Unidos v. Pérez, 22 Estados Unidos (9 trigo) 579 , 580 (1824)

³⁰⁰ Idem

³⁰¹ Ver el caso Simmons v. Estados Unidos, 142 US 148 (1891) se puso en duda la imparcialidad durante el juicio; Lo mismo paso en el juicio Thompson v. Estados Unidos, 155 US 271 (1884) Se demostró durante el juicio de que un integrante del jurado había servido en el gran jurado que había acusado al acusado y por lo tanto fue descalificado; Igual sucedió en el caso Wade v. Hunter, 336 US 684 (1949).

³⁰² Ver el caso Illinois v. Somerville, 410 US 458 , 463 (1973),

cuando, si tuvo éxito ante el jurado, sería despojado automáticamente de ese éxito por un tribunal de apelaciones”³⁰³.

La jurisprudencia anglosajona no ampara **la mala fe**, por ejemplo, en el caso *Downum v. Estados Unidos*, se declaró nula la sentencia porque un testigo clave no había sido notificado inadvertidamente y no podía ser encontrado. Pero al acreditar la defensa a través de un *habeas Corpus* que el fiscal supo estas circunstancias antes de la selección y toma de posesión del jurado, el Tribunal suspendió un nuevo juicio, porque el fiscal sabía que su testigo no estaba disponible.³⁰⁴ De esta manera se estableció el principio: **un error del fiscal o del juez que condujo un juicio no podía constituir una "necesidad manifiesta"** para terminar un nuevo juicio, Así en el caso *Somerville* distinguió y limitó en *Downum* situaciones en las que el error se presta a la **manipulación del enjuiciamiento**, al ser el tipo de instancia que el fiscal podría utilizar para abortar un juicio que no se estaba llevando a cabo con éxito y obtener un nuevo juicio que sería una ventaja para él³⁰⁵.

El caso *Illinois v. Somerville* origino la división de criterios en el tribunal que resolvió el *habeas Corpus*, hubo magistrados de minoría que consideran que la acusación defectuosa priva al tribunal de primera instancia de jurisdicción, razón por el cual votaron por la nulidad del juicio y *Double Jeopardy* o “doble incriminación” porque el imputado no había sido juzgado por el delito que se le debía imputar³⁰⁶.

³⁰³ 410 US en 464

³⁰⁴ *Downum v. Estados Unidos*, 372 US 734 (1963)

³⁰⁵ *Illinois v. Somerville*, 410 US 458, 464–65, 468–69 (1973)

³⁰⁶ *Ídem*.

Otro supuesto lo encontramos en el *Arizona v. Washington*³⁰⁷, en este caso el abogado defensor en su declaración de apertura hizo comentarios perjudiciales sobre la conducta pasada del fiscal, y la moción del fiscal para un juicio nulo fue otorgada por las objeciones de la defensa del acusado. El Tribunal dictaminó que el nuevo juicio no estaba prohibido por doble peligro. Sin embargo, también preciso que, en un sentido estricto y literal, la anulación del juicio no era "necesaria" porque el juez de primera instancia podría haber dado instrucciones limitantes al jurado, el Tribunal sostuvo que el mayor grado de respeto debería otorgarse a la evaluación del juez de primera instancia de la probabilidad deterioro de la imparcialidad de uno o más miembros del jurado. Mientras el apoyo para una orden de anulación se pueda encontrar en el registro del juicio, el juez de primera instancia no debe hacer una declaración específica de "necesidad manifiesta"³⁰⁸.

Otro supuesto lo encontramos en el caso *Gori v. Estados Unidos*³⁰⁹, en este caso el Tribunal permitió el nuevo juicio del acusado cuando el juez de primera instancia, por su propia iniciativa y sin indicación de los deseos del abogado defensor, declaró un juicio nulo porque pensaba que la línea de interrogatorio del fiscal tenía la intención de exponer los antecedentes penales del acusado, lo que podría haber constituido un error perjudicial. Aunque el

³⁰⁷ Ver en: 434 US 497 (1978)

³⁰⁸ La alegación de "necesidad manifiesta" es la carga que el fiscal debe acreditar para justificar el nuevo juicio. 434 EE. UU. En 505–06. Importa un "alto grado" de necesidad, y algunos casos, como los jurados viciados, cumplen fácilmente ese estándar. En este supuesto prima el fallo del A quo, porque está en mejor posición para determinar el alcance del posible sesgo, habiendo observado la respuesta del jurado y respondiendo por el curso que él considera más conveniente para el juicio. En estos casos resalta la conducta funcional responsable del juez quien debe velar por el interés del demandado en concluir el juicio en un solo procedimiento.

³⁰⁹ Ver en: 367 US 364 (1961), juicio Estados Unidos vs. Tateo, 377 US 463 (1964) (reprogramación permitida después de la anulación de una declaración de culpabilidad declarada involuntaria debido a la coerción del juez de primera instancia).

Tribunal pensó que la acción del juez fue un abuso de discreción, aprobó un nuevo juicio alegando que la decisión del juez se había tomado para beneficio del acusado.

Sin embargo, esta justificación fue desaprobada en el caso *EE.UU vs. Jorn*, en el que el juez de primera instancia destituyó al jurado por error y abusó de su discreción, porque no creía la seguridad del fiscal de que ciertos testigos habían sido debidamente informados de sus derechos constitucionales³¹⁰. Al negarse a permitir el nuevo juicio, el Tribunal observó que la "doctrina de la necesidad manifiesta es una orden para que los jueces de primera instancia no excluyan la opción del acusado [de ir al primer jurado y tal vez obtener una absolución] hasta que un ejercicio escrupuloso de discreción judicial conduzca a la conclusión de que los fines de la justicia pública no serían atendidos por una continuación del proceso"³¹¹.

En los casos posteriores parecen aceptar el criterio del caso *Jorn* como un ejemplo de una inconducta funcional del juez cuando "actúa de manera irracional o irresponsable". Pero si el juez de primera instancia actúa deliberadamente, le da al enjuiciamiento y defensa la oportunidad de explicar sus posiciones, y de acuerdo con el interés del acusado en concluir el asunto ante el jurado, entonces tiene derecho a la deferencia. Estos criterios quizás habilitan el resultado si no el razonamiento en *Gori* y mantiene el resultado y gran parte del razonamiento de *Jorn*³¹².

³¹⁰ Ver Estados Unidos v. *Jorn*, 400 US 470 , 483 (1971).

³¹¹ La opinión de la Corte fue por una pluralidad de cuatro, pero otros dos jueces se unieron a ella después de argumentar que faltaba jurisdicción para escuchar la apelación del gobierno.

³¹² Ver, *Arizona v. Washington*, 434 US 497 , 514, 515–16 (1978). Ver también *Illinois v. Somerville*, 410 US 458 , 462, 465–66, 469–71 (1973) (discutiendo *Gori* y *Jorn*).

En la jurisprudencia anglosajona, "se supone que una moción del acusado por juicio nulo normalmente elimina cualquier barrera para la nueva ejecución, incluso si la moción del acusado es necesaria por un error de enjuiciamiento o judicial"³¹³. "Dicha propuesta del acusado se considera deliberada elección de su parte para renunciar a su valioso derecho a que se determine su culpabilidad o inocencia antes del primer juicio de hecho"³¹⁴.

En el caso *Estados Unidos v. Dinitz*³¹⁵, el juez de primera instancia había excluido al abogado principal del acusado por mala conducta y luego le había dado la opción de receso mientras apelaba la exclusión, un juicio nulo o la continuación con un abogado defensor asistente. Sosteniendo que el acusado podría ser juzgado nuevamente después de elegir un juicio nulo. En esta supuesto el Tribunal razonó que, aunque la exclusión podría haber sido un error, no se hizo de mala fe para incitar al acusado a solicitar un juicio nulo o perjudicar sus perspectivas de absolución. La decisión del acusado, aunque difícil, de terminar el juicio y pasar a un nuevo juicio debe ser respetada y no se debe prohibir un nuevo juicio. Sostener lo contrario requeriría exigirle al acusado que cargue con la carga y la ansiedad de proceder a una condena probable seguida de una apelación, que de ser exitosa conduciría a un nuevo juicio,

³¹³ Ver, *Estados Unidos v. Jorn*, 400 US 470 , 485 (1971) (opinión de pluralidad)

³¹⁴ Ver, *Estados Unidos v. Scott*, 437 Estados Unidos 82 , 93 (1978).

³¹⁵ Ver en 424 US 600 (1976). También ver *Lee v. Estados Unidos*, 432 US 23 (1977) (moción del acusado para desestimar porque la información fue elaborada incorrectamente después de la declaración de apertura y renovada al cierre de la evidencia era equivalente funcional de juicio nulo y cuando se concedió no prohibió el nuevo juicio, el Tribunal enfatizó que el acusado por su oportunidad provocó la ejecución de una hipoteca de la oportunidad de permanecer antes del mismo juicio)

En otros casos el Tribunal ha sabido diferenciar la mala conducta judicial de los participantes del proceso, estableciendo que en esos casos se prohibiría el nuevo juicio. Dejo en claro que mala conducta judicial constituiría tal extralimitación³¹⁶. Sin embargo, en el caso *Oregón vs. Kennedy*³¹⁷, el Tribunal adoptó una prueba estrecha de "intención", de modo que "solo cuando la conducta gubernamental en cuestión tiene la intención de 'incitar' al acusado a que se traslade por un juicio nulo, el acusado puede elevar el listón de doble riesgo a un segundo juicio después de haber tenido éxito en abortar el primero por su propia moción". En consecuencia, normalmente, un acusado que se mueve o acepta en un juicio nulo está obligado por su decisión y se le exige que se presente a un nuevo juicio.

Varias décadas después, la Corte extendió la lógica de *Powell* en el caso *Bravo-Fernández v. Estados Unidos*³¹⁸. En ese proceso, un jurado había emitido veredictos de condena y absolución inconsistentes con respecto a dos acusados, pero sus condenas fueron anuladas por errores legales no relacionados con la inconsistencia³¹⁹. El Tribunal, reconociendo *la conclusión de Powell de que los veredictos inconsistentes no*

³¹⁶Ver la diferencia entre los casos: *Estados Unidos vs. Dinitz*, 424 US 600, 611 (1976), con *Estados Unidos v. Tateo*, 377 US 463, 468 n.3 (1964).

³¹⁷Ver 456 US 667, 676 (1982). El Tribunal pensó que un estándar más amplio que requiere una evaluación de si los actos del fiscal o del juez perjudicaron al acusado sería inmanejable y sería contraproducente porque los tribunales serían reacios a otorgar mociones por juicios erróneos, sabiendo que la reprobación sería prohibida. *Carné de identidad*, en 676-77. El acusado se había trasladado a juicio por falta de juicio después de que el fiscal le hizo una pregunta perjudicial a un testigo clave. Cuatro jueces estuvieron de acuerdo, señalando que la pregunta no constituía una extralimitación o acoso y objetando tanto que la Corte llegara al tema más amplio como que redujera la excepción. *Carné de identidad*, en 681

³¹⁸580 US, No. 15-537, slip op. en 2 (2016) ("Por lo tanto, colocamos este caso entre corchetes con *Powell* ...")

³¹⁹Id. a las 9-10. Si se hubieran revocado las condenas por falta de pruebas, se habría prohibido al gobierno volver a intentar a los acusados, ya que la evaluación de un tribunal de las pruebas como insuficientes para condenar es equivalente a una absolución y, en consecuencia, prohíbe la nueva ejecución por ese mismo delito. Ver *Burks v. Estados Unidos*, 437 US 1, 10-11 (1978)

indican si la **absolución** fue el resultado de "error, compromiso o lenidad"³²⁰, **sostuvo que podría volver a procesarse** por los cargos por los cuales inicialmente se obtuvo una condena. Según la Corte, debido a la "irracionalidad" de los veredictos inconsistentes anteriores³²¹, los acusados criminales no pudieron demostrar que el primer jurado había "realmente decidido" que no cometieron el delito subyacente en el segundo juicio³²². Como resultado, si bien se prohibió al gobierno volver a enjuiciar a los acusados en *Bravo-Fernández* por los cargos que anteriormente habían resultado en una absolución, la exclusión de asuntos no se pudo utilizar para evitar un segundo juicio por los cargos que previamente habían resultado en veredictos de culpabilidad³²³.

2.14.4. Análisis Filosófico del Doble Conforme

En la tarea que tiene los operadores del derecho de observar, interpretar, subsumir y aplicar la ley, puede producir errores, por la falibilidad del ser humano, originado por los diferentes factores internos como: conocimiento o desconocimiento, la ideología, los prejuicios, las conveniencias o la indiferencia. También puede ocurrir por factores externos como: influencias, presiones... Los que hacen que se desvíe del camino de la justicia. Estas

³²⁰ Ver Bravo-Fernández, slip op. a las 17

³²¹ Id . a los 18

³²² Id . a los 16 años. El Tribunal Bravo-Fernández distinguió el caso de Yeager v. Estados Unidos, 557 US 110 (2009) , donde el Tribunal sostuvo que Powell no se extendió a la situación en la que un jurado emitió un veredicto de absolución por un cargo y suspendió en otro recuento y los fiscales intentaron volver a intentar el recuento colgado. Id. en 124. Debido a que el jurado "habla solo a pesar de su veredicto", un recuento suspendido no reveló nada sobre el razonamiento del jurado y solo la absolución podría tener en cuenta el análisis de preclusión del problema. Id. a las 122. A diferencia de Yeager, las absoluciones en Bravo-Fernández fueron acompañadas con veredictos de culpabilidad inconsistentes, lo que llevó a la Corte a concluir que los acusados criminales no podían demostrar que el jurado había decidido realmente la cuestión subyacente en el segundo juicio. Ver Bravo-Fernández, slip op. en 16-18

³²³ Ver Bravo-Fernández, slip op. a los 19 años (señalando que las absoluciones anteriores "siguen siendo inviolables")

condiciones contribuyen de una u otra manera en la imperfección de la justicia.

Por eso es que en filosofía se alude al siguiente silogismo:

Premisa mayor: Toda obra del hombre es imperfecta porque el hombre es imperfecto.

Premisa menor. Todo operador de derecho es hombre.

Conclusión: Todo operador del derecho es imperfecto.

A raíz de la falibilidad de las decisiones de los magistrados que imparten justicia, es que aparece el neoconstitucionalismo como alternativa para superar la legalidad del Estado de derecho. De esta manera la filosofía jurídica da razones fundadas, para lograr materializar las aspiraciones jurídicas política que se enarbola en una sociedad más civilizada. Así, se pretende superar el conflicto entre Estado de derecho versus estado de justicia, con la finalidad de impartir una justicia más humanizada y digna, es decir, más justa y respetuosa al ciudadano.

En consecuencia, si las decisiones de los magistrados suelen ser equivocadas, en atención ontológica de la falibilidad humana, es que surge el doble conforme jurisdiccional, con la finalidad de permitir la revisión de las decisiones, lograr la perfección de las decisiones y la transparencia en la impartición de justicia. Con lo que se consigue satisfacer los principios de: Doble instancia y tutela jurisdiccional efectiva. Lamentablemente, esto no podrá suceder en sociedades liquidas en donde reina la corrupción estructurada, por más que se cambie del modelo procesal penal.

En estos tiempos la falibilidad humana no tan solo se puede apreciar en el aspecto formal del proceso, sino también en el ámbito sustancial de la razonabilidad y logicidad, por eso que hoy se cuestiona la ponderación, coherencia e incongruencia de la decisión. Con la finalidad de lograr un equilibrio en la impartición de justicia en aras del respeto de la dignidad humana. De esta manera se combate, el abuso del derecho, la arbitrariedad, la soberbia, el capricho, la incongruencia y la subjetividad, que se plasma muchas veces en decisiones tiránicas, despóticas, vagas e infundadas. Estas son más proclives en sociedades liquidas, en la que los sistemas de administración de justicia no siempre gozan de autonomía e independencia, cuya estructura socio cultural es muy diferente a los del sistema anglosajón, ya que este último sistema tiene ámbitos de administración de justicia más confiable, respetable y predecible. De esta manera se logra un efecto positivo en la vida social, estos son, impartir justicia emitiendo sentencias en base a la verdad y la justicia³²⁴. A la vez se brinda certidumbre en el fallo, se unifica criterios en aplicación y análisis práctica de la norma penal³²⁵ y adjetiva.

2.15. La necesidad de contar con un juez garantista

Es una súplica generalizada desde antes de la república y persiste en la actualidad, de contar con un juez garantista que con efectividad controle los de barajustes o extralimitaciones de los operadores del derecho que participan en el juicio

³²⁴ SCHMDT, Eberhard, Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal. Segunda Edición, Córdoba. Lerner editorial S, R.L., 2006, p. 21.

³²⁵ ZUGALDIA ESPINAR, Jose Miguel, Fundamentos de derecho penal. Parte General. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 201.

y de sus colaboradores que de una u otra forma apoyan a la impartición de justicia, quienes también están llamados a respetar las garantías constitucionales.

Solo de esta manera se puede desterrar la arbitrariedad, el conservadorismo, la pretensión de politizar la justicia y el neofascismo social que busca atesorar privilegios, manipulando pruebas, creando hechos delictivos o las omisiones de funciones con miras a la impunidad.

Solo cumpliendo este rol el juez puede verificar la verdad o falsedad de los hechos denunciados, la verosimilitud de los cargos, la autenticidad de los documentos y testimonios, y la lealtad de los operadores del derecho para la justicia. A fin de no degradar este servicio ya venida a menos.

Esta apreciación no es exagerada ni equivocada³²⁶. Solo basta con mirar las consecuencias de nuestra realidad para tener razón. Por lo tanto, si el juzgador penal garantista no cumple su rol en el proceso del penal poco o nada se va a respetar las garantías constitucionales, se dejará que la impunidad reine y nos seguiremos lamentado de los desaciertos de nuestra administración de justicia.

El vigilar el correcto desarrollo del proceso penal es el rol del juez por tener calidad de garante. No es un fedatario del cumplimiento formal de la norma. Este papel social le exige actuar con rectitud, autonomía, prudencia y equidad.

Desde esta óptica, el proceso se convierte en una técnica adecuada, dinámica, conducente para hacer justicia en el juicio oral. También de esta manera se podrá controlar la intromisión de los grupos de poder. En sentido moderno y democrático el

³²⁶ Esto lo podemos verificar al analizar las casaciones penales en donde se declara la nulidad de las desiciones por invacion de roles, omision de actos procesales, indebida motivacion o atentar contra el derecho a la verdad.

papel de garante igualmente consiste allanar la igualdad de oportunidades a las partes, erradicar el oportunismo, los privilegios y la impunidad de los grupos de poder que pretenden manipular el sistema judicial para favorecer a sus intereses particulares y conservar sus prerrogativas en perjuicio del bienestar social y la paz.

Lo indicado pretende obtener una impartición de justicia correcta, justa, con equidad y razonabilidad, con lealtad a las normas y precedentes vinculantes establecidos a nivel nacional y supranacional. Para ello se debe des mecanizar la administración de justicia, convirtiéndola más humana, digna y legítima.

En esta línea el exmagistrado español Ramiro García de Dios³²⁷, considera que el rol de garante del magistrado consiste en controlar los excesos de los “poderes autónomos” para garantizar los derechos constitucionales de las personas sometidas a un proceso.

Según Larenz³²⁸, el juzgador garante debe ser ecuánime, justo y objetivo, no debe tener un conflicto de intereses para resolver el caso, debe evitar decisiones que vayan contra la ley, sobre todo contra las garantías constitucionales y si se presenta un conflicto entre ellos debe sopesarlos.

Lo importante de esta forma de ejercer la judicatura radica en no omitir verificar adecuadamente las teorías introducidas al proceso, comprobar la verosimilitud de los temas probandum, respetar la dignidad de las partes y optimizar las garantías procesales. A fin de alcanzar la certidumbre y eficacia jurídica.

³²⁷ Ver en: <https://bit.ly/3nhrgf5>

³²⁸ LARENZ, Karl. Metodología de la ciencia del derecho. Ariel. Barcelona, 1980, p. 52.

Abona a esta tesis lo expresado por Ferrajoli, en su artículo “La igualdad y las garantías”, afirmando que las partes deben gozar del derecho a la igualdad porque presentan disímiles identidades y por la divergencia en sus condiciones materiales y sociales. Sin embargo, ambos merecen la misma dignidad, posibilidades y consideración. Por lo tanto, no deben existir privilegios al momento que el juzgador realiza el control formal y sustancial de cada acto procesal.

Robert Alexy en su libro “Teoría de la argumentación jurídica” indica que el juez garantista, pondera la teoría con la realidad en cada caso concreto y de esta operación lógica jurídica, decide dando razones de porqué de deberá primar un bien jurídico y no el otro. Es decir, toda decisión que busca la justicia, debe ser producto de juicios de valor³²⁹.

Al respecto Juan García Amado, resalta que Robert Alexy es un auténtico jus moralista, porque antepone los requerimientos de la moral objetiva y estima que la ley y las reglas deben ser condescendientes con los requerimientos sociales que forjan la equidad y la paz social, brindando eficacia a los mandatos constitucionales. Situación que debe primar por más que las normas hayan sido producto de la expresión democrática. Consecuentemente para el filoso alemán el juez garantista es aquel que no está atado a la legalidad, sino que actúa y mantiene cierto grado de discrecionalidad para optimizar los mandatos constitucionales. El juez alexiano cuando va decidir un conflicto da primacía a la moral y guarda para otra ocasión la simple fórmula legal. Para cuyo efecto justifica su decisión con argumentos de justicia y equidad, de esta manera evita causar daño a la justicia y a la prudencia de los sabios³³⁰.

³²⁹ ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. Feranfort del Meno 1978, p. 31 y ss.

³³⁰ GARCIA AMADO, Juan. Ponderación Judicial Estudios Críticos. Editorial Zela, Puno 2019, p, 12

Reflexiona El Dr. García Amado, que cuando el juzgador busque resolver un caso no puede utilizar cualquier norma, con mayor razón si esta es contraria a la justicia, al interés público, ni soluciona honestamente el asunto³³¹, en tal supuesto el juez garantista utilizará los mandatos constitucionales.

Por ejemplo, en el tema de análisis las reglas del: art. 05 de la LOMP y del inc. 3 del art. 346 del CPP no tiene primacía sobre las garantías constitucionales cuando se alega la violación en el proceso de estas últimas. Sostiene Dworkin: Un mandato constitucional es un juicio de valor que debe respetarse siempre, ya que está orientado a producir una situación social anhelable y porque también establece una exigencia de ecuanimidad, entereza, y de otra esfera de la moral³³². Para exponer su teoría Ronald Dworkin, usa el proceso Riggs contra Palmer o el juicio Elmer, para explicar que el principio de justicia no puede ser desatendido, ni superado por la norma como se pretende implantar por la teoría positivista que defiende Herbert HART³³³, al mismo tiempo demuestra el conflicto entre los positivistas y los neonaturalistas³³⁴. La citada jurisprudencia americana alienta la discusión jusfilosofico Hart- Dworkin, entre las corrientes jus naturalistas y positivistas, primando la primera en el derecho norteamericano y el segundo en Latinoamérica. Aunque en la práctica va a depender de la concepción filosófica de quien aplica y de quienes revisan la decisión. El aludido caso es comúnmente citado, para definir o elegir una corriente del derecho³³⁵ a que se circunscribe tal autor. Destaca Dworkin que al resolver el caso Elmer se hace primar un adagio moral fundamental del Common law “ley común” la cual se sintetiza en que: “A nadie se le puede beneficiar de su propio fraude, o tomar ventaja de su propio

³³¹ Idem.

³³² DWORKIN, R. Tomar los derechos en serio, Londres, Duckworth, 1977, p.22.

³³³ DWORKIN, R. El modelo de reglas y revisión de la ley de Chicago, N.º 35, 1968, p. 14-46.

³³⁴ DWORKIN, R. Imperio de la ley. Universidad de Harvard, Cambridge, 1986, p. 15-20; 37; 40.

³³⁵ BERNAL PULIDO, Carlos. Un análisis de las decisiones judiciales. En: <https://bit.ly/34c2t5h>

error, fundar cualquier demanda sobre su propia inequidad, o adquirir propiedad sobre la base de su propio crimen”. De esto se verifica que los jueces del Common law no están atado a la norma por más legítima y democrático que sea, sino que buscan el verdadero espíritu, hacen una interpretación racional para hacer justicia usando su discrecionalidad y buscan la respuesta más apropiada que el legislador hubiera querido, **dan prioridad a la norma natural del interés público, la moral pública.** Ellos resuelven sus conflictos sin olvidar los mandatos constitucionales de justicia y equidad, y los colocan por encima de las leyes³³⁶, ya que, por nada, en ningún territorio deben ser cambiadas por las normas.

La Corte IDH en el caso Acosta vs. Nicaragua, acogió este criterio valorativo, al constatar la violación de derechos fundamentales, llegando a resaltar la falta del control jurisdiccional con ello la nula intención de hacer justicia. Arribo a esta conclusión luego de verificar las omisiones en la investigación, las que ni siquiera fueron corregidas por los órganos revisores, ni sancionados por los órganos de control disciplinario. Situación que se agravo con la conducta de la Corte Suprema al no haber impuesto sus buenos oficios para corregir las violaciones denunciadas, más bien, las avalo. Haciendo evidente la impunidad y la falta de compromiso para combatirlas³³⁷.

Compartiendo este enfoque la Corte Suprema en el AP 1-2019 al abordar el tema de la prisión preventiva considera que el control jurisdiccional debe ejecutarse por el juez de garantías, quien no solo debe escuchar lo que dicen los litigantes, sino

³³⁶ Ver en: <https://bit.ly/3eDeiUc> encontrada el 29/12/2019.

³³⁷ Ver párr. 169 de la sentencia del caso Acosta y otros Vs. Nicaragua.

que, también está obligado a comprobar el material probatorio presentado. Y lo más importante ejecutar sus poderes de dirección con el debido rigor³³⁸.

Como se aprecia es criterio dominante la exige de control riguroso a las actuaciones judiciales, si esto es así, el control del sobreseimiento en el proceso penal peruano en segunda instancia también debe de serlo, de no ser así, se vulneraría un conjunto de garantías constitucionales y abre las puertas a la impunidad y con ello a la corrupción. Al respecto Andrés Fernández Díaz sostiene que: “las causas directas de la corrupción son la falta de transparencia de las normas, leyes y procedimientos; ejemplos y actuaciones de los líderes y deficientes controles institucionales. A todo ello hay que añadir, obviamente las múltiples carencias en materia de ética pública o para la política y la administración pública en el marco general de referencia de un conjunto de principios y valores morales básicos y universales”³³⁹.

En consecuencia, un juez garantista es aquel que ejerce su función ponderando los principios y las reglas, tratando con dignidad a las partes, sin privilegios, ni dando lugar al oportunismo.

³³⁸ Ver Fundamento 67 del AP. 1-2019

³³⁹ FERNANDEZ DIAZ. Andrés. Revista Española de control externo, en: [file:///C:/Users/User/Downloads/Dialnet-PresupuestosPublicosYGeneroPlanteamientoInicial-3436942%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/Dialnet-PresupuestosPublicosYGeneroPlanteamientoInicial-3436942%20(3).pdf)

Capítulo III: El derecho procesal penal, los principios procesales, la víctima y el recurso de apelación

3.1. Ley Procesal

Haciendo un símil podemos decir que la ley procesal es como un camino especial, sirve para que el proceso recorra y avance para alcanzar el fin de impartir justicia. Pero al mismo tiempo este camino no puede ir como sea, cuando se quiera y por donde sea, tiene un marco de acción, debe estar dentro de los parámetros que establece derecho constitucional. Por eso es que se habla de la constitucionalización del derecho penal. Hugo Alsina lo definió, como un cuerpo legal que orienta las actuaciones de los operadores del derecho en un proceso, establece las atribuciones y los roles de los operadores del derecho y de las partes del proceso³⁴⁰. Para Gómez Orbaneja, este cuerpo legal tiene como objetivo garantizar los derechos procesales, razón por el cual no es sometida al derecho material³⁴¹.

Si bien es verdad el derecho procesal es imperativo por mandato legal. También es verdad que, en la actualidad, el principio de legalidad ha quedado relativizado por los mandatos constitucionales como el derecho a la motivación, razonabilidad y racionalidad al momento de aplicación de la norma procesal a la luz de los principios y derechos constitucionales. Estando obligado el juzgador a respetar el principio de igualdad procesal y el deber de superar cualquier obstáculo para su optimización, conforme así lo establece el inc. 3 del art. I del T.P. del CPP.

³⁴⁰ Citado por LEVENE (h), Ricardo: Manual de Derecho Procesal Penal, Depalma, Buenos Aires, 1993, T.I, p.5.

³⁴¹ GOMEZ ORBANEJA, Emilio., et al. Derecho Procesal Penal. 10º Edic. Artes Gráficas. Madrid, 1987, p.16.

3.1.1. El Derecho Procesal Penal

Nació para explicar la función que tiene el Estado cuando resuelve los conflictos entre los hombres o de estos con las personas jurídicas de diferente índole. Carli indica que, al mismo tiempo se ocupa de los límites, extensión y naturaleza del órgano jurisdiccional, de las partes y de otros sujetos procesales³⁴².

Señala César San Martín Castro, que se le puede definir como la rama del derecho que regular los actos procesales, exigencias, eficacia o nulidad en el proceso penales³⁴³.

En esa línea, Eugenio Zaffaroni, sostiene que el proceso penal, enseña el camino que debe seguir los operadores de las agencias criminales desde el momento que se tiene la noticia criminal hasta la sentencia y su ejecución³⁴⁴. Asevera el referido maestro que el derecho procesal no resuelve el conflicto porque, siempre deja afuera a una de las partes que es la víctima.

Según Córdón, el derecho Procesal Penal, es un instrumento útil para un fin específico, “la protección jurisdiccional de los derechos a través de la actuación. Desde otro punto de vista Rodríguez Delgado, considera que históricamente el proceso penal es considerado como un instrumento de castigo. Por su parte Gonzalo del Río Labarthe, sostiene que es una

³⁴² CARLI, Carlos, Derecho Procesal, Ed. Abeledo perrot, Bs. As. 1965, p. 11.

³⁴³ SAN MARTÍN CASTRO, César. 2015, op., cit., p. 6.

³⁴⁴ ZAFFARONI, Eugenio. Ver En: <https://bit.ly/34bx8Q4>

herramienta legal para aplicar el derecho penal o aplicación de la ley en un caso concreto”³⁴⁵.

De lo indicado, se puede resumir que este conjunto de normas, encarna una técnica dialéctica útil para establecer o descartar la existencia de hechos y responsabilidades, en esta tarea el juzgador ha de mantenerse en la más absoluta neutralidad; todo incumplimiento de esta finalidad puede conducirnos a obtener conclusiones no ajustadas a la realidad. Es importante resaltar que su finalidad no se agota con la fisonomía del procedimiento; existen además principios constitucionales que guía el correcto desarrollo de los actos procesales penales, a efectos de evitar: vicios, ineficacia y nulidades, a los que se les llama “garantías fundamentales del proceso”, cuyo propósito es orientar la materialización de los actos procesales de esta rama del derecho.

De manera que, el proceso penal es una técnica de debate entre partes y una garantía que otorga el Estado para que el contradictorio sea idóneo y sea resuelto con justicia y equidad. Por eso, es que, en materia probatoria, se propicia una búsqueda de la verdad real, por las vías de demostración y precisando en los medios de prueba un método de comprobación que no sea oscurecida o descartado por cuestiones simplemente formalistas que destruyan dicho objetivo.

Por lo tanto, este cuerpo normativo indica formas de actuación y apremios legales, útiles para la averiguación de la verdad y la imposición de la

³⁴⁵ CORDON MORENO, Faustino: Las garantías constitucionales del proceso penal, 2ª ed. Editorial Aranzadi, Pamplona 1999, p. 235.

pena. Reglas que se deben cumplir en la investigación, en el contradictorio a fin de determinar si hay o no responsabilidad, indemnización o una pena.

3.1.2. Principios y garantías procesales penales

El moderno proceso acusatorio penal, se desarrolla dentro de los causes que irradia las garantías constitucionales. Los que grosso modo concuerdan y están comprimidos en el TP del CPP del 2004. Es allí donde radica su prevalencia y supremacía sobre cualquier otra norma, conforme lo resalta el art. X T.P. Esto es, otra muestra más que los mandatos constitucionales deben estar por encima de las leyes procesales, en consecuencia, su cumplimiento en sus dimensiones: formal y sustancial es obligatorio “erga homes”, es decir, para todos sin excepción.

3.1.3. Evolución de los sistemas de justicia procesal penal del Perú

Desde el inicio de la vida republicana en el Perú han existido cinco leyes procesales penales: el código de enjuiciamiento penal 1863³⁴⁶, el código de procedimiento en Materia Criminal de 1920³⁴⁷, el código de procedimientos penales de 1940³⁴⁸, el CPP de 1991³⁴⁹ y CPP de 2004³⁵⁰. Durante este tiempo han predominado dos técnicas: i) El inquisitivo, se caracteriza por ser: formalista, escritural y secretismo. Tendencia que comprendido los cuatro primeros Códigos; ii) El acusatorio lo encarna el CPP de 2004 con un estilo moderno privilegia un conjunto de principios propios del sistema acusatorio.

³⁴⁶ Vigente desde el 01 de marzo de 1863, acoge la tendencia española de su época.

³⁴⁷ Vigente desde el 01 de junio de 1920, Promulgado por la Ley 4019, del 02 de enero del mismo año.

³⁴⁸ Vigencia desde el 18 de marzo de 1940.

³⁴⁹ Promulgado por Decreto Legislativo 638 del 25 de abril de 1991.

³⁵⁰ Promulgado por Decreto Legislativo 957 del 28 de julio del 2004.

Establece la división de funciones, el contradictorio previo a la decisión y garantiza las facultades a las partes procesales³⁵¹.

3.1.4. Estructura del actual modelo procesal penal peruano

El CPP establece tres etapas claramente definidas:

1. La Investigación Preparatoria, comprende:

a.- Las diligencias preliminares, Empieza con la noticia criminal y el recojo de elementos de convicción determinados si los hechos denunciados tienen o no relevancia penal. También tiene por objeto, conservar el material probatorio de la comisión del delito (con su respectiva cadena de custodia), la individualización de los posibles imputados y agraviados, todo dentro de los límites que establece la ley nacional y supranacional.

Está a cargo del persecutor penal, con su señorío en la conducción en las indagaciones de los hechos denunciados, cuenta con aporte técnico y científico de la institución policía. En este sub estadio el fiscal tiene un plazo 60 días, quien podrá fijar otro distinto si lo amerita la investigación.

b.- La formalización de la investigación preparatoria, tiene como objeto complementar el caudal probatorio, en contra o a favor del investigado, a fin que el fiscal determine si requiere acusación o sobresee el proceso, lo que debe hacer dentro del plazo de 120 días prorrogable según el caso (art. 342). Simultáneamente le permite al investigado proyectar su teoría del caso.

³⁵¹ BINDER Alberto, Defensa penal efectiva en América Latina. Ediciones Antropos. Bogotá 2015, p. 429

En esta etapa el persecutor puede solicitar medidas cautelares (personal y real), diligencia específicos, formas especiales de conclusión del proceso. También el juzgador debe velar por el respeto de las garantías constitucionales de ambas partes, a través de la tutela de derechos, el cual se desarrolla en audiencia pública, oral y contradictoria.

2. La etapa intermedia. Es el segundo periodo comprendido desde la expedición de la providencia que da por concluido la investigación preparatoria o por las otras circunstancias contempladas en el art. 343 del CPP, hasta el auto de enjuiciamiento. Periodo en que el juez como tercero imparcial, es el director y dirige este espacio de filtro procesal.

La etapa intermedia se caracteriza por ser una fase de control³⁵² de las pretensiones de las partes y del caudal probatorio. En cuyo estadio el juez debe controlar el requerimiento de sobreseimiento y/o acusación, verificando si existen méritos suficientes para pasar a la etapa del juicio oral³⁵³, lo que concuerda con el fundamento 12 del acuerdo plenario 6-2009, que señala: “La etapa intermedia en el CPP esta circunscrita al estricto control de las solicitudes **fiscales**³⁵⁴. Según Asencio Mellado, el A quo es el indicado para efectuar el control de legalidad del requerimiento fiscal³⁵⁵, consiste en comprobar si se cumplen con las exigencias formales y sustanciales, con el objetivo de preparar adecuadamente el juicio con elementos probatorios de calidad, pertinentes y conducentes, de esta manera se garantiza objetividad y eficacia.

³⁵² BINDER Albero, et al, op cit., p. 397

³⁵³ Fundamento 17 del Acuerdo Plenario 5-2009 del 13-11-2009.

³⁵⁴ SAN MARTIN CASTRO, César. 2015, op cit., p. 369.

³⁵⁵ ASECIO MELLADO, José María: Principio Acusatorio e imparcialidad. Ed. Grijley, Lima 2013.

Este estadio tiene dos partes: una **escritural** (se concretiza con la presentación de los requerimientos de los partes ante el juez, el traslado correspondiente y la absolución de los mismos de ser el caso) y **oral**, se desarrolla en la audiencia de control bajo los principios de oralidad, publicidad, contradicción e igualdad de oportunidades. Empieza con el análisis del aspecto formal y continua con la dimensión sustancial, no es viable hacerlos simultáneamente, sino alternativamente.

También en este estadio, el juez podrá de oficio declarar el sobreseimiento, si nadie lo ha requerido y hay merito para este efecto. O en todo caso podrá declararlo así a pedido del fiscal o de la defensa cuando se cumpla con los requisitos prescritos en el Inc. 2 del art. 344 del CPP. Además, se puede plantear, discutir y decidir algunos incidentes como: i) corrección de requerimiento, ii) cuestiones previas, iii) excepciones, iv) requerimientos de variación de medidas cautelares, v) se evalúa si los elementos probatorios cumplen con los requisitos para su admisión o rechazo y vi) se acuerda y decide sobre las convenciones probatorias entre otros. Esta diligencia debe respetar las garantías procesales.

De declararse fundado el sobreseimiento formulado o de oficio, se emite la resolución correspondiente. De no ocurrir esto, se elevan los actuados conforme a ley. Es en este estadio en la que se ubica el tema de investigación.

3. La etapa de juzgamiento y ejecución. Es el estadio estelar del proceso penal, su desarrollo se produce con la estricta observancia de los principios del sistema acusatorio. Es dirigido por el A quo Unipersonal o colegiado, dependiendo del delito a juzgar, quien debe garantizar la igualdad

de oportunidades. Empieza con la instalación de la diligencia de juzgamiento, conforme a la fecha indicada en el auto de citación a juicio oral, previo al cumplimiento de los requisitos de ley. Para cuyo efecto se deben cumplir con las exigencias previstos en los art. 356 a 403. En este estadio las partes hacen el control directo y recíproco de su desarrollo, en igualdad de armas y posibilidades.

Este estadio es estelar de todo el proceso, porque se produce el contradictorio para el esclarecimiento la verdad de los hechos denunciados y se concentran todos los principios procesales. Concurren las partes, los testigos, peritos..., se actúan las pruebas señaladas en el auto de enjuiciamiento y las nuevas que ofrezcan las partes y se han admitidas por el juzgador, finalmente las partes exponen sus alegatos y el juzgador emite su fallo en base a lo expuesto, actuado y verificado.

La ejecución, se produce una vez que la sentencia ha quedado consentida o ejecutoriada.

3.2. La Víctima

3.2.1. Concepto

Es la parte desdibujada del proceso penal, pues tiene una posesión meramente testifical³⁵⁶. Martínez Atienza, indica que es la parte, vulnerada que

³⁵⁶ CHOZAS ALONSO, José Manuel. Los sujetos protagonistas del proceso penal. Editorial Dykinson. Madrid, 2015, p. 194.

ha salido lesionada (*lesión física o psíquica, daño moral y el perjuicio económico*)³⁵⁷.

Según Guillermo Cabanellas es: “todo aquel que sufre un mal en su persona, bienes o derechos, sin culpa suya o en mayor medida que la reacción normal frente al agresor”³⁵⁸. Posteriormente en 1945 se utilizaba esta ficción jurídica para referirse a las personas que sufrieron el abuso del poder del sistema nazi en la que se sacrificó millones de judíos³⁵⁹. Criterios que también fue compartido por la Naciones Unidas en la Resolución 40/34 del 29/11/1985.

En esta línea las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, *concibe como víctima, a todo aquel perjudicado por un acto ilícito, en cualquiera de sus dimensiones, a su entender también comprende a los familiares cercanos o aquellas que dependen de el en forma directa*³⁶⁰.

Atendiendo a lo indicado se puede decir, que víctima es aquel ser individual o colectivo que sufre *daños corporales y/o psicológicos, sufrimiento emotivo, detrimento económico (lo que abarca el daño emergente, lucro cesante, proyecto de vida familiar, profesional...) o vulneración a las garantías constitucionales, como efecto de actos abusivos o inacción que quebranten la ley punitiva actual de las naciones suscribientes de una*

³⁵⁷ MARTÍNEZ ATIENZA, Gorgonio. Respuesta jurídica y social a la víctima del delito. Ediciones Experiencia. Barcelona 2018.

³⁵⁸ CABANELLAS, Guillermo. Diccionario enciclopédico de derecho usual, Edición actualizada corregida y comentada. Ed. Heliasta. Buenos Aires, 2009, p. 692.

³⁵⁹ BERISTAIN IPIÑA, Antonio. Criminología desde el derecho penal y Victimología. Ed. Consultas, Madrid 1994, p. 221.

³⁶⁰ Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad. En: <https://bit.ly/3pQS07J>

convención. Asimismo, se considera como víctimas secundarias a sus parientes a su cuidado (hijos, conyugue, padres, hermanos...) que están bajo la tutela o cuidado de la víctima directa y aquellos que se perjudican al socorrer al agraviado del peligro o para prevenir la victimización³⁶¹.

Este enfoque amplio de la definición de la víctima, se ha logrado progresivamente desde hace mucho tiempo, pero aún pendiente de ser concretizado, de esta manera se pretende otorgarle desde los instrumentos internacionales un papel efectivo e idóneo en el proceso penal, ante la situación de olvido y abandonado por las normas internas de los estados partes. Razón por el cual desde los organismos supranacionales se viene estandarizando derechos y garantías, a fin que los agraviados logren su indemnización que merecen.

En esta línea, la jurisprudencia supranacional establecida en el párrafo 176 del caso Guzmán Albarracín y otros vs Ecuador, al ratificar su línea doctrinal, ha señalado que “el derecho de acceso a la justicia debe asegurar, en tiempo razonable, el derecho de las presuntas víctimas o sus familiares a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido e investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los eventuales responsables, y se reparen los daños y perjuicios que dichos familiares han sufrido”³⁶². De igual manera en el párrafo 104 de la causa García y otro contra el Estado del Salvador, resaltó que: “La obligación de investigar deriva también de la legislación interna que haga referencia al deber de investigar de oficio ciertas conductas ilícitas y a las normas que permiten que las víctimas o sus familiares denuncien o presenten

³⁶¹ Ver Resolución 40/34, del 29 de noviembre de 1985.

³⁶² Ver sentencia del Caso Guzmán Albarracín y otras Vs. Ecuador, párr. 176.

querellas, con la finalidad de participar procesalmente en la investigación penal con la pretensión de establecer la verdad de los hechos”.

En resumen, es víctima la persona natural o aquella ficción legal colectiva pública o privada que sufre, inmediata o secundariamente las secuelas dañinas de la comisión de un ilícito.

3.2.2. La Víctima en el Proceso Penal

Esta figura jurídica se encuentra positivizado el art. 94 del CPP con la denominación de “agraviado” y es toda aquella persona natural o jurídica que aparece verdaderamente afectado por un acto doloso, típico y antijurídico. En el caso de entidades públicas o privadas la representación le corresponde a quienes designe la norma pertinente. A quienes el art. 95 les reconoce una serie de derechos para hacer valer sus intereses.

Asimismo, la víctima tiene la facultad de constituirse inicialmente en actor civil y como tal asume la calidad de sujeto procesal legitimado, contando con las facultades previstas en los art. 104 y 105 del CPP, por ende, le corresponde que se le notifique todas las actuaciones procesales.

Sin embargo, hoy en nuestro derecho procesal penal, la víctima ocupa un rol secundario a pesar de los cambios realizados, Esto se debe a que en la realidad su reconocimiento normativo y sus derechos consagrados en la constitución todavía son simbólicos. Los que no se han logrado materializar con la eficacia debida al menos en el tema materia de investigación, prueba de ello es cuando el “actor civil” apela la resolución que declara fundado un sobreseimiento, si el persecutor revisor confirma el criterio de su provincial,

según la jurisprudencia dominante de nuestra CS³⁶³, no tiene el derecho a ser escuchado en la vista de la causa, a obtener de parte del órgano jurisdiccional revisor una respuesta motivada, congruente y razonada respecto de sus agravios formulados, violándose de esta manera su derecho efectivo a la doble instancia, ya que este se frustra indebidamente por la ratificación fiscal, que funge como **requisito de procedibilidad** que limita los intereses del agraviado.

Motivo por el cual la CS ha resaltado la situación de abandono en que se encuentra la víctima, citando a reconocidos doctrinarios que avalan dicha posesión, tal como se puede verificar del fundamento 9 al 22 del Acuerdo Plenario 4-2019. Recapacitando de esta situación y siguiendo los criterios de los organismos supranacionales considera que: i) los agraviados no solo tiene derecho a una reparación civil como tradicionalmente se concebía, sino que es uno de los actores del proceso con iguales derechos y oportunidades, ii) tiene potestad a intervenir activamente y a contribuir al esclarecimiento de los hechos, iii) Tiene derecho a una tutela jurisdiccional idónea y efectiva, el cual comprende: a. **Derecho a la verdad**, es decir conocer lo que realmente ocurrió, para cuyo efecto está facultado requerirlo a los órganos del sistema de justicia a que agoten las investigaciones para lograr este fin; b. **Derecho a la justicia**. El cual implica desterrar la impunidad, siendo un deber objetivo de acción del Estado en consonancia al respeto a la dignidad del agraviado, razón por el cual está obligado a garantizarlo; y c. **Derecho a la reparación integral**, en cualquiera de sus dimensiones: corporal, psíquico, proyecto de vida (familiar o profesional). Criterios que desde ya resulta un cambio de paradigmas, los que

³⁶³ Casación número 413-2014, casación 1184-2017, con la casación 1089-2017 Amazonas.

tiene como objetivo alcanzar tutela efectiva de los derechos sustantivos y adjetivos del ofendido por una conducta delictiva.

Sin embargo, a pesar de los esfuerzos realizados, hoy en Perú si la fiscalía no quiere acusar con o sin razón, solo se archiva el proceso penal si cuenta con la ratificación del fiscal superior o supremo, esto conforme a reiterado criterio establecida como en las casaciones 413-2014, 187-2016-Lima³⁶⁴, casación 1184-2017, entre otras. En donde prima el criterio dominante que debe privilegiarse los principios: acusatorio y de jerarquía. Razón por el cual debe confirmarse la resolución que declara fundado el sobreseimiento, con o sin el sobre conforme fiscal.

Esta incongruencia jurídico procesal, se debe a que la persecución penal en el Procesal penal peruano es un monopolio exclusivamente estatal asignado al Ministerio Público, en esta situación el ilícito, es entendido como el problema entre el infractor de la norma penal y el Estado. En esta línea, ante la producción de un ilícito, solo el fiscal puede investigarlo y requerir su sanción. Los ciudadanos tienen el deber de acatar la ley. De esta manera la controversia, ya no es entre el procesado y el agraviado, sino entre transgresor y el persecutor “fiscal”. El que a veces actúa, con diligencia e integridad, pero también hay desidia, apatía, indiferencia ya sea por la sobrecarga laboral y falta

³⁶⁴ Fundamento séptimo de la casación 187-2016 Lima. En donde se reitera los criterios de la Casación 982-2009 Tacna, que: “por principio de unidad en la función y dependencia jerárquica que rige en el Ministerio Público, prima el parecer del superior jerárquico”; casación 465-2013 Tacna, que: “uno de los principios que se rigen en la actuación fiscal son de unidad y de jerarquía, por lo que, al haber solicitado el Fiscal Provincial el sobreseimiento de la causa y el Fiscal Superior no opinó en contrario, debe mantener la opinión del primero”; y la Casación número 413- 2014 Lambayeque, establece que, cuando el único impugnante sea el actor civil y el Fiscal Provincial exprese su conformidad con la misma, deberá verificarse si el Fiscal Superior al momento de llevarse a cabo la audiencia de apelación reitera su conformidad con la sentencia absolutoria. Siendo ello así, este Supremo Tribunal considera que la Sala de Apelaciones no tiene más que confirmar la absolución”.

de logística (peritos, ambientes adecuados...) no logra efectuar una investigación adecuada e idónea.

Lo indicado a llevado al Dr. Rodríguez Delgado, a considerar que “históricamente el proceso penal es como un instrumento de castigo, la víctima no tiene papel alguno que realizar, el proceso penal para la víctima es una tortura, generadora de insatisfacción”³⁶⁵.

En esta línea considera Zaffaroni que el proceso penal perdió el sentido humano y respeto a la dignidad especialmente para la víctima, porque no se preocupaba por su reparación o recuperación, sino de la neutralización del enemigo³⁶⁶, del infractor de la sociedad.

3.2.3. La víctima en el derecho procesal penal comprado

Similar visión tenía las víctimas en el sistema inquisitivo chileno, así lo manifestaron Mauricio Duce y Cristián Riego, en "Las víctimas de los delitos en el proceso penal chileno"³⁶⁷. Situación que a la fecha ha sido superado por el vecino país de Chile, al establecer en el tercer párrafo del Art. 258 de su CPP la ficción jurídica de la “**Acusación particular**”, que se produce cuando el fiscal regional, dentro del plazo del tercer día de recibido los antecedentes, ratificare la decisión fiscal a cargo del caso, el juez al verificar que hay causa probable, ordenara al querellante (**el actor civil**), haga la acusación cumpliendo con los mismos requisitos que se le exige al MP. Es decir, que cuando la fiscalía

³⁶⁵ RODRIGUEZ DELGADO, Julio A. La víctima en el olvido. En: <https://bit.ly/3sXBGUO> 23/03/2019

³⁶⁶ ZAFFARONI, Eugenio., et al. Manual de Derecho Penal. Parte general, 2ª edic., edit. Ediar, Buenos Aires, 2007, p. 235-236.

³⁶⁷ DUCE, Mauricio., et al. Las víctimas de los delitos en el proceso penal chileno. Vol. I Universidad Diego Portales. Santiago 1994, p. 121-166.

chilena no quiere formular acusación y el juez verifica que hay causa probable, habilita la “acusación de parte o privada”.

Similar figura jurídica, estaba contemplada en el proyecto inicial del NCPP peruano, con la denominación de “**querellante adhesivo**” mediante el cual, ante la indiferencia del persecutor, se autorizaba a la víctima, a sostener los cargos ante el Juez. Lamentablemente, los legisladores de aquel entonces por conveniencia política a fin que siga imperando la impunidad la rechazaron y no la incluyeron en la norma promulgada, lo que conllevó al desembalse político jurídico de los cuellos blancos del puerto y sus contactos con otros órganos públicos. Esto a pesar que el art. 78 del CPP modelo para Iberoamérica lo recomendaba en su oportunidad para reforzar la persecución penal³⁶⁸ e impedir la impunidad.

En Argentina, con la promulgación de la ley 27482 se pretendió dar más derechos y garantías a las víctimas del delito. Con la finalidad de superar el rezago del derecho inquisitivo, fenómeno muy arraigado en el ámbito comparado de latino américa, lo que nos demuestra que esta ficción jurídica está en evolución y fortalecimiento, en las legislaciones nacionales. Ya que durante un buen tiempo del "derecho penal moderno" el agraviado fue excluido y solo contó con potestades simbólicos.

Este tema viene siendo prolijamente abordado por diferentes doctrinarios quienes han trabajado esta figura procesal. Entre ellos tenemos a: Bobino, quien indica que la víctima ha sido excluida de completo del

³⁶⁸ Código Procesal Penal Modelo Para Iberoamérica, Ver en: <https://bit.ly/34nbecT>

proceso³⁶⁹, Julio Maier, considera que ha habido una "expropiación"³⁷⁰, el maestro Eugenio Zaffaroni lo llamo "confiscación"³⁷¹, Nils Christie, lo considero un "arrebataamiento"³⁷² del problema del agraviado por el persecutor penal. Según Hassemer, el agraviado ha sufrido una "neutralización" en el juicio penal.³⁷³

E incluso Pablo Alejandro Barbirotto llega a decir que: "la víctima del delito" es una víctima también del juicio criminal (por revictimización, maltratos, humillaciones etc., a la que está expuesta que en el procedimiento penal – victimización secundaria)³⁷⁴.

3.2.4. El renacimiento de la víctima en los códigos modernos

Ante la necesidad de tener más sensibilidad y calidad de respuesta para la víctima, hoy en día teniendo en cuenta el progreso conceptual de instituciones del proceso penal, resulta necesario considerar que la víctima es también parte relevante en el proceso, por eso surge la necesidad de darle intervención relevante y trato eficaz en el desarrollo del mismo. Para cuyo efecto se han emitido varios convenios supranacionales, como:

- Los principios fundamentales de justicia de víctimas de delitos y abuso del poder³⁷⁵.

³⁶⁹ BOBINO, Alberto. La Víctima como sujeto público y el Estado como sujeto sin derecho. En: <https://bit.ly/3H0i72k>

³⁷⁰ MAIER, Julio. La víctima y el sistema penal. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, p. 183-249.

³⁷¹ ZAFFARONI, Eugenio et al., op., cit., p. 233.

³⁷² CHRISTIE, Nils. Los conflictos como pertenencia. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires, 1992, p. 157-182

³⁷³ HASSEMER, Winfried, Fundamentos del Derecho Penal, Barcelona: Bosch, 1984, p. 92-94.

³⁷⁴ Pablo Alejandro Barbirotto. En: <https://bit.ly/3qGhaoM> del 07/02/2019.

³⁷⁵ ONU. En: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/victimsofcrimeandabuseofpower.aspx>

- Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad³⁷⁶.
 - Decisión Marco N° 5 del Consejo de la Unión Europea del 15/03/2001³⁷⁷.
- Entre otros.

Estos instrumentos supranacionales han originado un impacto en la mayoría de las nuevas normas procesales punitivas. Lo que nos permite apreciar que ellos completan, aunque simbólicamente un bloque importante de potestades que pretenden regular las contribuciones del agraviado en el procedimiento criminal. Esto se verifica al revisar los artículos: 79 CPP de Argentina; 11 CPP Colombia; 71 CPP Costa Rica; 68 CPP paraguayo; 95 CPP peruano; 84 CPP República Dominicana y 120 Cód. Orgánico Procesal Venezuela.

Estos esfuerzos legislativos internacionales, han alcanzado a países con tradiciones jurídicas conservadoras como, por ejemplo, Israel al promulgarse la Ley de Derechos de Víctimas de Delitos N° 5761-2001³⁷⁸.

La inexorable irrupción jurídica del “actor civil” en la persecución penal, ha llevado a los doctrinarios a replantear la primigenia idea que se tenía de esta parte del proceso penal para ir adaptándola a sus legislaciones.

³⁷⁶ Emitida en la XIV cumbre Judicial Iberoamericana, el 6/03/2008.

³⁷⁷ Tiene como objetivo garantizar los derechos de los agraviados a través de normas de indispensable cumplimiento.

³⁷⁸ Norma que fortalece las garantías judiciales de los agraviados, como el derecho de impugnar, recibir información del avance del procedimiento penal y ser oído en las diligencias respecto a los temas pertinentes de su interés. En: <https://bit.ly/3KABYRh>

Según la doctrina dominante, existen tres razones de relevancia que justifican la intervención del agraviado en el proceso penal para lograr la "pacificación social de conflictos".

i.- **Desde las razones de derechos**, diversos movimientos de ONGs y organismos internacionales que defiende a los agraviados, han logrado sensibilizar a los legisladores y han conseguido que se reconozca al actor civil como poseedor de un bloque de derechos inherentes que debe tener en cuenta el sistema judicial en el procedimiento criminal.

En el Perú, estas sugerencias legislativas no han sido tomado en cuenta en su totalidad a ello se debe su actual insuficiencia e ineficacia. Por eso, aún hay la necesidad de reivindicar los extremos omitidos.

No es correcto que se exhiba en la normatividad una pluralidad de derechos, cuando en el escenario de la práctica se le ignora, no basta con pregonar que, todos tenemos derechos: a la igualdad, respeto de la dignidad, “a la tutela jurisdiccional efectiva” ... Sin embargo, la praxis judicial les desconoce y quedan en expectativa social.

ii.- **Desde la dimensión pragmática**, el derecho comparado anglosajón y alemán ha entendido y comprendido que la parte agraviada es un aliado útil para la eficacia del proceso. Su aporte e interés para esclarecer la verdad de los hechos denunciados, son importantes para la actividad probatoria de la causa. Para cuyo efecto es necesario que se le ofrezca una adecuada protección, atención oportuna, apoyo social para que colabore en la investigación. Así tenemos en la estadística de la criminología comparada se verifico que el 90% y 95% de las causas criminales empiezan por iniciativa de la parte agraviada o

alguien de su entorno.³⁷⁹ Pero si no existe esta voluntad, habitualmente hay pocas posibilidades de averiguar información de calidad respecto de los hechos denunciados. Criterio que ha sido confirmado por estudios de investigación en Estados Unidos, en la década de los años 80, los quedan a conocer que: i) el esclarecimiento de los delitos más graves se dan principalmente gracias a los datos proporcionados por la parte agraviada, mas no por las pesquisas preliminares; ii) e incluso, el 50 por ciento de las causas la identificación del imputado se establece cuando la parte agraviada efectúa la denuncia; iii) el término de la indagación se va en una mayor porcentaje en gestiones burocráticas de notificación y coordinación de diligencias y en recabar informes, pericias, entrevistas y otros; y, iv) Finalmente, la investigación encuentra sentido cuando la víctima rinde su manifestación y brinda datos objetivos que satisfacen sus expectativas al lograr recaudar material probatorio de cargo, siendo necesario el aporte de la parte agraviada en ello, concluyéndose que gracias al aporte de la parte agraviada un considerable porcentaje de las causas son corroboradas en juicio³⁸⁰. Por ende, el éxito de una causa se produce cuando hay una víctima dispuesta a colaborar ya que de esta forma el proceso se vuelve ineficaz.

En el Perú ante la conducta indiferente del Poder legislativo de dotar a la víctima de instrumentos legales más idóneos y eficaces para defender sus derechos, ha sido las Salas Penales Supremas en lo penal, que han emitido el Acuerdo plenario N° 4 – 2019, en donde se establece criterios para hacer

³⁷⁹ KAISER, Gunther. Introducción a la Criminología. Editorial Dykinson. Madrid, 1988, p. 142.

³⁸⁰ GOLDSTEIN, Herman., et al. Facultad de Derecho de la Universidad de Wisconsin 1990, p. 54-55.

efectivo los derechos de las víctimas, pero no ha abordado el tema de la investigación, es decir, el derecho recursivo en el sobreseimiento de la víctima.

iii. En último lugar, **desde la óptica de "pacificación social de conflictos"**, se considera la utilidad de cambiar la forma tradicional de ver a la parte agraviada, a quien se le debe garantizar sus derechos con idoneidad, con su activa participación y valorando su rol en el proceso³⁸¹.

3.2.5. Necesidades de la víctima en el juicio penal

La tendencia moderna influenciada por los instrumentos de los organismos internacionales y su jurisprudencia, han establecido que son dos las necesidades del agraviado en el juicio punitivo: i) La satisfacción de los daños producidos en su agravio y ii) se le haga justicia sancionando a los responsables del delito mediante un proceso correcto. Estas dos pretensiones han de ser tutelados en el juicio criminal de manera concurrente para evitar la impunidad y su re victimización.

En nuestro país la relación de la víctima con el sistema de justicia, ha originado problemas y dificultades. Esto en razón que las consecuencias del delito pueden ser psicológicas, médicas o financieras y pueden afectar relaciones personales, la vida familiar, la capacidad para el trabajo, la productividad; aun así, se espera en alcanzar del proceso expectativas que casi nunca llegan, encontrándose en cambio con una realidad adversa en donde son maltratados, humillados, amenazados para declarar, ignorados y obligados a realizar gastos económicos en post de hacer respetar su dignidad.

³⁸¹ BINDER. Alberto. Análisis Político Criminal. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires, 2011.

Aun así, esperan al menos alguna información sobre el progreso del caso, alguna resolución satisfactoria a su problema en un periodo razonable de tiempo, lo cual se complica con la inadecuada logística que proporciona el Poder Ejecutivo a la Fiscalía, lo que imposibilita superar los perjuicios derivados del propio proceso penal, lo que muchas veces produce la victimización secundaria.

Consecuentemente, la víctima ha sido y es la gran olvidada del proceso penal. Máxime si en nuestro país hay carencia equipos multidisciplinarios que trabajen en forma coordinada con el fiscal y juez que permita acelerar el esclarecimiento de la verdad. Por eso existe la necesidad de: i) humanizar la justicia acercándola a la víctima, ii) asistirle desde el primer momento con el equipo disciplinario, iii) facilitarle la información del proceso desde el primer momento, IV) establecer un programa de asistencias para víctimas de delitos y v) que se les garantice la efectividad de las garantías constitucionales. De esta manera evitaremos el fracaso del Estado en su misión de protección y tutela efectiva.

3.2.6. Derecho de la víctima

Implica tener acceso al juicio y obtener una respuesta fundada de sus pretensiones, es decir, que las resoluciones que les notifiquen sean motivada y razonable (congruentes, coherente, conducente...) concordantes con las cuestiones fácticas y jurídicas que fueron objeto del debate y producto del debido proceso. Cuando la decisión del juzgador es despótica y arbitraria, ajena a la realidad, se le revictimiza, porque es violentada, nuevamente víctima de injusticia por parte de los operadores del derecho y se le acrecienta su dolor y

angustia. Provocándole en algunos casos daño físico, psicológico y/o patrimonial.

El CPP peruano ha incluido relativamente a la víctima como protagonista en el proceso, además del Estado y el imputado. A la que reconoce algunos derechos como su participación en diligencias para que haga valer los derechos, también nuestra Constitución mediante el inc. 3 del art. 139 les garantiza una eficaz protección. Esto de conformidad al art. 8 de la CADH, garantiza a **toda persona** la efectividad de las garantías procesales.

Es más, las Naciones Unidas, aprobó la Resolución 40/34, el 29/12/1985, en la que estandariza y reconoce un conjunto de derechos y principios, que forman parte del debido proceso a los que considera útiles e idóneos para la optimización de los derechos de las víctimas.

Por consiguiente, la causa criminal no solo debe ser visto para proteger las garantías del imputado y de los intereses de la sociedad, sino también es obligación funcional de los operadores del derecho tutelar los derechos de la víctima y hacerla efectiva, por eso es que, a hora el MP no la suplanta en su totalidad, tiene independencia y puede tachar, oponerse, impugnar, deducir nulidades haciendo sentir su voz y exigiendo sus derechos en el proceso, por lo tanto su posición ya no es neutral. Pero de que vale se le reconozca tanto derecho, sino cuenta con un asesoramiento jurídico suficiente, idóneo y efectivo. En la práctica no tienen las mismas posibilidades de acción, con las mismas garantías en lo que le corresponde y le es pertinente.

En esta línea, debe entenderse que no se pretende privilegiar a la parte agraviada disminuyendo los derechos y principios que le asiste al procesado, lo

que se exige en realidad es un trato con equidad ponderando los mandatos de ambas partes en litigio y gestionar un debido proceso sin sacrificar, los derechos fundamentales, con las mismas condiciones y posibilidades.

Así, la ley procesal penal debe servir, de un lado, como instrumento eficaz que garantiza los derechos del procesado, y también de amparo de las garantías que le asiste a la víctima. Consecuentemente, la eficacia de los derechos de la víctima debe partir del soporte constitucional e imperiosamente de los mandatos constitucionales. Las que deben proteger sin distinción a todas las partes del proceso y tiene las siguientes características esenciales:

- i) Son **consustanciales** vienen con la existencia de la persona no requiere que la ley los reconozca
- ii) Son **imprescindible**, de obligatoria observancia
- iii) Son derechos y a la vez principios **subjetivos de orden público**. de las partes de un proceso, esto es así, explica Gimeno Sendra, "porque asiste a todo ciudadano mediante el cual puede obligar al órgano jurisdiccional a un pronunciamiento sobre una determinada petición³⁸²".
- iv) Tienen **tutela constitucional** y supra nacional.
- v) Son de obligatoria observancia erga omnes y entes estatales.

³⁸² Gimeno Sendra, José Vicente, Fundamentos del derecho procesal, Madrid, 1981, p. 130.

3.2.7. Victimización Secundaria

Como ya lo han indicado los doctrinarios y la jurisprudencia supranacional, está referida a la amarga experiencia que pasa la parte agraviada de hecho criminal en la tramitación del procedimiento criminal. Es decir, a los traumas, por las demoras, indiferencias, humillaciones... de los operadores judiciales, antes y dentro del proceso, a nivel fiscal y judicial respectivamente. Son los efectos dañosos que se producen cuando se busca la verdad. Es por eso, que existe una buena cantidad de cifra negra de delitos que no se denuncian por el temor a pasar por este trance estresante e indigno, problema profundo, que el sistema judicial no es capaz de comprender en su real magnitud.

Esto nos demuestra como el sistema judicial, el cual debe buscar la verdad de los hechos ilícitos que sufrió la víctima, se vuelve en su verdugo y es capaz también de victimizarla. Esta segunda conducta agresora, es la más grave y muy reprochable porque proviene de los operadores del derecho de un Estado, que cuenta con un sistema de justicia conformado por hombres extraordinarios, capaces, inteligentes, pero que son también capaces de engañarse así mismo e incurrir en las injusticias más atroces y abominables, pisoteando los mandatos constitucionales. Esta es la situación del proceso penal en nuestro país, en la que la protección de la víctima es precaria, sobre todo en los sectores con bajos recursos económicos.

En nuestra triste realidad el contacto de la víctima con el sistema judicial, no es satisfactoria, proteccionista, tampoco eficaz, se transforma en una segunda ofensa a su dignidad. Además del dolor y el daño sufrido por el

delito, al que se le condena a soportar, esta es la sensación generalizada del sistema judicial que se expresa en un alto índice de impunidad³⁸³.

3.2.8. La víctima como titular del derecho fundamental al debido proceso

Es un mandato constitucional y supra nacional, un macro principio de amplia dimensión en la juridicidad. El debido proceso crea un conjunto de condiciones que deben cumplir el Fiscal y/o el Juez en los estadios correspondientes, su respeto es obligatoria a nivel nacional y convencional, bajo sanción de nulidad conforme al inc. “d” del art. 150 del CPP, Por ende, no puede ser obviado en el sistema judicial.

Significa que el fiscal y juez deben desarrollar sus actividades dentro del cauce constitucional y respetando las garantías mínimas, con la observancia de los mandatos constitucionales, desde los aspectos siguientes:

1. Desde su dimensión formal.

Le asiste a la parte agraviada a: i) ser informado de sus derechos cuando denuncia; ii) A declarar sobre los hechos que según refiere ser víctima; iii) Si es menor o incapaz ser acompañado por su tutor; iv) acceder a la información de las diligencias y del avance del proceso; v) Antes de decidir sobre la conclusión de la acción penal la víctima tiene el derecho de ser oído por el juzgador; vi) recibir de parte de los operadores del derecho y de sus colaboradores una atención digna, idónea y eficaz, que garanticen su

³⁸³ Ibidem. IGI 2020.

protección y la de su entorno familiar; vi) Apelar las resoluciones que le causen agravio incluyendo el auto sobreseimiento.

En el proceso: vii) ser informado de las diligencias y desarrollo del proceso; viii) tener asesoría legal idóneo; xi) tener los medios y el tiempo para preparar para formular su pretensión, x) que el A quo, lo escuche y sea imparcial; xi) se le garantice el derecho de contradicción y control de la prueba; xii) solicitar se agote las líneas de investigación; xiii) oponerse al sobreseimiento y solicitar una investigación complementaria para la realización de las diligencias pertinentes pendientes.

2.- Desde la dimensión sustancial.

Le asiste el derecho a obtener decisiones que cumplan los estándares convencionales de congruencia, coherencia, razonabilidad y proporcionalidad, los que deben respetar los criterios vinculantes supranacionales.

En nuestro medio este principio este positivizado en la constitución inc. 3 del art. 139, como una garantía judicial e incluye la denuncia ante el fiscal y se impone durante las dos etapas extraprocesal y procesal.

3.2.9. El Derecho a la tutela judicial efectiva de la víctima

Es fundamental desde la norma supranacional, integra el contenido constitucionalmente garantizado y positivizado en el inc. 3 del art. 139 de nuestro estatuto, es de carácter prestacional. Permite acceder libremente al trámite administrativo del MP y al caso judicial, garantiza el acceso a todos los niveles jurisdiccionales a través del recurso de impugnación y al mismo tiempo el derecho de obtener una decisión congruente a su pretensión planteada. En

esta línea PICÓ I JUNOY sostiene que “Una aplicación de la legalidad que sea arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no puede considerarse fundada en Derecho”³⁸⁴.

Por esta razón, la nueva tendencia procesal reconoce a la parte agraviada un cumulo de facultades sustanciales y procesales, como los mencionados. Y reconoce el nuevo rol que tiene el agraviado, que excede el interés de indemnizar el daño, si no, además, que la agresión sufrida debe ser indagada de manera exhaustiva y obtener justicia. De esta manera estas dos pretensiones deben ser tuteladas y materializadas en el juicio penal.

Respecto al tema de investigación, nuestra norma adjetiva en el párrafo “d” inc. 1, art. 95, le da potestad a la parte agraviada a impugnar el auto de sobreseimiento, en concordancia con lo previsto en el inc. 3 del Art. 347 del mismo cuerpo legal. Siguiendo con la dialéctica procesal, este da origen a otros derechos, estos son: el derecho ser oído en su segunda instancia, el derecho a sustentar su pretensión impugnatoria y el derecho a recibir de la autoridad jurisdiccional una respuesta congruente a su pretensión formulada. Lamentablemente estos tres derechos en nuestra legislación han sido cercenados por la línea legislativa y jurisprudencial de nuestra CS, por hacer predominar los principios: acusatorio y de jerarquía lo que se concretiza con la ratificación fiscal, previsto en el numeral 3 del art. 346. Ante lo cual, sin más trámite, es decir, sin verificar si el fiscal superior ha dado un argumento ajustado a derecho, razonable, coherente y proporcional, se archiva la causa.

³⁸⁴ PICÓ I JUNOY, Joan. Las garantías constitucionales del proceso. Bosch Editor, Barcelona, 1997, p. 61

El derecho en análisis es una garantía y principio fundamental de función jurisdiccional (su inobservancia acarrea nulidad absoluta de conformidad con el inc. “d” del art. 150 del CPP), es una obligación de hacer del Estado para brindarle un servicio de justicia de calidad al litigante y es supervisado jurisdiccionalmente³⁸⁵. San Martín, lo considera como un derecho autónomo que protege las siguientes facultades procesales: i) acceder al proceso, ii) recibir una respuesta motiva, iii) a impugnar las resoluciones conforme a la ley, y iv) el cumplimiento de lo resuelto. Lo que implica que la decisión del Juez, debe ampararse en razones estrictamente formales y sustanciarse, en congruencia con el *thema de debate*³⁸⁶ y los alegatos de las partes³⁸⁷. En igual sentido el TC indica que protege la potestad de acceder al órgano judicial, tiene tendencia de salvaguardar los derechos de las partes de cara a la actividad de la función jurisdiccional³⁸⁸. De igual manera Cobos del Rosal, afirma desde la lógica jurídica, se exige al órgano jurisdiccional exprese su decisión de manera racional, congruente y coherente³⁸⁹.

Este derecho-garantía le permite a la parte agraviada en la etapa intermedia recurrir la declaración del sobreseimiento, vía recurso o remedio. Para que el tribunal revisor se pronuncie motivadamente de los agravios y violación a los derechos fundamentales, ya que el superior revisor tiene el deber de hacer el control de las decisiones del fiscal y del juez de primera instancia, con la finalidad que revise el aspecto fáctico y jurídico de la

³⁸⁵ SAN MARTÍN, César. 2015, p. 107

³⁸⁶ Ibidem, p. 108

³⁸⁷ Fundamento 18 del Pleno. Sentencia del EXP. N.º 03107-2019-PA/TC. Lima.

³⁸⁸ Fundamento 6 de la sentencia 08123-2005-HC/TC

³⁸⁹ COBOS DEL ROSAL, Manuel. Tratado de Derecho Procesal Español. Editorial CESEJ, Madrid 2008, p. 69.

resolución recurrida y de darse el caso debe declararlo nulo cuando las decisiones vulneran mandatos constitucionales.

Este principio actúa como escudo protector de las partes, le impone al juez el deber y obligación de: dirigir, corregir, encausar, la actividad de las partes tratando de no pisotear, desconocer o ignorar, para no sacrificar el derecho a la justicia. Pues como dice la Corte IDH: “no se puede permitir ni tolerar al que delinque que retarde u obstruya en su beneficio la acción judicial³⁹⁰, en consecuencia, para la eficacia de la justicia se impone esta exigencia³⁹¹.

En el derecho comparado, José Almagro Nosete, le llama "posibilidad práctica"³⁹², consiste en obtener una decisión concreta referida a hechos facticos denunciados, sin perturbar el objetivo de la justicia.

En efecto, este principio debe garantizar su eficacia, a través de los recursos establecidos. En este sentido, el art. 139 de la carta magna precisa una serie de mandatos rectores que contribuyen el contenido de la tutela judicial efectiva, desde la dimensión formal y sustancial, como se aprecia, no solo se trata que el órgano jurisdiccional dé a la víctima una respuesta razonable, comprobable, pertinente, coherente y conducente, producto del debido proceso. Sino que esta deba ser también producto del cumplimiento de otros derechos fundamentales y principios constitucionales que contribuyen a ella en pro de la justicia.

³⁹⁰ Ver sentencia del caso Myrna Mach Chang vs. Guatemala del 25/11/ 2003

³⁹¹ Ver sentencia del caso Las Palmeras vs. Colombia, del 06/12/2001.

³⁹² ALMAGRO NOSETE, José, Constitución y proceso, Editorial Bosch, Barcelona, 1984, p. 96.

Al respecto la doctrina y la jurisprudencia moderna considera que se vulnera la tutela jurisdiccional efectiva cuando: i) Se omite pronunciar de pretensiones formuladas por las partes. ii) La decisión es insuficiente, no tiene razones fácticas y jurídicas que justifique la decisión y iii) Es arbitraria por ilógica, incoherente, incomprensible o contradictoria³⁹³.

3.3. El recurso de impugnación idóneo y efectivo

3.3.1. El recurso de impugnación

Es una potestad positivizada en nuestra Constitución, en el art. 139, que prescribe la "pluralidad de la instancia", como resguardo ante la arbitrariedad de la actividad judicial. Ha sido elevado al estatus de “principio-garantía” en nuestra constitución y por la Convención IDH en el parágrafo “g” del art. 8.

Nace cuando el órgano jurisdiccional resuelve con arbitrariedad³⁹⁴, sin respetar los exigencias, presupuestos y principios constitucionales. Es un recurso ordinario por perfección, pues comprende tanto los hechos con el derecho³⁹⁵.

Para Alsina, la doble instancia se promueve con una impugnación de una resolución que permite el reexamen por el superior revisor. Esta técnica ofrece mayores garantías porque son más de uno el número de jueces superiores que realizan el reexamen; además, en este ínterin los litigantes tienen la posibilidad de ofrecer nuevas pruebas, corregir omisiones, errores,

³⁹³ Fundamento noveno recurso de queja excepcional 307-2017-Lima

³⁹⁴ GACETA PENAL. Medios impugnatorios. Lima, 2010, p. 11.

³⁹⁵ SANCHEZ CORDOVA, Juan Humberto. Medios impugnatorios. Gaceta Penal, Lima, 2011, p. 83.

hacer aclaraciones, con la finalidad de hacer más evidente la controversia³⁹⁶.

Lo que crea la probabilidad de obtener, una resolución más justa por el mismo hecho de que quienes se pronuncian se presumen que son más versados o más capacitados en la impartición de justicia.

Según Florián Eugene, este acto procesal da inicio a una nueva fase que se enlaza a la que está en curso³⁹⁷. En igual sentido Fairen Guillén, sostiene que es la persistencia de la primigenia acción con la misma pretensión, que pretende contradecir la decisión gravosa³⁹⁸. Alzamora Valdez³⁹⁹ afirma que es el poder que se reconoce a la parte vencida en cualquier incidente o en el fondo del asunto, provoca el reexamen de la cuestión decidida por otra autoridad judicial de categoría superior", Así las impugnaciones permiten corregir a través de un reexamen jurídico, entendido como "procedimiento recursal".

Para Couture, es un “re correr, correr de nuevo el camino ya hecho”. Afirmó el maestro que, técnicamente apunta al nuevo examen que se hace nuevamente a través de otra instancia⁴⁰⁰. En la misma línea Clariá Olmedo, sostiene que: “medio impugnatorio por el cual la parte que se considera agraviada por una resolución judicial que estima injusta o ilegal, la ataca para provocar su eliminación o un nuevo examen de la cuestión resuelta y obtener otro pronunciamiento que le sea favorable⁴⁰¹”.

³⁹⁶ ALSINA, Hugo. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Tomo I, Parte General. EDIAR, Editores.- Buenos Aires, 1963.- Cap. I.

³⁹⁷ FLORIAN, Eugene. Elementos de derecho procesal penal. Editorial Universitaria. México, 2001, p. 230.

³⁹⁸ FAIREN GUILLEN, Víctor. Doctrina General del Derecho Procesal. Editorial Bosch. Barcelona ,1990, p. 479.

³⁹⁹ ALZAMORA VALDEZ, Mario, Derecho Procesal Civil, 2a Ed., Lima, 1968, p. 261.

⁴⁰⁰ COUTUTE, J.E. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Edit. Palma, Buenos Aires, 1972, p. 340.

⁴⁰¹ CLARIÁ OLMEDO, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Penal. Vol. 5, Edit. Editar. Buenos Aires, 1967, p. 442.

En atención a los antecedentes históricos la apelación ha cumplido y viene cumplido una función de control jerárquico, es propia del sistema político imperante⁴⁰².

De lo indicado se puede advertir la existencia de dos requisitos importantes de un recurso, **por un lado**, la existencia de un menoscabo, el cual dota de legitimidad a la parte impugnante; **por el otro lado**, tenemos la revisión o reexamen de la recurrida que le causa perjuicio al impugnante.

En consecuencia, la impugnación es un mecanismo procesal de defensa, que faculta a las partes requerir al juez y al órgano superior reexaminar la resolución judicial cuestionada, a fin que esta sea, revocada, modificada o anulada⁴⁰³. De esta manera se debe efectuar el control real, potestad que le asiste al órgano revisor, siendo uno de los principales componentes del proceso penal, dotado de suficientes facultades jurisdiccionales para corregir agravios. Este acto procesal puede ser interpuesta por una de las partes o todas, según el perjuicio que cause una decisión.

Para mejor entender este derecho, debemos saber que Etimológicamente, la expresión "impugnare" procede de las palabras "in" y "pugnare", que se entiende como batallar contra, lidiar, arremeter.

3.3.2. Finalidad de los medios de impugnación

Al acto de impugnación, se le entiende como el combate que se dirige contra el fallo jurídico adverso, para refutar su eficacia y legitimidad, por

⁴⁰² MAIER. Julio. Fundamentos de Derecho Procesal Penal. Ed. Del Puerto SR.L. 1999, p. 705-707.

⁴⁰³ ARMENTA DEU, Teresa. Op., cit., p.279.

considerársele injusto. De esta manera se pretende resistir a su valides, contenido y órdenes. Para corregirlos con el reexamen judicial.

Esto es justificado porque de esta manera se pretende restablecer la justicia y la ley. Lo que significa la depuración del proceso. Afirma Claria Olmedo que se trata de "previsiones sanatorios o correctivas". Por lo tanto, son esfuerzos del recurrente para promover la exclusión de las ilegalidades, en base a su potestad recursiva.

También los terceros legitimados, tienen esta potestad recursiva para eliminar el fallo que les causa agravio. Ya que el Juez y la sala revisora, no pueden impugnar sus propias decisiones o de sus inferiores, a lo mucho puede declarar de oficio las nulidades absolutas a través del auto o **control jerárquico**.

3.3.3. El Derecho de impugnación

Históricamente, la doctrina lo reconoce como un derecho abstracto⁴⁰⁴, derivada del derecho de acción, inherente a las partes, cuyo ejercicio está sujeto a el ánimo de la parte afectada para originar el reexamen de la decisión que estime errónea y ofensiva de sus intereses. Hace posible la revisión de la decisión del juzgador para que se dicte como debió hacerse, orientada a realizar volver a analizar los asuntos resueltos.

En esta línea sostiene Rudolf Von Ihering, este derecho consiste en “la resistencia contra una injusticia ofensiva, contra la lesión de un derecho..., es

⁴⁰⁴ VESCOVI, Enrique. Los recursos judiciales y demás medios impugnatorios. Edic. De Palma. Buenos Aires, 1988, p. 13-14.

un deber. Es el deber del afectado para consigo mismo, pues es un mandato de la autoconservación moral; es un deber para con la comunidad, pues es necesario para que se realice el derecho⁴⁰⁵.

San Martín, afirma que este recurso, es una facultad constitucional, tácitamente previsto en el inc. 3 del art 139, de la constitución que garantiza la tutela jurisdiccional efectiva⁴⁰⁶. Criterio compartido por Chamorro Bernal, al considerar que es una garantista de la tutela jurisdiccional efectiva⁴⁰⁷.

En el mismo sentido Devís Echandía, lo considera como un derecho de las partes, útil para que el juzgador revisor rectifique los agravios y perjuicios⁴⁰⁸. Gozaine⁴⁰⁹, explican y señalan que: “se suele afirmar que el sistema de recursos tiene su justificación en la fiabilidad humana y en la necesidad, con carácter general, de corregir los errores judiciales”. Abona a esta idea Calamandrei, al señalar que “los jueces también son hombres con sus heroísmos y debilidades humanas, con ímpetus, entusiasmo, idealismos, temores, prejuicios, insensibilidades y dudas.... El buen funcionamiento de la justicia depende de los hombres y no de las leyes...”⁴¹⁰

3.3.4. La impugnación en el CPP peruano

Está previsto en el art. 404 establece en lo pertinente:

⁴⁰⁵ IHERING, Rudolf Von "La Lucha por el Derecho". Ed. José M. Cajica, Puebla (México), 1957.

⁴⁰⁶ SAN MARTÍN CASTRO, César, 2015, op.cit., p. 643.

⁴⁰⁷ CHAMORRO BERNAL, Francisco. La tutela jurisdiccional efectiva. Bosch. Barcelona 1994, p.79 y ss.

⁴⁰⁸ DEVIS ECHANDÍA. Compendio de derecho Procesal Penal. Editorial ABC. Bogotá, 1996, p. 562.

⁴⁰⁹ GOZAINI, Osvaldo Alfredo. Recursos Judiciales. Editorial Ediar, Buenos Aires, 1993, p.10.

⁴¹⁰ CALAMANDREI En: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/25522-22950-1-PB.pdf>

1. Se pueden interponer en los supuestos expresamente previsto en la norma pertinente. Se presentan ante el juez que emitió la decisión que causa agravio.
2. Es titular la parte que sufre los agravios conforme lo indica la ley e incluso ambas partes si así lo consideran en sus respectivos recursos.

En nuestra legislación la ley no distingue ni limita el derecho de impugnación de las partes, por lo tanto, el actor civil tiene derecho a apelar la resolución que sobresee la causa. Como se infiere del Inc. 2 del artículo acotado, la limitación o restricción del derecho de impugnación sólo se puede producir por mandato de la ley “principio de legalidad”. En consecuencia, los criterios de la CS y del TC cuando deciden no pronunciarse respecto a violaciones de los mandatos constitucionales al declarar del sobreseimiento irregular, no pueden soslayar los principios y garantías constitucionales y supranacionales, por aplicación del art. 5 de la LOMP.

Pues como reitero el acotado artículo tácitamente indica que este recurso solo se restringe cuando la norma lo manda, esto en concordancia con el art. VI del TP del CPP., señala: *“Las medidas que limitan derechos fundamentales, salvo las excepciones previstas en la Constitución, sólo podrán dictarse por la autoridad judicial, en el modo, forma y con las garantías previstas por la Ley. Se impondrán mediante resolución motivada, a instancia de la parte procesal legitimada. La orden judicial debe sustentarse en suficientes elementos de convicción, en atención a la naturaleza y finalidad de la medida y al derecho fundamental objeto de limitación, así como respetar el principio de proporcionalidad”*.

En consecuencia, cuando las salas superiores, las salas supremas y el TC archivan las causas penales sin pronunciarse de los agravios de vulneración de los principios constitucionales alegados en el recurso de impugnación de la parte civil con él o sin el doble conforme fiscal vulnera este principio constitucional de legalidad.

Porque están restringiendo el derecho a obtener una respuesta motivada de su impugnación respecto a los puntos controvertidos impugnados y además porque el art. 5 de la LOMP, no tiene el rango legal para contradecir o anular el art. VI del T.P. del CPP.

En este sentido tenemos el art. 409 del CPP, que establece la competencia de la sala revisora y prescribe: “1. La impugnación confiere al Tribunal competencia solamente para resolver la materia impugnada, así como para declarar la nulidad en caso de nulidades absolutas o sustanciales no advertidas por el impugnante”. Siendo esto así, el órgano superior debe dar respuesta los puntos controvertidos impugnados, esto en cumplimiento y respeto al principio de congruencia procesal, sin embargo, no se cumple, con lo que se margina injustamente al actor civil en el proceso procesal respecto a la apelación del sobreseimiento. De esta manera vulnera su derecho a tener un trato procesal en igualdad de oportunidades en la ley y ante la ley.

Lo mencionado vulnera también el principio dispositivo ya que la sala superior trunca indebida e injustamente las expectativas legítimas del actor civil, haciendo de dicho recurso un acto ilusorio, no idóneo, ni efectivo.

3.3.5. El recurso de apelación y las normas supranacionales

Esta ficción jurídica ha evolucionado con al correr de los tiempos y teniendo en cuenta la debilidad de las democracias, las manipulaciones políticas y de los grupos de poder, el abuso de las autoridades; los organismos supranacionales acertadamente han optado en positivizar estos derechos en sus estatutos como una forma de proteger al ciudadano universal frente a la arbitrariedad estatal. Al respecto existen los siguientes acuerdos convencionales:

i.- La Convención Americana de Derechos humanos, Garantiza un conjunto de condiciones a los ciudadanos para tutelar los mandatos constitucionales ante un litigio de cualquier índole. Específicamente en el párrafo “h” del Inc. 2 del art. 8. Concordante con el art. 25, con lo que se pretende asegurar al ciudadano un medio impugnatorio recurso sencillo y rápido para resguardar sus derechos fundamentales.

ii.- El art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos, comparte el mismo criterio del primer instrumento supranacional.

iii.- Similar situación apreciamos en la resolución 40/34 de la ONU, de 29/11/1985 en donde se aborda las garantías que debe gozar los afectados de los delitos y los que sufren la arbitrariedad del poder.

iv.- En la misma línea la Convenio para la protección de los derechos humanos de Roma en su art. 13 contempla la potestad a una impugnación

eficaz a nivel interno, aun si ha sido ejecutada por las autoridades competentes en sus ocupaciones oficiales⁴¹¹

Conforme a esta nueva tesitura el recurso de impugnación ha dejado de ser un mecanismo de control superior en una estructural judicial vertical, a hora se concibe como una garantía en el ámbito penal de los procesados.

En este sentido Néstor Sagúes, indica que estos estriban en la necesidad de afianzar los valores de justicia y seguridad⁴¹². Es una garantía porque de esta manera se disminuyen los riesgos de la arbitrariedad, imparcialidad, incoherencia e insuficiencia en la motivación de las resoluciones judiciales.

3.3.6. La Jurisprudencia supranacional sobre el sistema de recursos judiciales

El recurso de apelación, esta estandarizado a nivel supranacional, positivizado en los instrumentos internacionales.

La Corte Interamericana en su reiterada jurisprudencia ha indicado que no es suficiente que el recurso de apelación esté previsto legalmente, sino que debe ser apto y eficaz para corregir o remediar la violación de las garantías fundamentales⁴¹³. En su doctrina vinculante ha indicado que su finalidad es lograr la corrección de los fallos opuestos al derecho⁴¹⁴. De esta manera, la Corte IDH resalta que este derecho busca otorgar mejor confiabilidad a la administración de justicia, y mayor garantía a las partes⁴¹⁵. Su propósito es que la legislación interna cumpla con esta garantía, para cuyo efecto, el recurso

⁴¹¹ Ver en: <https://bit.ly/3EY3WJ4>

⁴¹² SAGÚES. Néstor. La instancia Judicial Plural Penal. Edit. J.A., 2010, p. 156-165.

⁴¹³ Párrafo. 125 del caso Trabajadores Cesados del Congreso vs Perú.

⁴¹⁴ Párrafo. 161. Sentencia del caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica.

⁴¹⁵ Párrafo. 97. Sentencia del Caso Mohamed Vs. Argentina.

debe erigirse como un instrumento conveniente y suficiente para eliminar los vicios de una decisión incorrecta, ello implica someter al reexamen, los hechos, los aspectos sustantivos y adjetivos que sustentan la resolución recurrida, a efecto de verificar la coherencia, congruencia y razonabilidad del A quo. También es indispensable establecer que las normas adjetivas permitan un análisis profundo de las pretensiones impugnativas propuestas.

Además, señala que este recurso debe ser analizado de manera sistemática en armonía con el debido proceso, también en relación con los mandatos tutelados por la convención.

De lo indicado se infiere que el derecho de apelar una resolución tiene por finalidad salvaguardar los intereses del recurrente en tres aspectos: en primer lugar implica que un fallo injusto alcance ejecutabilidad; en segundo lugar reactiva la oportunidad de un reexamen para verificar si efectivamente se incurre en pronunciamientos desnaturalizados; y en tercer lugar, da motivo a la corrección para frenar el daño injusto a las pretensiones de la parte recurrente o de las personas como dice la sala supranacional⁴¹⁶. Máxime si se tiene en cuenta que este derecho, forma parte del bloque de garantías jurisdiccionales que le asiste a todo ciudadano.

De esta manera se hace el control de la discrecionalidad de las decisiones de las autoridades que imparten justicia a nivel interno de los países miembros.

⁴¹⁶ Ver párrafo 98. Sentencia de 23 de noviembre de 2012. Caso Mohamed vs. Argentina.

También debe tenerse en cuenta que el derecho a impugnar no se satisface con solo obtener cualquier decisión en segunda instancia, sino que esta se colma al obtener del órgano revisor un fallo congruente, coherente y razonable en segunda instancia.

3.3.7. Principios que guían el recurso de impugnación

Esta figura procesal, está regido por un grupo de axiomas jurídicos que lo orientan, optimizan su eficacia y validez, dentro de los cuales tenemos:

a. Principio de legalidad o taxatividad. Importa que debe ser establecidos por la norma. En nuestra legislación está previsto en el Inc.1 art. 404 del CPP. Establece: “Las resoluciones judiciales son impugnables solo por los medios y en los casos expresamente establecidos en la ley”. También en el Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116.

b. Principio De Formalidad. Exige el respeto de las exigencias establecido en art. 405 del CPP como la temporalidad, tener legitimidad, la expresión de agravios, entre otros.

c. Principio de adecuación. Demanda que este instrumento procesal sea idóneo para combatir los agravios, corregirlos, dejarlos sin efectos o anularlo.

d. Principio de unicidad o especialidad o singularidad. Señala que a cada resolución solo se le puede cuestionar con un solo tipo de recurso. Dice Hitters, tolera un tipo de impugnación y no varios⁴¹⁷.

⁴¹⁷ HITTERS, Juan Carlos. Técnica de los recursos ordinarios, 2° Ed. Librería Editora Platense. La Plata,

e. **Principio de congruencia procesal.** Significa que el órgano revisor esta compelido a pronunciarse respecto a los puntos controvertidos que sustentan la impugnación “cuestiones planteadas o controvertidos”. Salvo que exista nulidad absoluta, lo que habilita automáticamente al Ad quem, a pronunciarse de oficio.

Es decir, el órgano revisor solo debe tener en cuanto los puntos a los que se refiere los agravios, lo cual constituye las fronteras de su actuación, esto en concordancia con el adagio latino “*tantum devolutum quantum appellatum*”, de conformidad con el inc. 1 del art. 409 del CPP. que señala: “la impugnación confiere al tribunal competencia sólo para resolver la materia impugnada”, excepcionalmente cuando el órgano revisor advierta una nulidad absoluta o sustancial que no forma parte de la impugnación, amplía su competencia para resolver respecto a ello. En concordancia con el Inciso “d” del art. 150 del CPP.

3.3.8. El Derecho a un recurso idóneo y efectivo

Integrado a nuestro bloque constitucional vía La convención ADH, previsto en el inc. 1 del art. 25. Protección Judicial, señala: “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro **recurso efectivo** ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

i. Desde el punto de vista de la Corte IDH.

Se entiende por un “recurso idóneo” aquel que posibilita impugnar las decisiones de las autoridades judiciales y militares. Y por “recurso efectivo”, concibe a aquel que **da una efectiva respuesta de lo impugnado, también** permite una proporcionada reparación⁴¹⁸.

En este sentido, no puede considerarse como recurso efectivo aquella respuesta subjetiva producto de influencias del contexto político de un Estado, que resulta ilusorio⁴¹⁹, por carecer de autonomía o rectitud de la juricidad, abona a esta idea la negativa de brindar justicia, las demoras innecesarias del fallo y las limitaciones u obstrucciones al derecho a impugnar. Un ejemplo de lo indicado es el proceso Ivcher Bronstein Vs. Perú, **done** el estado le ignora su derecho pese a que sus requerimientos estaban conforme a ley y asistirle la razón.

En esta línea, este Tribunal Supranacional ha resaltado que, para respetar la norma supranacional, no es suficiente su regulación legislativa, sino el cumplimiento de dar una respuesta congruente, reiterando que solo de esta manera el recurso es eficaz y competente. Criterios jurisprudenciales vinculantes vertidos en los casos: Usón Ramírez Vs. Venezuela, ver párr. 129; Caso Claude Reyes Vs. Chile, ver párr. 131; Caso Chitay Nech Vs. Guatemala, ver párr. 202; Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay, ver párr. 140.

⁴¹⁸ Criterio reiterado en el INFORME No. 72/17 CASO 13.019. En: <https://bit.ly/3HEw1Hf>

⁴¹⁹ Párrafo. 188. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú.

Añade y resalta la Corte IDH que en el proceso penal la víctima no solo persigue obtener una indemnización por el perjuicio de la conducta ilícita, sino también le asiste el derecho de saber la verdad y obtener justicia de los órganos jurisdiccionales, derechos que no se les respeto a las víctimas. Por ejemplo, en el caso *Acosta vs. Nicaragua*, por una falta de voluntad jurisdiccional de cumplir la ley y respetar las garantías constitucionales.

Verificándose en el caso citado que los órganos judiciales superiores y supremos no cumplieron con su deber y obligación de impartir justicia, por optar por un **prematureo sobreseimiento** sin agotar las líneas de investigación, por ende, la responsabilidad del Estado ha quedado acreditado⁴²⁰. En consecuencia, se constata la violación al derecho fundamental del debido proceso y al medio impugnatorio efectivo.

De igual manera, en el fundamento 155 de la sentencia *Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs Perú*; y en la sentencia *Velásquez Rodríguez vs Honduras*, la justicia supranacional resalto que no es suficiente la preexistencia simbólica⁴²¹ de una norma, sino que el medio impugnatorio debe ser eficaz para combatir la arbitrariedad y para ello es necesario un órgano jurisdiccional competente^{422, 423}. También estableció que un recurso judicial efectivo significa la ejecución de un análisis, en donde se **examine las**

⁴²⁰ Párrafo 169 de la Sentencia de 25 de marzo de 2017. Caso *Acosta y otros Vs. Nicaragua*. Corte IDH.

⁴²¹ Párrafo 62 y 63 de la sentencia *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. do, y párrafo 294. De la sentencia *I.V. Vs. Bolivia*, párr. 294.

⁴²² Párrafo 117 sentencia *Maritza Urrutia Vs. Guatemala* y párr. 176 de la sentencia *Lagos del Campo Vs. Perú*.

⁴²³ Párrafo 86 de la sentencia *Favela Nova Brasília Vs. Brasil*.

cuestiones controvertidas por el impugnante y la obtención de un pronunciamiento respecto de ellas⁴²⁴.

Señala el Tribunal supranacional que lo indicado guarda sentido con los innumerables derechos que tiene toda persona, según lo establecido en el art. 8 de la convención el cual forma parte del justo proceso⁴²⁵. Esto es, los derechos a ser oído y recibir una respuesta coherente por parte del juez en la que exteriorice la justificación razonada que permite entender la conclusión⁴²⁶. La obligación de fundamentar las decisiones es una de las protecciones de una correcta impartición de justicia y da credibilidad a los fallos de la juricidad en un país democrática⁴²⁷.

Esto, con la finalidad evitar pronunciamientos arbitrarios por parte de los operadores del derecho de los Estados que vulneren las garantías supranacionales⁴²⁸. Señala este alto tribunal que la exteriorización de las razones del fallo tiene como propósito acceder a conocer el aspecto factico, las razones que justifica de la decisión, de esta manera se les demuestra a los litigantes, que el tribunal ha escuchado sus pretensiones, las analizado⁴²⁹ conjuntamente y ha decidido lo conveniente en el marco del proceso⁴³⁰.

⁴²⁴ Párrafo 196 sentencia López Álvarez Vs. Honduras y párrafo 176 del Caso Lagos del Campo Vs. Perú.

⁴²⁵ Párrafo 78 sentencia Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela, y párrafo. 146 sentencia Zegarra Marín Vs. Perú.

⁴²⁶ Párrafo. 107 sentencia Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. y párrafo 182 Caso Flor Freire Vs. Ecuador.

⁴²⁷ Párrafo 77 sentencia Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela, y párrafo 182 sentencia Flor Freire Vs. Ecuador.

⁴²⁸ Párrafo. 152 sentencia Yatama Vs. Nicaragua y párrafo. 182 caso Flor Freire Vs. Ecuador.

⁴²⁹ Párrafo 78, sentencia Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela y párrafo. 182 sentencia Flor Freire Vs. Ecuador,

⁴³⁰ Párrafo. 122 sentencia Claude Reyes y otros Vs. Chile y párr. 182 sentencia Flor Freire Vs. Ecuador,

Un ejemplo de la violación de las mencionadas garantías, es el caso de los trabajadores cesados de Petroperú, la Corte supranacional constato que la resolución del órgano revisor, no tenía análisis propio, ni razonamiento idóneo de una respuesta adecuada, por remisión reproduzco lo que se dijo en el fallo recurrido y en la opinión de persecutor, sin dar respuesta a las cuestiones planteadas por los recurrentes respecto a la violación de sus mandatos constitucionales. Similar situación ocurrió en los casos Hilaire, Constantino, Benjamín y otros Vs. Trinidad y Tobago, en donde se utilizó la misma fórmula de remisión. Lo que motivo establecer este criterio vinculante que han sido reiterado en los demás casos que ha conocido esta Corte supranacional.

ii. Desde el punto de vista de la Corte EDH.

En el mismo sentido el art. 13 del Convenio EDH reconoce a los litigantes el acceso **un recurso efectivo** ante los órganos de justicia de su nación, Por las vulneraciones que cometan los operadores del derecho u otra autoridad.

Al respecto Gomien, Harris y Zwaak⁴³¹ señalan: esta norma exige a los estados que lo han suscrito el compromiso **reconocer** (según traducción francesa) o **asegurar** (según traducción inglesa) los mandatos constitucionales tutelados por el convenio⁴³². Lo que importa la posibilidad a obtener una respuesta adecuada y efectiva, para proteger las potestades fundamentales de los europeos de los estados partes.

⁴³¹ GOMIEN, D; HARRIS D y ZWAAK L. Convenio Europeo de Derechos Humanos y Carta Social Europea: legislación y práctica. Ediciones del Consejo de Europa, Estrasburgo, 1997, p. 362

⁴³² FERNANDEZ SANCHEZ, Pablo. La aplicabilidad del Convenio Europeo de Derechos Humanos en los ordenamientos jurídicos internos. En: <https://www.jstor.org/stable/44296282>

Según Sudre, más que tratarse de un derecho, en realidad es una garantía de los demás derechos reconocidos en el convenio⁴³³. Lo que implica que estos recursos –garantías, estén dotados de instrumentos procesales de tutelas similares a los previstos para la defensa de los denominados derechos sustantivos.

Algunos autores han considerado que el derecho a un recurso eficaz como se contempla en los mencionados convenios es un derecho indirecto o complementario, puesto que la persona no puedes esgrimirlo más que en conexión con otros derechos. Este derecho no tiene una existencia independiente, pues solo puede ser puesto en práctica conjuntamente con otro derecho que garantiza el convenio⁴³⁴.

La Corte EDH, se ha apartado de esta interpretación, entendiéndolo con buena lógica que subordinar la aplicación del derecho a un recurso efectivo a la constatación de una violación de otro derecho supone privar de toda eficacia del art. 13 de la CEDH, puesto que es el establecimiento de la violación lo que supone el objeto mismo del recurso, criterio que quedó plasmado en el proceso *Class contra Alemania* de 6/09/1978.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea del caso *Johnston*⁴³⁵, interpreta la directiva 76/207 relativa a la igualdad de trato,

⁴³³ SUDRE: Droit international et europees droits de l'homme, Preses Universitaires de France, Paris (5 Edición), 2001, p. 329.

⁴³⁴ Óp. Cit. P. 328 y el capítulo XXIV de la obra.

⁴³⁵ Ver en: <https://bit.ly/3FIseYB> En este caso se marginó a la mujer en la actividad policial, con disquisiciones fuera de la realidad como: i. se excluía que las mujeres policía porten armas, estimando que si ellas estuvieran armadas se incrementa el peligro de que sean motivo de ataques. 2.- Se consideraba que las mujeres policía peltrechas son menos efectivas en determinadas acciones. Debiéndolas tener en cuenta para otras labores en las que son más apropiadas, como para las actividades sociales relacionadas con la familia y niños, y iii. Por último, el equipamiento de las policías para las actividades cotidianas de la función policial podía verse por la ciudadanía, más por los caballeros, como una situación de debilidad.

en relación con los art. 06 y 13 de la CEDH y concluye que el control de la mencionada directiva se establece para garantizar su cumplimiento y ha de ser un “**control jurisdiccional**”. En el fundamento 16, se resalta que el criterio o informe de una autoridad no es prueba irrefutable, tampoco puede paralizar el examen que debe hacer el ente judicial. De no ser así, se estaría vulnerando el compromiso del Estado y el art. 6 de la citada directiva.

En el fundamento 18, se afirma que el control del juzgador prevista por la referida norma consagra un principio general del Derecho, fundamental en las costumbres habituales a los países europeos. Este principio también se encuentra comprendido en los arts. 6 y 13 del CEDH. Distinguido por los órganos que conforma el sistema europeo de derechos humanos, con la declaración, de 5/04/1977 (DO C 103, p. 1), y por los criterios vinculantes de la Corte EDH.

El art. 6 de la norma aludida, examinada a la luz del aforismo de la igualdad establece que, todos los ciudadanos tienen derecho a un medio impugnatorio efectivo contra aquellos fallos que le agraven conforme se percibe de la Directiva 76/207. Este deber es obligación de los Estados efectuar el control efectivo de la juricidad, afín que de esta manera se concreten los derechos fundamentales establecidos en la convención.

En la parte resolutive de la sentencia la Corte concluye que el control jurisdiccional efectivo, no admite la existencia de pruebas incontrovertibles, ni

Motivo por el cual a las mujeres policías se les debe emplear a media jornada, a fin que laboren como colaboradoras de comunicaciones. Sin embargo no se tuvo en cuenta que la recurrente era una integrante eficaz y reconocida de la «RUC Full-time Reserve», cuya destreza lo había ganado en diligencias y procesos de su unidad oficial. Que el motivo por el cual no se le renovó el contrato por toda la jornada, era por el criterio que quería implantar el chief respecto a ellas. Sin ningún otro criterio objetivo.

limita el control que debe hacer el A quo, quien tiene el deber de pronunciarse de los actos de vulneración, discriminación u otras violaciones a fin de velar por la seguridad publica

En Consecuencia, el recurso idóneo y efectivo tiene su razón de ser en el control efectivo de parte del órgano jurisdiccional, de tal manera que este último no sea un fedatario de lo que dijo o afirma la autoridad administrativa. Sino que el órgano jurisdiccional debe desplegar una labor de verificar la verdad y fundabilidad de lo que se afirma, la razonabilidad y proporcionalidad de la decisión de la autoridad administrativa.

3.3.9. Requisitos para el recurso efectivo

Desde la óptica de la jurisprudencia de los órganos supranacionales de nuestra región y del europeo, son los siguientes:

1. El curso efectivo debe sustanciarse ante un Juez y garantizar el control jurisdiccional. El control jurisdiccional efectivo, descarta la existencia de prueba irrefutable que provenga de alguna opinión o criterio de la autoridad pública. Pues todo debe ser sometido al examen del órgano revisor para verificar la verosimilitud, su validez, credibilidad y objetividad. Solo de esta manera se puede brindar seguridad pública⁴³⁶. Conforme se precisó en el art. 6 de la Directiva 76/207 del Consejo, de 9/02/1976 analizada.

2. La efectividad de un recurso no dependen de la certeza de un resultado favorable. Así lo ha manifestado en los casos: Seringa y otros

⁴³⁶ Criterio vertido en la jurisprudencia de la Corte EDH de 15/05/ 1986, proceso Johnston vs. El Reino Unido.

Contra Reino Unido; en el caso *Observer et Guardian contra Reino Unido*, de 26/11/1991 y en el proceso *Costello- Roberts contra el mismo país* de 25/03/1993. En este último caso el Tribunal no estimo el recurso porque: a) llego a constatar que si existía la posibilidad de iniciar un procedimiento dirigido a verificar la acción impugnada. y b) El poder del órgano interno llegaba hasta la posibilidad de acordarla reparación de la lesión⁴³⁷.

3.- No exige que exista un recurso interno contra las leyes, pero si un recurso contra las normas reglamentarias. Respecto a las leyes, tenemos que la Comisión EDH afirmo en su informe de 14 de diciembre de 1997 (caso *Young, James y Webster*) que el art. 13 “No llega a exigir un control judicial de la Legislación”. Criterio que ha sido reiterado en el informe de 7 de marzo de 1984 (Caso *lithgow*). Sin embargo, el Tribunal ha interpretado que ni el art. 13 ni el convenio imponen tal obligación.

En cuanto a la exigencia del recurso contra normas reglamentarias la solución ofrecida por el TEDH es diferente. A si tenemos en el proceso, *Abdulaziz, Cabales y Balkandalicontra Reino Unido*, de 28/05/1985, las tres demandantes, trabajadores inmigrantes, se beneficiaban de un estatuto de residentes permanente en el reino unido e impugnaron los reglamentos sobre inmigración que autorizaba a los hombres que poseían la misma condición de ellas de hacer venir a su cónyuge al país, pero no concedían a las mujeres dicha facultad. Los reglamentos eran explícitos en este punto y no existía ninguna posibilidad de solicitar aplicación analógica en este caso concreto. En su sentencia el Tribunal establecido que en efecto se verifica una vulneración a la

⁴³⁷ CARMONA CUENCA, Encarna. El derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional. CEPC. Madrid, 2005, p. 646.

pretensión de la recurrente a la obtención de un recurso eficaz previsto en el art. 13. El Tribunal también estimo que se había violado el principio de no discriminación por razón de sexo establecido en el art. 14 de la Convención, en combinación con el derecho al respeto de la vida familiar del art. 8 CEDH. Criterio que reitero el tribunal en el caso *Ampbell y fell* contra reino Unido.

4.- La exigencia del art. 13 puede cumplirse mediante el establecimiento de un conjunto de recursos

Así lo indico en los casos *klass* y otros contra Alemania; caso *Silveer* y otros contra Reino Unido; en el caso *Van Droogenbroeck* contra Bélgica, de 24 de junio y en el caso *Lender* contra Suecia de 26 de marzo de 1987. Esta exigencia se produce a partir de la interpretación en el caso *Abdulaziz, Cabalesy Balkandali* contra Reino Unido, en donde estableció que la discriminación por razón de sexo de las que fueron víctimas las demandantes en el resultado de normas incompatibles con el convenio al derecho interno, lo que supone que no existe un remedio efectivo “como requiere el art. 13. Por esta razón el Reino Unido, incorporo el art. 13 del convenio a su legislación mediante ley de 1998 sobre los derechos del hombre (*human Rights Act*), entró en vigencia el 2-10- 2000.

Situación que se repitió en el proceso *Hatoon* y otros contra el mismo país. En donde el TEDH, verifico y entendió que el control ejercido por los tribunales internos antes de la aprobación de esta ley se limitaba a ciertas nociones clásicas del derecho público inglés, tales como la irracionalidad, la ilegalidad y el error manifiesto de la apreciación, lo que no era suficiente para dilucidar si había producido una violación al respeto a la vida privada y

familiar. En este caso la Corte europea concibió que se había incumplido con los requisitos del art. 13 y, por tanto, se había vulnerado el derecho a un recurso efectivo reconocida en dicha norma supranacional.

Si bien el tribunal estima que el art. 13 no impone a los Estados Partes la incorporación del convenio al derecho interno. También ha afirmado en jurisprudencia reiterada que este artículo si impone la obligación positiva de establecer medios efectivos en la legislación interna para la reparación integral de las vulneraciones de los derechos reconocidos por el convenio. Solo si estos medios internos no han sido suficientes para cumplir su objetivo, podrá acudir al TEDH.

5. Efectividad del control jurisdiccional y de la ejecución. En los criterios de la última sentencia se puede observar mayor interés de la Corte EDH por dotar de eficacia a la exigencia del art. 13 de la Convención EDH. Por ejemplo, en el caso Smith y Grady contra Reino Unido de 27/09/1999, estableció que un recurso interno no es “efectivo” cuando *el control ejercitado por A quo de un estado sobre el medio impugnado aparece como restringido* en relación al que ejerce dicho tribunal europeo. Asimismo, considera el TE en el caso Latridis contra Grecia, que un recurso interno no puede considerarse efectivo, cuando habiendo obtenido un resultado positivo ante un juez nacional tropieza con un rechazo de la administración a ejecutar la sentencia.

6. El control jurisdiccional debe ser exhaustivo, riguroso sin limitaciones

La noción de impugnación efectivo conforme el art. 13 exige un examen autónomo y estricto de la impugnación para verificar si el recurrente

tiene o no razón con sus argumentos y si son legítimos. Por ejemplo, en el párrafo 151 del caso *Chahal vs. el Reino Unido*, del 15/10/1996. En esta sentencia el tribunal entendió que el poder de control de las jurisdicciones británicas sobre un decreto de expulsión adoptado por razones de seguridad nacional es demasiado limitado para ser efectivo en el sentido de la convención.

Capítulo IV: El sobreseimiento penal peruano y su control en el derecho comparado

4.1. Concepto

Desde el punto de vista epistemológico, es una salida alternativa que permite archivar del proceso penal⁴³⁸ cuando no hay mérito para pasar al juicio oral⁴³⁹. Desde la óptica judicial, es una la resolución firme emitida por el Juez, que produce el archivo definitivo. Dice Pilco “sin actuar el ius puniendi”⁴⁴⁰, es decir sin pronunciarse de la imputación. Esto significa para Roxin el desistimiento a la persecución penal. Aclara que si el juez le corrige sin justificación la decisión resulta arbitraria.⁴⁴¹ Para Teresa Armenta⁴⁴² y Benavente Chorres⁴⁴³, significa una absolución, por ende, archivamiento definitivo, con autoridad de cosa juzgada. Lo que excluye un posterior juzgamiento del investigado por los mismos hechos”.

Desde la arista de las partes, es la petición que hace el fiscal o el abogado del imputado ante el juez de garantías.

Según RAMIRO SALINAS SICCHA “Es un deber ineludible del fiscal el hecho de solicitar el sobreseimiento cuando en el caso sometido a su investigación advierte alguno de los presupuestos”⁴⁴⁴. Para Cubas Villanueva, es la suspensión del

⁴³⁸ Diccionario de la Real Academia Española En: <https://dle.rae.es/sobreseer>

⁴³⁹ RIQUELME MUÑOZ, Gisella. Conflicto con el efecto del inc. segundo del art. 240 del código procesal penal, p.5. 2020. En: <https://bit.ly/2W742Og>

⁴⁴⁰ PILCO CHASQUIBOL, Asunción. El control de sobreseimiento y su incidencia en las resoluciones judiciales en el nuevo código procesal penal, p. 9.2017. En <https://bit.ly/2ZpEOfh>

⁴⁴¹ ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal. Revisada por Julio B. J. Maier Editores del Puerto, Buenos Aires. 2013, p. 335

⁴⁴² ARMENTA DEU, Teresa. Lecciones de derecho procesal penal. 3ra Edición. Marcial Pons., Ediciones jurídicas y sociales. Madrid, 2003, p. 250.

⁴⁴³ BENABENTES CHORRES, Hesbert. La etapa intermedia en el proceso penal acusatorio y oral. Flores Editor. México, 2011, p. 80.

⁴⁴⁴ SALINAS SICCHA, Ramiro. La etapa intermedia y resoluciones judiciales según el Código Procesal

proceso por carencia de prueba⁴⁴⁵. En similar sentido Rosas Yataco, sostiene que es una alternativa que tiene el fiscal para concluir el proceso en la etapa intermedia a fin de evitar la celebración de un juicio que resulte innecesario⁴⁴⁶. Reyna Alfaro, considera que el auto de sobreseimiento es inimpugnable vía recurso de apelación⁴⁴⁷.

Para Bernal y Montealegre, es sinónimo de preclusión, se produce cundo no hay sustento para acusar y en respeto a las garantías constitucionales⁴⁴⁸.

En nuestra jurisprudencia se le concibe como aquella ficción jurídica que facultad al juzgador archivar el proceso sin pronunciarse de los cargos, en aplicación de cualquiera de las causales⁴⁴⁹ previstas en la ley.

Desde su punto de vista San Martín, lo define como una decisión judicial definitiva, median el cual se archiva el proceso, sin pronunciarse del fondo, con efectos de la cosa juzgada⁴⁵⁰. Roxin resalta que tiene el mismo alcance de una sentencia absolutoria⁴⁵¹. Añade Sánchez Velarde que también deja sin efecto las decisiones cautelares⁴⁵².

Por su parte Conde- Pumpido, considera que: “El sobreseimiento es la resolución judicial que pone fin al proceso, una vez concluida el procedimiento preliminar, y antes de abrir el juicio oral, con efecto de cosa juzgada, por no hacer

Penal. Lima: Justicia, 2014, p. 114.

⁴⁴⁵ CUBAS VILLANUEVA, Victor. El proceso penal. 6ta. Edición. Palestra Editores, Lima, 2006, p.418.

⁴⁴⁶ ROSAS YATACO, Jorge. Tratado de derecho procesal penal. Volumen I. Pacifico Editores. Lima, 2013, p. 635.

⁴⁴⁷ REYNA ALFARO, Luis Miguel. Litigación estratégica y técnicas de persuasión. Grijley. Lima, 2009, p.39.

⁴⁴⁸ BERNAL Jaime y Montealegre Eduardo. op., cit., p. 131.

⁴⁴⁹ Fundamento 7 de la casación 181-2011 Tumbes.

⁴⁵⁰ SAN MARTIN CASTRO, César. 2015, op., cit., p. 373

⁴⁵¹ GIMENO SENDRA, Vicente. Derecho procesal penal, Editorial Colex, Segunda Edición, Madrid-España. 2010, p. 620.

⁴⁵² SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. op., cit., p. 172.

posible una causación fundada, bien por inexistencia del hecho, por no ser el hecho punible y finalmente, por no ser responsable criminalmente quien hasta ese momento aparecía como presunto autor, en cualquiera de sus grados”⁴⁵³.

Para JORDI NIEVA FENOLL, es un escenario de evidente orfandad probatoria para acreditar la responsabilidad del investigado, después de haberse agotado la investigación y examinado la carpeta fiscal, donde todo da a entender que el investigado es inocente, razón por el cual, el persecutor del delito desiste de continuar con el proceso, porque no hay merito para pasar al juzgamiento⁴⁵⁴. Según Rio Labarthe, “es una negación anticipada del derecho de penal por parte del Estado⁴⁵⁵”. De manera similar afirma Alberto Binder, “el sobreseimiento representa una absolución anticipada, una decisión des inculpativa fundada en la certeza de que el supuesto hecho punible no existió o, si existió como hecho, no se trató de un hecho punible, o bien de que el imputado no tuvo participación en el hecho punible de que se trata. Todos estos supuestos implican un grado de certeza equiparable al de una sentencia absolutoria y sus efectos también pueden ser equiparados ya que el sobreseimiento firme cierra irrevocablemente el proceso”⁴⁵⁶.

Al decir de Castillo Alva, “es una inequívoca manifestación de voluntad del representante del MP por la cual decide no llevar a un imputado a juicio oral y, por tanto, desiste realizar la petición de una sanción jurídico-penal”⁴⁵⁷.

⁴⁵³ CONDE -PUNPIDO TOURON, Cándido., et al. Los Procesos Penales. Tomo IV. Bosch, Barcelona, 2000, p. 613 y ss.

⁴⁵⁴ NIEVA FENOLL, Jordi: Derecho Procesal I. Introducción, Ed. Marcial Pons, M. Eadrid, 2014, p. 207.

⁴⁵⁵ DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. La etapa intermedia en el nuevo proceso penal acusatorio. ARA. Lima, 2010, p. 85.

⁴⁵⁶ BINDER Alberto. Op. Cit., 2002, p. 68.

⁴⁵⁷ CASTILLO ALVA. José Luis. El sobreseimiento resuelto por el juez de investigación preparatoria. Parte General, Grijley, Lima, 2013, p. 361.

En resumen, esta categoría procesal, es utilizada por las partes, de manera objetiva⁴⁵⁸, sustentada⁴⁵⁹, motivada⁴⁶⁰ y razonada⁴⁶¹ a fin de lograr finiquitar el proceso, al concurrir uno o varios supuestos previstos⁴⁶² en el art. 344 del CPP.

El sobreseimiento no causa problema cuando se dan en un proceso regular. Pero si, cuando estamos ante una investigación irregular⁴⁶³, porque, lo que en este último supuesto persigue es lograr la impunidad⁴⁶⁴.

4.2. Supuestos de sobreseimiento en el CPP de Perú

El Inc. 2 del art. 344 del CPP establece: a) Nunca ocurrió el acto denunciado o no puede imputársele al investigado; b) cuando la conducta es atípica o se presenta supuestos de justificación, de inculpabilidad o de inoponibilidad; c) se ha producido la extinción de la acción punible; y, d) Cuando se agotado la investigación y hay orfandad probatoria que imposibilite pasar al juzgamiento.

Además, la doctrina nacional considera que el sobreseimiento se presenta de la siguiente manera:

⁴⁵⁸ En mérito de la orfandad probatoria del caudal investigatorio existente en la carpeta fiscal, petición que debe coincidir con la realidad de los elementos probatorios.

⁴⁵⁹ En la ausencia de datos de calidad respecto a la responsabilidad penal del investigado. De no ser así, el requerimiento resulta arbitrario e injusto. Si hay elementos a favor y en contra, será en el contradictorio donde se establezca cuál de las dos teorías es verdadera, conforme así se ha establecido en la casación 760 – 2016 La Libertad.

⁴⁶⁰ La parte requirente está obligada a expresar las razones de su solicitud.

⁴⁶¹ Los argumentos del requerimiento deben ser coherentes y congruentes con los datos objetivos recabados en la carpeta fiscal.

⁴⁶² Fundamento Jurídico 7 de la casación N° 181-2011 Tumbes.

⁴⁶³ Un proceso es irregular cuando se ha vulnerado los mandatos constitucionales. Lo que se ve mediatizado en el juicio criminal por el ejercicio del jus puniendio del persecutor penal (ver fundamentos 9,10 y 11 de la sentencia N° 4620-2009-PHC/TC).

⁴⁶⁴ CARHUACHIN GALARZA, Eva Verónica. Los requerimientos de sobreseimiento y su relación con la impunidad en la aplicación del nuevo código procesal penal en la Provincia de Pasco, Región Pasco Perú, 2019 (pp. 5-8). En <https://bit.ly/3IPk9cb>

a.- **El hecho denunciado no se cometió.** El fiscal llega a este requerimiento después de analizar los elementos de convicción al haberse declarado concluido la investigación fiscal. Esta decisión es el resultado de la verificación del caudal probatorio que da cuenta que el hecho nunca ocurrió. verbigracia, se apertura la investigación por el supuesto delito de apropiación ilícita, sin embargo, del informe minucioso de la pericia contable se establece que no hay faltantes de dinero, que los ingresos estaban registrados oportuna y adecuadamente. Concluyéndose que la denuncia está motivada por una sed de venganza, ya que la investigada fue despedida antes de los hechos denunciados y ha demandado al denunciante por pago de beneficios sociales. En estas circunstancias el persecutor penal está facultado para requerir el sobreseimiento.

b.- No puede imputarse al investigado el hecho factico denunciado o subsumido por el fiscal. Se presenta esta situación cuando se verifica que solo existen presunciones sin ningún elemento idóneo de calidad que la sustente, lo que causa convicción al fiscal de su no responsabilidad del investigado en los hechos denunciados. Verbigracia, se investiga a “A” por haber dado muerte a “B”. Sin embargo, de los elementos probatorios recabados en la carpeta fiscal se tiene que ha el día de los hechos a la hora en le dispararon al agraviado en la puerta de su casa, “A” se encontraba en su centro laboral, conforme a los videos de su centro laboral, al registro de asistencia y salida. Asimismo, del informe del levantamiento del secreto de la comunicación no se ha encontrado algún indicio que lo vincule con los hechos denunciados. Si bien es verdad ocurrió la muerte de “B” no se le puede atribuir responsabilidad al investigado. Por lo tanto, no hay causa probable. Razón por el cual debe solicitarse el sobreseimiento, pues los elementos de probatorios desvinculan al investigado de los hechos denunciados.

c.- No hay tipicidad de los hechos denunciados, por no estar contemplados en la norma penal. Se está ante este caso cuando del examen de los elementos indiciarios recabados de la carpeta fiscal se determina que la conducta desarrollada por el imputado no calzan con los elementos típico del delito imputado, ni se adecua en otro ilícito. Ya sea, por faltar la intención criminal, por la carencia de las cualidades que exige el tipo penal al sujeto activo... Verbigracia, se apertura la investigación contra X por el supuesto delito de homicidio culposo, empero, del examen de las pruebas recabados hay el informe técnico policial señalando que el investigado iba transitando por el carril apropiado, con la velocidad adecuada, en ecuanimidad. Y el supuesto agraviado iba a mayor velocidad que la permitida y embriagado quien de manera imprudente pretendió cruzar la pista sin respetar la señalización del semáforo. Habiendo sido determinante de lo ocurrido la excesiva velocidad y el estado avanzado de ebriedad del occiso. También se tiene el examen de alcoholemia del investigado con 00.00 gramos de alcohol en la sangre, el examen de alcoholemia del agraviado con 2.5. gramos de alcohol en la sangre. El video que registra el momento en que el agraviado pretendió cruzar la calle con su auto cuando el semáforo estaba en rojo. Todo lo indicado demuestra el auto puesta en peligro del supuesto agraviado y su imprudencia de manejar a una velocidad no permitida y borracho. En consecuencia, no hay el dolo ni negligencia del procesado. Ante lo expuesto el persecutor penal no tiene caso, razón por el cual debe formular el requerimiento de sobreseimiento.

d.- En la conducta delictiva hay motivo justificante. A esta conclusión se arriba luego de evaluar los datos recabados, el iter criminis de la conducta desarrollada y las circunstancias de cómo ocurrieron los hechos. Todo lo cual lleva a la convicción del fiscal que el imputado está exento de responsabilidad penal, porque concurre un supuesto establecido en el art. 20 del CP. Verbigracia, se imputa a Juan Pérez haber

cometido el delito de parricidio. Sin embargo, del caudal probatorio se determinó que el día de los hechos el investigado llegó en el momento en que el agraviado le daba una paliza a su progenitora viéndola ensangrentada producto de los puñetazos que recibía, ante lo cual el investigado dejó su mochila a un lado, para intentar separarlos, en esa circunstancia empujó al occiso, quien no quería dejar a su esposa.

Posteriormente la tira al piso y procede a atacar al investigado, quien para esquivar el ataque empuja a su progenitor para evitar el enfrentamiento, sin embargo, el occiso debido a su embriaguez perdió el equilibrio y su cabeza cayó encima del metal de la palana que el occiso usaba en sus faenas, impactando fuertemente lo que le causó la muerte instantánea. Así se tiene del acta de visualización del video, en donde se deja constancia de la verificación de los hechos descritos, resaltándose que si bien el investigado empujó al occiso también es verdad que no siguió el curso del empujen, sino que al tropezar con un machete que estaba tirado en la escena de los hechos, perdió el equilibrio y cayó sobre la punta del metal de la palana impactando fuertemente ocasionando un sangrado profuso y la muerte instantánea. Por lo tanto, el investigado actuó empujando a su progenitor en legítima defensa de su progenitora, sin intención de cometer el ilícito.

e.-Concurre una causa de inculpabilidad. Se llega a esta situación cuando al estudiar los hechos denunciados, los datos recabados y la personalidad del investigado se tiene que él: a) No tiene la capacidad de comprender los hechos sucedidos b) No tiene conocimiento de la ilicitud y c) Hay una situación de inexigibilidad. Como a si se prevé en el Inc. 1 del art. 20 del CP. Verbigracia. Cuando un orate sorprende a pedradas a un distraído peatón que se le cruza causándole graves lesiones. En este caso el investigado no se le puede acusar por el delito investigado por falta de culpabilidad y, por lo tanto, no se le puede imponer una pena.

f. Cuando en los hechos denunciados concurre un eximente de punibilidad por cuestiones de parentesco. Se llega a esta conclusión cuando el persecutor penal verifica que, si bien se ha producido la conducta ilícita, pero no se les imputable al investigado por su relación parental, como ocurre en los hurtos entre el descendiente y ascendiente previsto en el art. 208, igual ocurre en el caso de encubrimiento personal de un hijo que ha delinquido o en el caso de encubrimiento de las pruebas que incriminan al hijo del investigado. En estos casos nos encontramos con las excusas absolutorias.

g- La acción penal se ha extinguido. En esta causal cuando se verifica la concurrencia de cualquiera de los hechos que se describen en el art. 78° del CP.

h. Cuando hay orfandad probatoria. Se llega a esta eventualidad cuando el persecutor penal concluye después de analizar los elementos probatorios recaudados, que no hay prueba idónea, pertinente, ni útil para sustentar una acusación. Asimismo, es imposible poder incorporar otros datos al pobre caudal probatorio existente.

A esta situación se llega después de haber efectuado todas las indagaciones del caso. Es un reconocimiento del persecutor penal cuando no tiene un caudal probatorio sólido.

Este es el tema central de la investigación, ya que muchas veces se utiliza, crea o provoca irregularidades procesales para conseguir impunidad, argumentando indebidamente no poder conseguir más información sin haber agotado las líneas de investigación. Nuestra realidad nos demuestra que se provoca este supuesto a través de la omisión de recabar actos de investigación como testimoniales, pericias médicas, técnicos contables... muchas veces a pesar de haber sido solicitadas y ordenadas por las partes.

Ante esta penosa situación, el ente judicial se ve neutralizado por las reglas del inc. 3 del Art. 346 del CPP y del Art. 5 de la LOMP llegando al extremo de no pronunciarse de las violaciones a las garantías judiciales que alega la parte recurrente del auto de sobreseimiento. Con el argumento indebido que se debe respetar el aforismo de legalidad y el de jerarquía de la fiscalía, el principio acusatorio, el cual como ya se dijo no impide la revisión de la resolución impugnada, ni el poder pronunciarse de las violaciones de las garantías procesales. Es más, si el órgano revisor verifica la arbitrariedad del fiscal y comprueba que hay mérito para pasar el juicio oral, no puede ordenar se formule la acusación por que le prohíbe las normas aludidas, por ende, es un convidado de piedra, ya que está impedido en esta situación de hacer justicia y actuar con equidad. Situación superada en el derecho comparado con la figura de la acusación de parte, el cual puede ser habilitado por el órgano jurisdiccional en cualquiera de sus instancias en que detecte la arbitrariedad fiscal.

4.3. Tramite del Sobreseimiento

Una vez que el persecutor penal ha declara concluida la investigación, tiene 15 días para requerir el sobreseimiento o la acusación. Si es un caso complejo o de organización criminal puede pronunciarse dentro del plazo de 30 días conforme al art. 344 del CPP.

Si ha transcurrido el termino de ley para la investigación preparatoria y el persecutor no la ha declarado concluido la parte afectada puede requerir al Juez de garantías, el control del plazo, quien citara a audiencias a los litigantes, los escucha y luego de revisar la carpeta fiscal, de tener razón el recurrente ordenara, su conclusión y dará 10 al fiscal para que decida conforme a ley (ver inc. 2 y 3 art. 343).

Si decide sobreseer el proceso, puede sustentarlo en una de las causales establecidas en el art. 344 del CPP. Petición que debe primero exteriorizarlo por escrito ante Órgano Jurisdiccional adjuntando la carpeta fiscal. Igual derecho le asiste a la parte investigada, correspondiéndole respetar los mismos requisitos previstos para el persecutor penal, esta potestad proviene del principio de igualdad prescrito en el parágrafo “a” del inc. 24 del art. 2 de la carta magna que indica: “... nadie está impedido de hacer lo que la ley no prohíbe”. En atención al principio de equidad el investigado puede requerirlo a través de su defensor.

A continuación, el Juzgador notifica a los demás litigantes la solicitud formulada, concediéndoles diez días para que si lo creen conveniente manifiesten oposición a lo solicitado, oportunidad que permitirá requerir la realización de actos de indagación complementarios, precisando su finalidad y conducencia. Transcurrido el termino de ley, el juez convocara a las partes para debatir y analizar el requerimiento, posteriormente, el órgano jurisdiccional puede resolver dentro del tercer día siguiente, esto no impide que lo pueda emitir en la misma audiencia.

4.4. Alternativas de decisión del juez de investigación preparatoria

i.- Tiene la opción de emitir el auto declarando fundado, si comparte los criterios del requerimiento o también de oficio si desestima la causal propuesta y fundar su decisión en otro presupuesto que ha detectado y no ha sido requerido.

ii.- De no compartir los fundamentos del requerimiento del sobreseimiento. Emite un auto elevando los actuados al fiscal superior para que se pronuncie conforme a ley, la decisión judicial deberá motivar expresando las razones en que se funda la disconformidad.

4.5. El Fiscal Superior y la elevación del sobreseimiento

Toma conocimiento del sobreseimiento en dos circunstancias:

i.- **Cuando el juez eleva los actuados**, en tal supuesto debe emitir la disposición, dentro del término de diez días y lo puede hacer:

a. Rectificando el pedido solicitado en primera instancia porque no comparte los criterios del requerimiento del sobreseimiento y remitirá la carpeta fiscal a la coordinación de la fiscalía provincial para que designe al llamado por ley, a fin que proceda a formular la acusación en el caso que haya elementos probatorios que lo amerite.

b. Solicitando una investigación suplementaria, al verificar que no se agotado las líneas de investigación, indicando las diligencias por efectuar. De compartir dicho criterio el juzgador ordenara dar cumplimiento a lo solicitado de conformidad con el inc. 5 del art. 346 del CPP.

c. Ratificando, cuando comparte los criterios del fiscal de primera instancia (con este supuesto se produce el doble conforme expresado en una disposición fiscal superior sin audiencia pública), con cuya disposición devuelve los actuados al Juez para que se pronuncie conforme al inc. 3 del art. 346 del CPP. De esta manera queda archivado definitivamente el caso y da lugar a levantar las medidas cautelares que se hubieran dictado.

ii.- **Cuando es convocado a la audiencia de apelación**, en esta ocasión al ser citado a concurrir a la audiencia de apelación, previamente analiza el requerimiento y los actuados, y en la audiencia de revisión puede pronunciarse:

a. Solicitando se confirme la resolución, se produce el doble conforme en audiencia al compartir los criterios de primera instancia. Al revalidar los criterios impugnados por estar arreglado a ley, al no haberse violado el debido proceso. Con lo que queda finiquitado el proceso.

Cuando lo decidido esta conforme a derecho y no se vulnera ningún derecho fundamental ni garantía supranacional, no hay problema sirve como una salida, idónea, prudente y justa. De no haber vicios insalvables, el archivamiento es correcto.

Sin embargo, cuando no es así, el sobreseimiento se convierte en un instrumento procesal usado para favorecer la impunidad. Ya que aprovechando que el órgano jurisdiccional superior no puede revisar la apelación por la conformidad fiscal por mandato de una regla procesal. Se perjudica a la parte recurrente en segunda instancia y se le impide obtener una respuesta congruente al recurso planteado, se viola su derecho a ser oído en segunda instancia, con lo que considero se viola el debido proceso. Si la parte recurrente alega dicha vulneración debe tener un pronunciamiento congruente (siendo este extremo el tema de nuestra investigación).

b. Puede adherirse al recurso de apelación solicitando: Si comparte los fundamentos de la parte recurrente.

c.- Solicitar la nulidad del auto que declara el sobreseimiento cuando: i) existe vulneración a las garantías constitucionales, ii) se ha omitido obtener una prueba requerida y ordenada, iii) los informes periciales no han cumplido con su objetivo metodológico por ejemplo no se ha dado respuesta si habido o no apropiación del dinero o desbalance patrimonial.

d. Solicitando un plazo suplementario de investigación, ya que están pendientes elementos probatorios por recabar, diligencias que han sido omitidas por el fiscal pese a que han sido ordenadas por él.

4.6. ¿Debe controlarse las decisiones del fiscal de segunda instancia cuando se requiere el sobreseimiento?

En nuestro país las decisiones del persecutor penal en primera instancia se encuentran debidamente controlado, a nivel extra judicial mediante la queja de derecho o elevación de actuados que se interpone una vez ordenado el archivamiento de la investigación. A nivel judicial mediante la tutela de derechos. Ambos en la fase preliminar. Igual ocurre en fase intermedia en la diligencia de control de acusación o de sobreseimiento y lo hace el juez de investigación preparatoria.

Empero, esto no ocurre en segunda instancia cuando interviene el fiscal superior o supremo dependiendo del caso. Por mandato del Inc. 3 del art. 346 del CPP que establece: “si el superior ratifica el requerimiento de sobreseimiento, el juez de la investigación preparatoria inmediatamente y sin trámite alguno dictara el auto de sobreseimiento”. En concordancia del art. 5 de LOMP que indica que en materia de pronunciamiento debe primar lo que indican los superiores. Así lo han entendido la CS y el TC, en su reiterada jurisprudencia.

De lo indicado se infiere que nuestro legislador y los órganos jurisdiccionales y constitucionales respetan el alto poder de discrecionalidad de los fiscales revisores, a quienes casi nunca controlan y más bien avalan sus arbitrariedades, creando e incrementando el ambiente de impunidad.

Con esta conducta se ha creado una zona exenta de control jurisdiccional y constitucional, justificando esta incoherencia normativa y practica judicial, porque solo de esta manera se respeta las reglas de Jerarquía y acusatorio. Sin embargo, ambos se olvidan que cuando entra en conflicto una regla y un principio prima el segundo. Es más, para aquellos que a los primero los consideran como principios cuando estos entran en conflicto con las garantías constitucionales, de igual manera priman los segundo. Es decir, en ambos supuestos deben primar los mandatos constitucionales.

4.7. El recurso de impugnación del auto de sobreseimiento

En nuestra legislación se encuentra previsto en el parágrafo “b” inciso 1 del art. 416 del CPP prescribe: “Los autos de sobreseimiento... es apelable”, no dice: ¿Quién puede apelar?, se sobre entiende que es una potestad de cualquiera de las partes del proceso penal. Esto en base al “derecho a la doble instancia” que les asiste a los litigantes y en atención del principio de igualdad, a fin de obtener un doble pronunciamiento jurisdiccional sobre el punto controvertido apelado. Máxime, si estamos ante una resolución que, sin pronunciarse sobre el fondo o pretensión procesal, en caso de ser estimatorias producen la finalización del proceso pendiente. Este recurso es un instrumento procesal que permite apertura la revisión de la resolución cuestionada lo que implica una nueva decisión por parte del órgano judicial superior.

Lo indicado guarda concordancia con lo previsto, en el inc. 1 del art. ocho de la Convención IDH, sobre garantías judiciales que indica:

- De lo prescrito en esta norma supranacional abordada en los anteriores capítulos, se tiene que el derecho a apelar es de las partes, no establece ninguna

discriminación al respecto. En consecuencia, el Tribunal Superior competente debe pronunciarse de la pretensión planteada en el recurso de apelación, esto en atención al principio de congruencia que debe existir en un pronunciamiento judicial, entre lo solicitado y lo resuelto. Afín de garantizar un recurso idóneo y eficaz, no formal.

- La apelación de la resolución que declara fundada un requerimiento de sobreseimiento por su naturaleza jurídica, es un recurso ordinario, otorga plena potestades al juzgador revisor, poder examinar y pronunciarse de los puntos de hecho y de derecho que se cuestionen y según el art. 419. Esto facultad a la instancia superior poder declarar la nulidad o revoque, el auto recurrido.

- Corresponderá la nulidad cuando exista vulneración de los mandatos constitucionales (irregularidad, omisión o no valoración de una prueba⁴⁶⁵) falta, insuficiencia, deficiencia o incongruencias en la motivación; o se sustente sobre errores u omisiones de trascendencia procesal conforme al párrafo “d” del art. 150 del CPP. Ello merece un análisis prolijo por parte del juzgar de segunda instancia. Y de verificarlo estaríamos ante una excepción al principio acusatorio.

En cambio, corresponde revocación cuando hay un pronunciamiento o valoración probatoria arbitraria, se resuelve contrario al sentido de estos, o hay ausencia de logicidad.

i. La potestad formal de recurrir el sobreseimiento del actor civil.

En Perú el recurso de apelación de la parte agraviada recurrente de la resolución que declara fundad el sobreseimiento, se ha reducido a ser solo formal.

Toda vez que el juez está impedido de revisar el criterio del fiscal de segunda instancia

⁴⁶⁵ Fundamento 3 de la sentencia 4620-2009.HCPTC caso, Eber Iparraguirre Trujillo.

y de pronunciarse de ello, esto demuestra que el recurso de nulidad que tiene derecho la parte agraviada del sobreseimiento, no es efectivo, ni eficaz, ni idóneo, criterio similar reiterado por la comisión de derechos humanos⁴⁶⁶. Con ellos se viola el mandato a la doble instancia, a ser oído en instancia superior y a poder sustentar el recurso de apelación órgano revisor. Por ende, vulnera derechos constitucionales y supranacionales.

ii. Naturaleza jurídica de la apelación del auto de sobreseimiento.

Es un recurso ordinario, para su interposición no se ha establecido una motivación ni requisitos particulares. Y de conformidad con el Inc. 2 del art. 419, el juzgador revisor, tiene la facultad de anularla o revocarla, total o parcialmente, cuando advierta vicios procesales o defectos materiales, pudiendo revisar y corregir la ponderación llevada a cabo por el juez. Es al final de cuentas la parte recurrente quien delimita el objeto recurrido y su amplitud.

Según la concepción de nuestra norma adjetiva, se carece de una cualidad pura de apelación, este recurso apunta a obtener una resolución de segunda instancia que sustituya la primera. Señalaba Carnelutti que a su parecer el objetivo de la apelación, más tiende a la crítica de la decisión que a la renovación del proceso⁴⁶⁷.

Lo indicado, nos muestra la importancia y trascendencia, de la existencia de una segunda instancia que se avoquen a revisar las resoluciones de sobreseimiento, con la finalidad de reducir los errores del judex a quo, lo indispensable es que el Ad quem, lleve a cabo una revisión completa, sin ceder ante la regla del doble conforme. Por qué de renunciar a su legítima facultad, se convierte de fedatario de los errores del

⁴⁶⁶ INFORME No. 72/17 CASO 13.019 Eduardo Rico Vs Argentina.

⁴⁶⁷ CARNELUTTI, Francesco: Lecciones sobre el proceso penal. T. IV. Ed. Ejea, Buenos Aires, 1950

A quo y los del fiscal, abdicando a sus facultades de control de legalidad y de ser el garante de la juricidad. Al respecto Nieva, sostiene que debe revisarse todas las incógnitas del caso en concreto, pero sin necesidad de caer en un novum iudicium⁴⁶⁸.

El Órgano revisor debe respetar el derecho de petición del recurrente y debe darle una respuesta congruente a lo peticionado, es decir, absolver los agravios determinados en el recurso de apelación por el recurrente. Esta regla procesal está prevista en el Inc. 1 del art. 409 del CPP que asegura la efectividad la de congruencia de una respuesta motiva, que precisa la existencia de una correlación directa entre lo peticionado y el objeto del debate planteado, esto con la finalidad de tutelar los derechos de defensa, de petición y la seguridad jurídica.

El principio de congruencia tiene dos excepciones y está en la norma acotada, esto es: 1) Cuando el Ad quem, esta frente a nulidades absolutas no advertidas por el recurrente. 2) cuando se esté ante actos procesales conexos al objeto de impugnación (ver Casación 300-2014 Lima). En lo medular trata de impedir que el A quo, se vuelva en acusador, para que en todo el proceso se respete la separación de roles, sin ser invadidos los mismos.

En el derecho procesal penal exige la doble conformidad judicial, la doble conformidad fiscal siempre por ser un acto no jurisdiccional necesita el control de legalidad. Y si este incurre en violaciones de derechos y principios constitucionales debe ser materia de nulidad. Los jueces en cumplimiento de su deber de garante, están obligados a declarar la nulidad cuando existan vicios insuperables, que tuercen la

⁴⁶⁸ NIEVA FENOLL, Jordi, Op. Cit., 2014

justicia y los valores superiores de: igualdad, verdad, seguridad, justicia, certeza y equidad.

iii. El doble conforme fiscal en el sobreseimiento.

Es un rezago del proceso penal inquisitivo, se produce cuando el persecutor revisor confirma la solicitud de sobreseimiento de primera instancia, con lo cual expresa su conformidad, lo ubicamos en el inc. 3 del art. 346 del CPP. Establece “Si el fiscal superior ratifica el requerimiento de sobreseimiento, el Juez de la Investigación Preparatoria Inmediatamente y sin trámite alguno dictará el auto de sobreseimiento”.

También lo encontramos, en la audiencia de apelación del auto que declaro fundada el sobreseimiento, una vez instalada la audiencia el director de debate del Tribunal Revisor le corre traslado al fiscal superior si se ratifica o rectifica el criterio del fiscal de primera instancia, si en ese acto procesal el Fiscal Superior, expresa que se ratifica del requerimiento de sobreseimiento de primera instancia. La sala aplica supletoriamente el inc. 3 del art. 346 y procede a archivar automáticamente el proceso.

De esta manera se le impide a la parte recurrente sustentar su recurso de apelación, no se le da la oportunidad de ser oído en segunda instancia, se le impide ejercer su derecho a la pluralidad instancia, a obtener un fallo judicial motivada congruentemente con los puntos impugnados.

A criterio del tesista, esto significa un agravio a la parte recurrente que se convierte en:

- i- Una indefensión de la parte agraviada recurrente
- ii- Se le vulnera el derecho a la doble instancia.

iii- Su recurso impugnatorio se convierte en formal, no es idóneo ni eficaz.

iv- Se viola al derecho que tiene el recurrente a ser oído en segunda instancia.

v- Se le vulnera el derecho a obtener una resolución judicial de segunda instancia motivada de manera coherente, congruente y lógico con los agravios expresados en su recurso interpuesto.

vi- Se le viola el derecho a un tramo con igual posibilidades en el proceso judicial y ante la ley.

vii- Lo indicado se resume en la falta de respeto a la dignidad del recurrente en el proceso y ante la ley, por ende, se consuma la violación al debido proceso.

4.8. El control del sobreseimiento en el derecho comparado

a. En Inglaterra. En donde reina el sistema acusatorio, se efectúa el control judicial de la decisión del persecutor penal de no perseguir. Por ejemplo, tenemos el caso emblemático *R. V. director of Public Prosecution, ex parte C* (1995) sentencia S/N (1999, 28 de octubre) Tribunal Supremo (Slynn De Hadley) en donde el fiscal trato de sobreseer el proceso seguido contra los investigados por el delito de provisión de insumos para el terrorismo, esta petición fue objeto de control judicial y desaprobado por el juez quien ordenó al fiscal formule la acusación. Asimismo, hay casos en sentido contrario, como el de *Adde R. v. Croydon Justices, ex parte Dean* (1993), en donde se pretendió incriminar a un colaborador de la justicia, en esta oportunidad el juez aplicando la teoría del “abuso del proceso”, dejó sin efecto dicha

persecución. En resumen, como dice Pastrana, la fiscalía inglesa es controlada por defecto y por exceso⁴⁶⁹.

En este caso la apelación solo es procedente cuando se fundamente en asuntos de derecho o en situaciones excepcionales que verifique el juez haber lugar para dicho recurso.

El recurso se presenta ante un magistrado del órgano superior de justicia, dentro del término de los veintiocho días de expedida la resolución, quien estudiara el recurso y determinara su admisibilidad. Si no lo fuera, puede renovarse el pedido ante el mismo órgano judicial, quien analizara el recurso en audiencia. Si en esta oportunidad es admitida será examinada en su totalidad⁴⁷⁰.

De lo indicado se infiere que en el proceso penal inglés solo se puede impugnar por cuestiones de derecho cuando se violan las garantías judiciales, la decisión si confirma o desaprueba el archivamiento lo examina el órgano revisor. También se verifica que en este sistema procesal el recurrente goza de más días para impugnar, asimismo dos posibilidades para apelar y lo resuelve dos órganos diferentes. De esto se colige que en la justicia inglesa hay un respeto estricto del debido proceso.

b. En Estados Unidos. En el sistema anglosajón norteamericano existe las normas del doble peligro (non bis in ídem) prescrito en la enmienda 5 de su carta magna. Cuyo objetivo constitucional es evitar que el persecutor oprima a los ciudadanos utilizando el abuso del jus puniendi. Tiene por finalidad hacer un balance entre los derechos del ciudadano y del Estado.

⁴⁶⁹ Pastrana, 2001, Fundamentos del sistema judicial penal en el common law. En: <https://bit.ly/3CG6ATg>

⁴⁷⁰ TINOCO PASTRANA Ángel. Fundamentos del Sistema Judicial Penal en el Common Law, Editorial Universidad de Sevilla, 2001, p. 44.

En su jurisprudencia la Suprema Corte norteamericana ha señalado consuetudinariamente que la regla del doble peligro tutela tres derechos del inculcado: i) estar libre de más de una persecución; ii) el derecho a un fallo firme; y iii) que el proceso penal se desarrolle ante el juez que interviene⁴⁷¹. Sin embargo, los derechos del acusado no son absolutos ya que pueden ceder en ciertas circunstancias a los derechos que tiene la sociedad para aplicar las normas penales.

También la CS norteamericana ha resaltado en forma reiterada que este derecho social se justifica para garantizar a la colectividad, la potestad de tener una ocasión de poder castigar al inculcado, a través de un juicio completo e inmaculado. Lo que significa que solo se tutela al acusado un juicio siempre y cuando no exista ningún vicio que perjudique los intereses de la sociedad. Empero, si se pretende privar a la sociedad del derecho de probar su responsabilidad, se habilita la regla del “double jeopardy” que abre la posibilidad de anular el juicio y renovar el proceso⁴⁷². En este supuesto, son los jueces y los órganos revisores, quienes se pronuncian ante cada caso concreto, tal como se indicó en el capítulo del doble conforme.

c. En Francia. El art. 186-3 del CPP francés, prescribe: “La parte civil podrá interponer recurso de apelación contra los autos de no prosecución, de sobreseimiento y contra los autos que causen perjuicio a sus intereses civiles...”⁴⁷³.

El recurso es resuelto por la sala de instrucción, después de haber escuchado la opinión del fiscal jefe, del investigado y de su defensor o defensores de los otros

⁴⁷¹PACILIO Antonio. El double jeopardy. En: <https://bit.ly/3pTybg8>

⁴⁷²BIERSCHBACH, Rick A. One bite at the apple: Reversals of convictions tainted by prosecutorial misconduct and the ban on double jeopardy. <https://bit.ly/3FYjPRg>

⁴⁷³

investigados, de ser el caso y del abogado de las otras partes. La decisión se emite en la audiencia de revisión y podrá ser recurrida en casación.

En este sistema según el último párrafo del art. 392. 1, se faculta al órgano revisor que examina la apelación del sobreseimiento y poder sancionar con una multa de quince mil euros al actor civil que impugna de mala fe, de forma abusiva o trata de dilatar el proceso.

En la jurisprudencia francesa tenemos el caso emblemático del ataque a la nave aérea del mandatario Rundes Juvenal Habyarimana, en donde la Corte Revisora de París, confirmó el archivo, en dicho proceso contra nueve investigados, de hechos ocurridos en 1998. Contra dicho fallo los actores civiles tienen la posibilidad de plantear una casación, conforme a la ley francesa. En este caso se verifica que es el Poder Judicial francés quien resuelve en varias instancias el requerimiento de sobreseimiento.

d. En Alemania. El persecutor penal puede solicitar el sobreseimiento de las causas previstas en el art. 418 de su norma adjetiva, se presenta después de concluir la investigación, el cual es resuelta por el órgano jurisdiccional de garantías mediante resolución, que es apelable por cualquiera de las partes, si no lo hacen esta queda firme. En segunda instancia el Tribunal revisor de garantías puede confirmarlo o revocarlo, e incluso en el segundo supuesto puede ordenar la realización de nuevas diligencias o la continuación de la causa, otorgándole a los litigantes de renovar o rectificar el requerimiento. Esto ocurre incluso contra los sobreseimientos consensuados, cuando exista evidencias suficientes contra el procesado⁴⁷⁴. De lo

⁴⁷⁴ Heinz Gössel. Karl. El principio de investigación de oficio en la praxis del proceso penal alemán. (2005). En: <https://bit.ly/39QLvZU>

indicado se constata que, en el proceso penal alemán, es el órgano jurisdiccional quien efectúa el análisis de la impugnación del sobreseimiento y también en última y definitiva instancia lo resuelve.

e. En España. La figura del sobreseimiento⁴⁷⁵ en el proceso penal español está prevista en el capítulo primero, sobre conclusión del sumario, se produce en la etapa intermedia, este puede ser requerido por el fiscal o el investigado. En la ley 41/2015, emitida con la finalidad de acelerar el juicio criminal y reforzar los principios constitucionales, se prescribió que las resoluciones que declaran sobreseimiento, son impugnables ante el órgano superior revisor y ante órgano Supremo penal⁴⁷⁶, quienes resolverán en sus respectivas instancias. En todos los casos es el PJ quien decide respecto al sobreseimiento de la causa⁴⁷⁷. Así se verifica en la jurisprudencia en los casos el “Caso Botín”, “Caso Atutxa”, el “Caso Nóos” y el caso Messi sobre evasión tributaria.

La legislación española establece respecto a este tema los siguientes:

- Art. 848 de la LEC establece que “contra los autos dictados, bien en apelación por las Salas Penales de los Tribunales Superiores de Justicia, bien con carácter definitivo por las Audiencias, sólo procede el recurso de casación y únicamente por infracción de la ley, en los casos que esta lo autoriza de manera expresa”.
- El art. 636, del mismo cuerpo legal precisa que: “contra los autos de sobreseimiento sólo procederá en su caso el recurso de casación”.

⁴⁷⁵ LÓPEZ YAGÜES, Verónica., et al. Manual de Derecho Procesal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 58.

⁴⁷⁶ Ver sentencia del caso denominado “Doctrina Botín”. El “caso Atutxa”

⁴⁷⁷ GASCÓN INCHAUSTEGUI, Fernando. Derecho procesal penal materiales para el estudio, 2021. En <https://bit.ly/3CEO2T6>

Lo peculiar de esta legislación es que pueden apelar la resolución que declara el sobreseimiento el: a) actor popular, b) acusador particular y c) acusador privado. El ilustre juez Perfecto Agustín Andrés Ibáñez, indica que esto se debe a la influencia y filtración de la política en la judicatura, perjudicando la legalidad y la justicia, produciendo una razonable desconfianza a la función fiscal. También, considera que el ejercicio de la acción popular es útil en ciertas circunstancias para reemplazar los vacíos de la actividad fiscal”⁴⁷⁸.

1.- El actor popular, es aquel interesado que se apersona en los procesos seguidos de oficio en los ilícitos públicos, tiene derecho a intervenir en todo el proceso y puede interponer cualquier recurso establecido por ley, contra las resoluciones que le son desfavorable como el sobreseimiento e incluso oponerse a ello. En la jurisprudencia suprema N° 413-2008, se indicó que no es necesario que el fiscal ejercite la acusación, si en el proceso hay la participación del actor popular, quien puede hacer el control y de ser el caso subrogar al persecutor penal, formulando la acusación si su teoría tiene mérito y el juzgador lo habilita para cumplir dicho rol. Tal como ocurrió en los casos: “Botín”, “Atutxa”, “Nóos” y el de Messi en el delito de evasión de impuestos de la hacienda pública española. En estos procesos los órganos jurisdiccionales de la CS le dieron la razón al Actor Popular.

- En el proceso “Botín”, las dos primeras instancias judiciales declararon fundado el sobreseimiento, ante lo cual el actor popular interpuso el recurso de casación y fue la CS a través de la sentencia N° 1045/2007 quien la revoco y reformándola declaro infundada el pedido de sobreseimiento efectuado por la fiscalía y el actor particular, indicando que: “La actuación el actor popular es útil originado

⁴⁷⁸ Conferencia de Andres Ibáñez En: <https://www.youtube.com/watch?v=uJTkjXn7y9Y>

por la “sana desconfianza” generada por el persecutor penal, razón por el cual la intervención del actor civil, está legitimada, máxime si está justificada, ante la cuestionada renuncia de la persecución penal por parte del ente que tiene dicha función”^{479, 480}.

- Igual ocurrió en el caso Atutxa, ya que fue la CS a través de una casación, que revoco nuevamente el sobreseimiento del fiscal.

En el juicio del proceso “Nóos”, el fiscal volvió a solicitar el sobreseimiento, en casación la CS emitió el fallo N° 4/2015 del 29 de enero, argumentando, que resulta legítima la intervención del actor popular puesto que está defendiendo bienes colectivos, siendo incongruente e inaceptable que el persecutor penal no asuma su rol. Razonamientos que se conserva en las reformas de la LO13/2015 y la ley 41/2015. Esta figura procesal permite al ciudadano ejercitar la acción penal mediante la acción popular, prescrita en la constitución española²¹⁵.

Lo mismo paso en el caso de Lionel Messi vs la Hacienda Pública Española, sobre el fraude fiscal, en la que el fiscal solicito el sobreseimiento respecto a él, sin embargo, el procurador apelo el auto de sobreseimiento y fue revocado por la instancia superior quien ordeno se acuse al astro argentino, en aplicación de la teoría de la “Ignorancia Deliberada”, en base al cual fue condenado por el mencionado delito. Porque su situación no le impidió cumplir con su deber de saber si pagaba legalmente sus impuestos, es más porque tenía las facilidades de preguntar a su padre como venía pagando sus impuestos, tenía su contador y otros operadores administrativos a su alcance para despejar las dudas, quienes le servían de manera inmediata. Según

⁴⁷⁹ Ver en: <https://bit.ly/3FuRC3X>

⁴⁸⁰ Ver en: <https://bit.ly/3pqhQPI>

Aristóteles “El que no quiere saber no está en situación en error” no se puede privilegiar el desinterés o negligencia deliberada.

ii. El acusador particular. Puede ser un ciudadano o ente jurídico, que ha sufrido las consecuencias de la conducta ilícita y casualmente ejerce la acción penal, por un delito público, se apersona al proceso, como actor civil, interesándose para que se sancione al investigado y lograr una indemnización civil. De conformidad con el art. 110 de la LEC.

iii. El acusador privado. Representa a los agraviados de los actos ilícitos perseguibles sólo a instancia de parte, al haber sido violentados en su honor. Estos procesos se han de iniciar por el agraviado, Es similar a una demanda civil pero sustanciada ante el juez penal por la calidad del bien jurídico tutelado.

f. En Italia. El *Pubblico Ministero* (PM). En el Código Proceso Penal Italiano (CPPI), tiene el encargo constitucional de ejercer la acción penal, asimismo puede solicitar el sobreseimiento.

i) Supuestos de sobreseimiento: El persecutor penal lo solicita en base a tres causales:

1) Por falta de elementos probatorios que impide acreditar la efectividad del ilícito (art. 408 CPPI), ante este supuesto el fiscal envía el requerimiento y el cuaderno de investigación al juez, simultáneamente notifica al agraviado de dicha solicitud. Quien dentro del término de ley puede plantear oposición a lo requerido por el fiscal, también puede solicitar se realicen diligencias para el mejor esclarecimiento del delito. En este caso puede solicitar una investigación complementaria para recabar los medios probatorios que indique, conforme lo señala el art. 410 de CPPI.

Según el art. 409 del CPPI. El juez de la investigación preliminar, ante la solicitud de archivo puede decidir lo siguiente:

Si comparte los criterios del requerimiento y no hay oposición, puede aprobar la solicitud del fiscal, a través de un decreto fundamentado y ordenar el archivo de los actuados, enviándolos al fiscal.

Rechazar el requerimiento de sobrecimiento, porque considera que tiene mérito la oposición de la parte agraviada. Ante este supuesto, convoca a los litigantes a audiencia en la Cámara de Consejo y al procurador general de la jurisdicción. Puede decidir: i) si estima que la investigación desplegada por el fiscal fue insuficiente, devuelve los actuados al fiscal señalándole las diligencias que debe practicar fijándole un plazo para dicho fin; ii) Si concluye que hay mérito para el juicio oral, envía los actuados al fiscal y le otorga diez días para que requiera la acusación.

En este tipo de proceso se presentan las siguientes peculiaridades:

- La resolución que declara el sobrecimiento es recurrible solo en casación.
- Puede deducir la nulidad si se ha inobservado las formalidades exigidas para el proceso por ante la Cámara del Consejo. Esto limita a la parte recurrente solicitar que se revise la cuestión fáctica de la decisión motivada por el juez.

2º) Porque no se logró identificar al causante del delito: Según el art. 415 del CPPI este pedido lo realiza el fiscal después de los seis meses de haberse noticiado el ilícito.

3º) Por supuestos eximentes de culpabilidad o de extinción de la acción penal, conforme al art. 411 del CPPI.

También, el art. 415 del referido cuerpo legal, señala la posibilidad que el Ad quo, autorice una reapertura de la investigación cuando sea necesario efectuar nuevas investigaciones, debiendo el fiscal efectuar nuevo registro de la investigación⁴⁸¹.

En la legislación italiana está establecido que el requerimiento de sobreseimiento, no vincula, ni limita la facultad de revisión al órgano jurisdiccional e incluso puede ordenar que el fiscal haga la acusación.

g. En Chile. Su norma adjetiva se identifica por tener “un control horizontal”⁴⁸² en todos los estadios del proceso penal, por medio del juez de garantías o el órgano revisor, se produce de oficio o a petición de parte, respecto a la actuación del persecutor. El fiscal en la etapa intermedia si lo cree conveniente puede requerir el sobreseimiento del proceso al Juez quien tomara la decisión que corresponda.

En estas circunstancias el juez de garantías aprobará la solicitud si verifica que efectivamente concurre la causal invocada. También si no fuera así, podrá adecuarla por la que corresponda de ser el caso. Sino concurre ninguna de ellas la rechazará.

Si el actor civil plantea oposición al sobreseimiento el juzgador remite los actuados al fiscal regional, para que examine la decisión requerida. Quien debe pronunciarse dentro del tercer día y podrá:

- Ordenar al persecutor penal formule la acusación dentro del término de ley.

- Rectificar la decisión del fiscal de primera instancia, ante este supuesto el juez si considera que hay causa probable para ir a juicio oral, dispone que el actor civil

⁴⁸¹ SOTO GONZALES, Patricio Cristóbal., et al. Control sobre el Ministerio Público. Modelos comparados y Sistema Nacional. En: <https://bit.ly/3sRWahx>

⁴⁸² HORVITZ L., M. y LOPEZ M., J. Derecho Procesal Penal Chileno. op. cit. p. 135.

formule la acusación⁴⁸³, quien deberá sustentarlo con las mismas exigencias que se le impone al persecutor penal, en concordancia con el art. 256 del CPP Chileno. A esta ficción jurídica se le denomina el forzamiento de la acusación o “acusación particular” disponible solamente cuando hay suficiencia probatoria, tal como lo prescribe el art. 258 del cuerpo legal acotado.

Se debe resaltar que, en la legislación chilena, el doble conforme es revisado por el órgano jurisdiccional, no los vincula, porque de no compartir los fundamentos del requerimiento de sobreseimiento, autoriza a la parte civil acusar.

h. En Argentina. El proceso penal ha sido reformado mediante su actual CPP de la Nación, promulgado mediante Ley 23.984, pasando de un juicio inquisitivo a un sistema mixto más garantista y respetuoso del debido proceso.

Este nuevo proceso penal no ha considerado el control del sobreseimiento, no hay un estadio intermedio. No obstante, este se produce cuando el fiscal efectúa el requerimiento de sobreseimiento o acusatorio, lo presenta ante el juez, la solicitud del fiscal activa la potestad del imputado para oponerse y en su defensa requerir el sobreseimiento, o formular alguna excepción que convenga a su derecho⁴⁸⁴. El control y la decisión es potestad del juez y puede pronunciarse de la siguiente manera:

- Si comparte los criterios del sobreseimiento lo declara fundado.
- Si estima que hay causa probable para ir a juicio oral eleva los actuados a la cámara de apelaciones. Si el órgano revisor acoge la decisión del juez, excluye al

⁴⁸³ CORREA ROBLES, Carlos. Uso y abuso de la decisión de no perseverar en el procedimiento, 2020. En <https://bit.ly/3eOkQi1>

⁴⁸⁴ Artículo 349 del Código Procesal Penal Argentina.

fiscal que requirió el sobreseimiento y le ordena al fiscal llamado por ley para que pida que los actuados pasen a juicio⁴⁸⁵.

De lo expuesto se infiere que en argentina es el órgano revisor quien decide respecto al sobreseimiento.

⁴⁸⁵ MACAGNO, Mauricio. (2019). Notas acerca de algunas causales de sobreseimiento. En <https://bit.ly/3CIKOOJ>

Capítulo V: Análisis y resultados

5.1. Análisis del control del sobreseimiento

En Perú el requerimiento de sobreseimiento que formula el fiscal en primera instancia está a cargo del Órgano Jurisdiccional, quien debe verificar su legitimidad y su concordancia con los valores y principios constitucionales, razones por el cual debe pasar por el control jurisdiccional⁴⁸⁶. Sin embargo, esta faculta se relativiza en segunda instancia, así se verifica del inciso 3 del art. 346 del CPP en la que es suficiente escuchar la doble conformidad del fiscal revisor, para que se aplique dicha norma sin control de la decisión del fiscal revisor, contraviniendo las garantías constitucionales y supranacionales, como el derecho a ser oído en segunda instancia, el derecho a sustentar su pretensión impugnativa y el derecho de obtener del órgano jurisdiccional una respuesta congruente con los agravios planteada en su recurso. Incongruencia legal que contradice el criterio del TC cuando afirma que en nuestra legalidad no existen zonas exentas de control⁴⁸⁷. Pero, en este caso si lo hay.

5.2. ¿En el Derecho Procesal Penal peruano, existen o no existen zonas exentas de control?

Teniendo en cuenta la doctrina constitucional dominante, se puede decir que nuestro TC se alinea a la corriente de las zonas no exentas control constitucional⁴⁸⁸, de esta manera faculta a los jueces constitucionales la revisión de las decisiones efectuadas en sede jurisdiccional, cuando se presentan vulneración de derechos

⁴⁸⁶ Fundamento 4 de la sentencia 3379-2010 PA/TC.

⁴⁸⁷ Fundamento 69 de la sentencia 156-2012 PHC/TC.

⁴⁸⁸ HESSE, Konrad. Escritos de Derecho Constitucional. 2da. Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, p. 45-47.

fundamentales, invocando el principio de supremacía de los derechos y principios de la Constitución⁴⁸⁹.

En esta línea, ante las decisiones jurisdiccionales de un proceso penal, el juez de garantías podrá, a través de los recursos impugnativos, revisar dichas decisiones. Si las instancias superiores no lo han realizado como es su deber, el ciudadano tiene expedito la acción de amparo y habeas corpus, en sede constitucional para cuestionar los fallos y romper con su firmeza de cosa juzgada, cuando la violación a los mandatos constitucionales perjudica a la justicia de manera manifiesta⁴⁹⁰, esto es cuando se viola el debido proceso en cualquiera de sus dimensiones.

Se debe tener en cuenta que en un Estado Social democrático prima el neo constitucionalismo para garantizar efectividad y la optimización de los derechos fundamentales, en estas condiciones la tesis de las zonas no exentas de control produce su efecto radiando en toda la legislación para tutelar sin distinción alguna los mandatos constitucionales.

Como se aprecia nuestra constitución no impide poder examinar constitucional las decisiones del persecutor penal y de los operadores del sistema judicial, a través del Habeas Corpus, tal como sucedió en el caso Ever Iparraguirre Trujillo⁴⁹¹, lo que también se puede hacer con la Acción Constitucional de Amparo (cuando la resolución judicial recurrida ha vulnerado las garantías del debido proceso, viciando la decisión⁴⁹²) o (cuando se viola la garantía de la debida motivación de la parte recurrente⁴⁹³), ambas acciones constitucionales se puede plantear contra

⁴⁸⁹ STC 5854-2005-PA/TC Caso Lizana Puelles.

⁴⁹⁰ Parrafo 69 sentencia 006-2006-PC/TC.

⁴⁹¹ Sentencia 4620-2009-PHC/TC.

⁴⁹² Fundamento 6 sentencia 03451-2016-PA/TC, Lambayeque, Walter Requejo Quiroz

⁴⁹³ Caso Petro audios Sentencia 3107-2019 PA/TC

cualquier decisión del proceso penal que vulnera las garantías constitucionales o los derechos ligados a ellos. Al respecto, señala Roxin, las actuaciones fiscales requieren de actos de predictibilidad, toda vez, que no es beneficioso para la justicia que cada Fiscal actúe sin un estándar de actuación y sin supervisión, lo que da lugar al caos, inseguridad con actos no homogéneas. En consecuencia, no hay zonas exentas de control y la decisión fiscal debe ser examinada por el Órgano superior Judicial.

En la Jurisprudencia del TC encontramos decisiones ambiguas, en pocas oportunidades estimo que las decisiones arbitrarias del fiscal deberían ser controlados por el juez ordinario, cuando vulnere los derechos de la víctima⁴⁹⁴, que se ve relegado por el monopolio de la acción penal. Razón por el cual debe ser tutelado declarándose fundada las pertinentes acciones constitucionales.

Esto debe ser así, para guardar la coherencia con el art. 20 del CP Constitucional, segundo párrafo que prescribe: "Si el Tribunal considera que la resolución impugnada ha sido expedida incurriéndose en un vicio del proceso que ha afectado el sentido de la decisión, la anulará y ordenará se reponga el trámite al estado inmediato anterior a la ocurrencia del vicio". Mandato que resulta razonable para garantizar las garantías procesales.

Por lo tanto, el argumento de la CS y TC, de no hacer el control jurisdiccional por el principio de acusatorio, resulta ser una falsedad argumentativa, puesto que en el derecho comparado en su mayoría se ciñe al sistema acusatorio, se efectúa el control jurisdiccional de los requerimientos fiscales en todos los niveles respecto del sobreseimiento. Esto demuestra que el control del sobreseimiento en segunda instancia más depende de la decisión política del legislador y no del propio sistema acusatorio.

⁴⁹⁴ Fundamento once de la sentencia 4620-2009-PHC/TC

Esto más bien se debe en puridad a un control político para dar lugar a la impunidad y evitar el control de los actos de funcionarios públicos en actos de corrupción de lo que también se benefician los grupos de poder. Esto a pesar que en el CPP para Iberoamérica en su art.78 ya exhortaba a los Estados entre ellos el Perú a tener en cuenta el control del sobreseimiento para reforzar la persecución penal, sin embargo, nuestros legisladores políticos lamentablemente pensando más en sus intereses particulares y no en bien de nuestro país, lo ignoraron. Sin embargo, países como Chile, argentina y otros, si lo han incorporado, como también la gran parte de los países europeos como los que hemos abordado.

5.3. Análisis del Control Constitucional del Sobreseimiento

El TC puede controlar la decisión del sobreseimiento por medios de dos acciones constitucionales: i) Habeas Corpus o ii) acción de amparo, solo procede cuando se vulneran garantías constitucionales directas o conexas. Respecto a ello su jurisprudencia tiene una posición ambigua, porque en algunos casos hace el control constitucional y en otros no, Por ejemplo, solo en los casos de las sentencias:

- **4620-2009 PHC/TC**. En este caso la parte agraviada recurrente desde la apelación del auto de sobreseimiento hasta en la acción de habeas corpus, sostuvo que se le había violado su derecho a la valoración de la prueba, porque, el fiscal provincial no había tomado en cuenta en su decisión todos los medios probatorios recabados por la fiscalía, lo que también omitió valorar el Fiscal Superior. Violación que fue advertida en audiencia por el Órgano Superior liquidador de justicia de la Libertad quien haciendo efectivo el control de legalidad, declaró la nulidad del sobreseimiento. Contra esta resolución el investigado interpone la acción de Habeas Corpus,

sosteniendo que habiendo doble conforme fiscal y en atención al principio acusatorio debió archivar el caso.

En esta oportunidad el pleno del TC señaló que esta circunstancia particular, merece una excepción a las reglas estatuidas por el principio acusatorio, recogidas en la STC 2005-2006-HC/TC⁴⁹⁵. Esto porque, ningún derecho fundamental, principio, ni regla es absoluta, pues **hay circunstancias y situaciones en las que son relativizadas**. Máxime si las investigaciones son irregulares y porque, la persecución penal no puede ser ejercida de modo arbitrario⁴⁹⁶. Razón por el cual el PJ y TC pueden corregir tales trasgresiones⁴⁹⁷. Ya que tales afectaciones fiscales resultan atentatorias al derecho de la víctima. En esta ocasión se hizo prevalecer el derecho a la prueba por encima del formalismo procesal penal.

- También en la sentencia **03451-2016-PA/TC LAMBAYEQUE**, de fecha 22 de agosto del 2018, el TC volvió hacer el control por vulneración de violación debido proceso, en su dimensión de **debida motivación**. Contradiendo su abundante criterio de denegatoria, lamentablemente no nos ha explicado ¿porque en unos casos si lo hace y en otros donde hay la misma razón, no lo hace? Lo que demuestra una falta de predictibilidad respecto a este tema.

- Sin embargo, en la mayoría de los casos ha denegado el control del sobreseimiento, por ejemplo el caso 02920-2012-PHC/TC (2013, 23 de agosto), la sala penal emplazada declaro nula la resolución del juzgado especializado en lo penal que establecía el archivamiento del caso mediante la resolución de fecha 14 de setiembre de 2011, ordenando se proceda con la investigación por los delitos de colusión desleal

⁴⁹⁵ Fundamento 4 del Expediente 4620-2009-PHC/TC

⁴⁹⁶ Fundamento 7 Exp. 6204-2006-HC, caso Chávez Sabina.

⁴⁹⁷ Fundamento 8 del Expediente 4620-2009-PHC/TC

y malversación de fondos en contra del recurrente Castañeda, porque la resolución del juez, no contenía una debida motivación y al mismo tiempo resultaba insuficiente ya que carecía de una justificación razonada, con lo que se afectaba las garantías constitucionales y supranacionales. No obstante, el TC efectuó un razonamiento sobre el principio de independencia del fiscal y del principio de Jerarquía, los que hizo prevalecer con votación en mayoría. Y sin pronunciarse de la violación del principio de la debida motivación y contradijo la decisión de la sala superior ordeno el archivo del caso. Criterio que prevalece hasta hoy para la gran mayoría de los jueces penales.

En el último caso abordado, el TC se fue por el formalismo de aplicar las reglas del principio acusatorio y lo prescrito en el art. 5 de la LOMP y no absolvió las violaciones alegadas por el recurrente, lo que quedo sin respuesta motivada. Maxime si se tiene en cuenta que en los puntos 13 y 14 del voto dirimente del magistrado Calle Hayen se indicó que la decisión de la sala de anular el archivo está justificada por la violación de derechos constitucionales.

Lo indicado nos demuestra que el TC no tiene un pronunciamiento uniforme al momento de pronunciarse de las violaciones de las garantías constitucionales que se producen en el sobreseimiento irregular “cambia su criterio cada cierto tiempo sin explicación alguna” lo que afecta el derecho a una predictibilidad y a la seguridad jurídica. Pues no hay un parámetro claro del porque en algunos casos decide tutelar los derechos fundamentales y se pronuncia a favor por la violación al debido proceso y en otros casos evade pronunciarse, aludiendo a un supuesto respeto a los principios acusatorio y de jerarquía fiscal prevista en el art. 5 de la LOMP.

5.4. Análisis de la jurisprudencia penal y evolución del sobreseimiento

Respecto a este tema la CS en lo penal ha ido evolucionando de menos a más, apreciándose dos criterios jurisprudenciales, por ejemplo:

5.4.1. Una línea jurisprudencial que prioriza el principio acusatorio y la regla de jerarquía del persecutor oficial

En este sentido tenemos:

a. La resolución de vista del expediente 2007-00019-0-1308-SP-1. El tribunal revisor de Huaura del 6/03/2007, indico que el sobreseimiento es inapelable por lo que debe declararse la nulidad o inadmisibilidad de dicho recurso. En esta línea sostiene Julio Espinoza Goyena, que el ejercicio del jus puniendi es solo potestad del persecutor, de no efectuarlo el proceso debe ser archivado⁴⁹⁸.

b. Casación 413-2014-Lambayeque. En lo pertinente se estableció si el auto de sobreseimiento ha sido ratificado por el persecutor revisor, la sala superior del poder judicial, sin más trámite debe archivar el proceso en base a los principios: seguridad jurídica, legalidad y Jerarquía previsto en el art. 5 de la LOMP, según la cual, el criterio del fiscal de mayor grado debe primar. Esto se pudo apreciar de los fundamentos vigésimo y siguientes.

Asimismo, respecto a la nulidad indico que estas deben ser invocadas en el recurso respectivo, que no pueden ser invocadas en audiencia porque estos resultan extemporáneos y causan indefensión y sorpresa a la otra parte.

⁴⁹⁸ ESPINOZA GOYENA, Julio. Nueva Jurisprudencia. Nuevo código procesal penal. Reforma, Lima, 2009, p. 131.

Por lo que para no vulnerar el principio de congruencia recursal, Los magistrados supremos casaron la resolución recurrida y ordenaron archivo el proceso.

c. La Casación 187-2016-Lima. Se reiteró su posesión anterior y añadió que: “La ausencia de oposición del actor civil al requerimiento de sobreseimiento, al no constituir un requisito, no impide que recurra en apelación” de esta manera se le reconoció su derecho a impugnar, que originalmente era denegado.

d. La Casación 966-2017 Ica. insistió su anterior criterio y complementándola dijo que, la no impugnación del persecutor penal, no puede considerarse como conformidad del fallo, en tanto no lo manifieste expresamente. Ante este supuesto la sala revisora debe absolver las cuestiones planteadas por el recurrente, al no producido la conformidad. Razón por el cual anulo el fallo de vista.

e. Casación 1032-2016. En este caso se confirmó el criterio anterior.

De esta manera la CS considera el criterio del Fiscal de segunda instancia, como un requisito de procedibilidad, esto es, si hay doble conforme (el órgano revisor) está impedida de pronunciarse de los agravios, caso contrario el órgano superior está habilitado para pronunciarse de los agravios de la parte impugnante.

En consecuencia, concluye esta línea jurisprudencial que el Órgano superior debe confirmar el sobreseimiento, archivando la causa conforme a lo opinado por el persecutor revisor.

Al respecto el tesista considera, que esta posesión debe admitirse en procesos regulares. Mas no en aquellos irregulares en la que se viola el debido proceso, en razón que merece mayor ponderación y tutela efectiva e idónea.

f. Casación 346-2019 Moquegua. En este caso la CS estableció que debe primar el criterio de no incriminación y el archivo solicitado por el persecutor penal. Maxime si este ha sido confirmado por el persecutor revisor y así ha sostenido en la casación por el fiscal Supremo. Lo que evidencia una posesión contundente no acusatoria. Lo bueno de esta casación es que absolvió los agravios formulados por el recurrente respecto a la aludida nulidad y verifico que no existían como tales (ver fundamento noveno).

La suprema comparte el criterio del requerimiento fiscal (punto 6.3 del fundamento sexto) en la idea que el delito de negociación incompatible es “residual” y su cómplice no tuvo participación como tal, ya que tal circunstancia no lo subsume dentro del ilícito. Concordó que, si el funcionario recibe un beneficio por el interés indebido, será cohecho; en cambio, si realiza un acuerdo con la parte interesada para defraudar al Estado, será colusión. Posibilidad que dejo abierta. De esto se infiere que la CS admite que la conducta de los implicados si se subsumiría en otro delito, mas no en la negociación incompatible. Si esto es así porque se ratificó el sobreseimiento, si el sobreseimiento es solo cuando no hay delito, en este caso, se pudo declarar la nulidad y ordenar a fiscal que adecue la subsunción del tipo penal.

4.4.2. La línea jurisprudencial de las casaciones que ponderan las garantías y principios nacionales y supranacionales. Considera que en estos supuestos insólitos el Órgano Superior Jurisdiccional debe ponderar los agravios y dar

respuesta congruente a los agravios formulados por el actor civil impugnante, previo análisis y revisión de la decisión fiscal como se viene haciendo en el derecho comprado, para reforzar la persecución penal y evitar la impunidad, de ser el caso, en esta línea tenemos:

a. Casación 1184-2017 El Santa. Esta decisión significa un quiebre de los criterios anteriores. En esta casación, la CS en armonía con los criterios de la mayoría de sus homólogos, establece que el principio acusatorio no tiene por finalidad, evitar que la Corte revisora logre efectuar un examen de legitimidad de la decisión recurrida. Máxime si se alega la violación de las garantías fundamentales al actor civil impugnante.

Mas aún, si el persecutor penal “no es parte recurrente, sino recurrida”. Por lo que, respetando el principio de legalidad, el Órgano Superior, tiene facultad de corregir la potestad discrecional fiscal, cuando su requerimiento de sobreseimiento no se apoye objetivamente en el caudal del material recabado en la investigación (salvo las excepciones) o no se sustente a los supuestos establecidos en el art. 344, apartado 2 del CPP. En estos casos debe declararse NULA a fin que el fiscal haga la reformulación del requerimiento de sobreseimiento, pudiendo invocar otra causal, sanear los vicios advertidos.... Pero no puede ordenársele al fiscal que formule acusación. Este nuevo criterio es un gran avance, porque expresamente enfatiza que “el sobreseimiento este sujeto al control judicial⁴⁹⁹”. Igual ocurre desde la dimensión sustancial cuando la decisión carece de una debida motivación en cuyas situaciones se incurre en nulidad. También puede hacerlo cuando por diversas razones, faltan actos de

⁴⁹⁹ Fundamento quinto de la casación 1184-2017-Santa Expedido el 22 de mayo del 2018.

investigación, en cuya situación dispondrá la realización de una investigación suplementaria. Esto debe ser así, porque como dice PICO I JUNOY: la interpretación de la legalidad “en el sobreseimiento” no admite razones despóticas, ilógicas e irracionales, tampoco puede ser amparada por el derecho, pues todo fallo debe respetar los valores y mandatos constitucionales.

b. Casación 966-2017. En este caso la CS preciso que la potestad del actor civil a recurrir la resolución que declara fundado el sobreseimiento o un fallo no está supeditado a que el persecutor penal también apele lo resuelto por el Aquo, pues los dos son independientes y pueden apelar en defensa de sus intereses cuando lo crean conveniente. Por lo expuesto, finalizo señalando, que en el proceso concreto se violó el derecho a la doble instancia del actor civil, por lo que declaro nulo lo resuelto por el tribunal revisor y decretó que otra Sala Revisora expida otra decisión teniendo en cuenta las observaciones señaladas.

c. Casación 1089-2017 Amazonas. Se efectúa un análisis con una visión más constitucionalista por parte de la Juez Suprema ponente Dra. Castañeda Otsu, de los derechos de la víctima recurrente en concordancia con los criterios supranacionales, señalando que la corrección a este problema no está en ignorar o eliminar las garantías procesales, sino que, estas potestades deben ser ponderados, para lograr su eficacia atendiendo las situaciones de cada caso en concreto. En síntesis, la CS preciso, si se produce el doble conforme del pedido de sobreseimiento y si la sala revisora verifica que tal punto de vista es adecuado y objetivo, puede archivar el proceso y desatender los argumentos de la parte recurrente. Pero, si la sala revisora constata que la

decisión del sobreseimiento no está debidamente motivada o vulnera una garantía constitucional en atención a lo alegado por la parte agraviada, puede declarar NULA el sobreseimiento y ordenar una nueva decisión conforme a ley.

d. Casación 186-2018 Amazonas. En este caso la magistrada Suprema Dra. Castañeda Otsu, ratifica su criterio anterior y declara nulo el sobreseimiento amparado por las instancias inferiores. Sosteniendo que debe declararse fundada la oposición y acceder a una investigación suplementaria cuando se verifique negligencia en la actuación fiscal para recabar elementos de convicción. Ya que a la víctima no solo tiene el interés en la reparación civil, sino también en que los hechos denunciados sean investigados y juzgado correctamente. En consecuencia, ambos intereses deben ser tutelados en el juicio criminal.

Por lo tanto, atendiendo que en el caso concreto se omitió recabar una pericia médico legal por negligencia fiscal, existiendo la posibilidad para su obtención. Y en base a los principios de necesidad, importancia debe ser incorporado para el esclarecimiento de la verdad. En este caso la CS pondera y da preponderancia al derecho a la obtención de la prueba. Por lo que actuando en sede de instancia declara la nulidad de la resolución recurrida, para que previa a la audiencia de control de sobreseimiento, se pronuncie sobre la oposición del actor civil, en base a los criterios esbozados en esta resolución.

De esta manera se establece la posibilidad de poder controlar el doble conforme fiscal. Con lo que se produce un cambio de criterio jurisprudencial, aunque no tiene carácter vinculante.

5.5. Resultado

Del análisis efectuado en la jurisprudencia penal del sobreseimiento tanto del TC y como de la CS de Perú. Se encontró que existen dos corrientes al momento de resolver una impugnación respecto a un recurso de apelación del auto de sobreseimiento: una que da prioridad a los principios: acusatorio, a la cosa juzgada y de jerarquía, y otra que, pondera las garantías constitucionales. Sin embargo, ninguna de dichas corrientes garantizan los derechos fundamentales como la tutela jurisdiccional efectiva a la parte agraviada recurrente. Porque el órgano jurisdiccional no puede obligar al fiscal a acusar pese a haber pruebas y merito para una condena.

Conclusiones

1. No hay seguridad jurídica, ni justicia, en la aplicación del sobreseimiento, con o sin el doble conforme fiscal, sin respetar los Principios Constitucionales y los derechos fundamentales, de la víctima recurrente en el proceso penal.
2. En Perú el sobreseimiento se viene resolviendo empleado dos criterios, sin embargo, ninguno de ellos garantiza la tutela jurisdiccional efectiva, porque si hay merito para el juicio oral, el juez no puede obligar al fiscal a acusar. De esta manera el recurso impugnatorio se torna ineficaz e inidóneo.
3. El criterio jurisprudencial que prioriza los principios: acusatorio y de jerarquía viola los derechos fundamentales: i) ser oído en segunda instancia, ii) el derecho a poder sustentar su recurso de apelación, iii) el derecho a obtener una respuesta congruente a su pretensión impugnada, iii) El derecho a la igualdad de oportunidades ante la ley.
4. En nuestra jurisprudencia la opinión del fiscal en segunda instancia respecto al sobreseimiento constituye un requisito de procedibilidad, impide a la sala revisora absolver las cuestiones formuladas por el apelante.
5. En Perú la decisión del sobreseimiento esta dejado al libre arbitrio del fiscal superior y del fiscal supremo, sin control jurisdiccional. En la mayoría del derecho comparado el control lo hace el órgano jurisdiccional en las tres instancias. Esto obedece más a una voluntad política del legislador peruano que al respeto del principio acusatorio.
6. Se considera que, en un verdadero Estado social y democrático, debe primar los derechos y principios constitucional, por encima del formalismo de la norma vigente.

Recomendaciones

1. Los Jueces deben declarar la nulidad de las resoluciones de sobreseimiento que violen los derechos fundamentales de conformidad con el inc.” d” del art. 150 del CPP.
Haciendo efectivo el control de la legalidad.
2. El órgano jurisdiccional debe tener siempre presente que el Principio acusatorio no es absoluto y cuando entre en conflicto con los otros derechos o principios constitucionales. Deben primar los últimos.
3. Para hacer efectivo los principios constitucionales y formular la acusación ya sea por el actor civil o procurador, se propone modificar el inc. 3 del art. 346 del CPP, debiendo indicar “Si el Fiscal Superior ratifica el requerimiento de sobreseimiento, y si el Juez de la Investigación Preparatoria después de revisar el pedido concluye que hay mérito para el juicio oral, habilitara al abogado particular o al procurador recurrente, para que formule la acusación, en los mismos términos fijados para el fiscal”. Esto también implica modificar el art. 05 de la Ley Orgánica del Ministerio Público y del inc. 5 del art. 159 de la Constitución, con lo que se pondría fin a la arbitrariedad del ejercicio fiscal, para dar protección a los principios constitucionales y evitar la impunidad.

Bibliografía

LIBROS

- ABRAMOVICH, Víctor Y COURTIS, Cristian. Los derechos sociales como derechos exigibles. Trotta, Madrid, 2002.

- ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA. Código Procesal Penal Manuales Operativos, Editorial Super Grafica. Lima, 2007.

- ALEGRE MARTINEZ, Miguel Ángel. La dignidad de la persona como. fundamento del ordenamiento constitucional español. Universidad de León, León, 1996.

- ALEXY, Robert. Theorie der juristischen Argumentation. Feranfort del Meno, 1978.

- ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, CEPC, Madrid, 2007.

- ALMAGRO NOSETE, José. Constitución y proceso. Editorial Bosch, Barcelona, 1984.

- ALONSSO ROMERO, María Paz. El proceso penal en castilla (siglo XIII a XVIII). Ediciones de la Universidad de Salamanca. Salamanca, 1982.

- ALSINA, Hugo. "Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial". Ediar, Editores. Buenos Aires, 1963.

- ALVARADO YANAC, Juan. Vademécum Penal. Grijley. Lima, 2019.

- ALZAMORA VALDEZ, M. Derecho Procesal Civil, Segunda Ed. Lima, 1968.

- ANGULO ARANA, Pedro. La función del fiscal. Juristas Editores, Lima, 2007.

- ARANA MORALES, William. Manual de Derecho Procesal Penal. Gaceta Penal.
Lima, 2014.
- ARBULO MARTINEZ, Víctor J. Derecho Procesal Penal. Tomo I. Gaceta Jurídica.
Lima, 2015.
- ARANDO, Rodolfo. El concepto de los derechos fundamentales, 1ra. Ed. Legis,
Bogotá, 2005.
- ARMENTA DEU, Teresa. Lecciones de derecho procesal penal, 3º ed. Marcial Pons.
Madrid, 2007.
- ASECIO MELLADO, José María. Principio Acusatorio e imparcialidad. Ed. Grijley,
Lima, 2013.
- ÁVILA, Humberto. Teoría de la seguridad jurídica. Marcial Pons. Madrid, 2012.
- BARATTA, Alessandro. «Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti?», Democrazia e
Diritto, 9. 2000.
- BELING, Ernest. Derecho Procesal Penal, Traducción de Miguel Fenech. Editorial
labor S.A. España 1943.
- BERISTAIN IPIÑA, Antonio. Criminología desde el derecho penal y Victimología. Ed.
Consultas, Madrid, 1994.
- BERNAL CUELLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. El Proceso
Penal, fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio. Tomo I. 5ta
edición. Universidad externada de Colombia, Colombia, 2004.

- BERNAL, Jaime y MONTEALEGRE, Eduardo. El Proceso Penal. 6° Edición.
Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013.
- BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos
fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2003.
- BINDER, Alberto. Introducción al Derecho Procesal Penal, 2da Edición, Buenos. Aires,
2004.
- BINDER, Alberto. Análisis Político Criminal, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2011.
- BINDER. Alberto; ED, Cape; NAMORADZE, Zaza. Defensa penal efectiva en
América Latina. Ediciones Antropos Ltda. Bogotá 2015.
- BUJOSA VADELL, LLORENC., et al. Nociones preliminares de Derecho Procesal
Penal. Ediciones Atelier, Barcelona, 2016.
- CABANELLAS, Guillermo. Diccionario enciclopédico de derecho usual, Edición
actualizada corregida y comentada. Ed. Heliasta. Buenos Aires, 2009.
- CARLI, Carlos. Derecho Procesal. Ed. Abeledo Perrot, Buenos. Aires. 1965.
- CARMONA CUENCA, Encarna. El derecho a un recurso efectivo ante una instancia
Nacional Problemas interpretativos. En la Europa de los derechos. El Convenio
Europeo de los Derechos humanos”. Centro de Estudios Políticos y
constitucionales. Madrid, 2005.
- CASTILLO ALVA. José Luis. El sobreseimiento resuelto por el juez de investigación
preparatoria. Parte General, Editorial Grijley, Lima, 2013.

- CAZAO, Pablo. “Introducción a la Investigación en Ciencias Sociales”. Tercera Edición, Buenos Aires, 2006.
- CHAMORRO BERNAL, Francisco. La tutela jurisdiccional efectiva. Bosch Casa Editorial S.A. Barcelona, 1994.
- CHOZAS ALONSO, José Manuel. Los sujetos protagonistas del proceso penal. Editorial Dykinson. Madrid, 2015.
- CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. Derecho Procesal Penal. Tomo II. Actualizado por Carlos Alberto Chiara Díaz. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004.
- CONDE -PUNPIDO TOURON, Cándido., et al. Los Procesos Penales. Tomo IV. Bosch, Barcelona, 2000.
- CORDON MORENO, Faustino. Las garantías constitucionales del proceso penal. Editorial Aranzadi. Pamplona 1999. 2ª ed., 2002.
- CORTINA, A. Ética en la sociedad civil. En Laporta, F. y Álvarez, S. (eds.) La corrupción Política, Alianza Editorial, Madrid, 1997.
- COBOS DEL ROSAL, Manuel. Tratado de Derecho Procesal Español. Editorial CESEJ, Madrid, 2008.
- COUTUTE, J.E. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Edit. Palma, Buenos Aires, 1972.
- CUBAS VILLANUEVA, Víctor y otros. El nuevo Proceso Penal: Estudios fundamentales. Palestra. Lima 2004.

- CHEVALLIER, Jacques. El Estado Postmoderno. Trad. Oswaldo Pérez. Ed. Universidad Externado. Bogotá, 2011.

- DAU LIN, Hsü. Die Verfassungswandlung, Berlín und Leipzig: Walter de Gruyter & Co. 1932.

- DELMAS-MARTY. Procesos Penales de Europa. Edijus, Zaragoza, 2000.

- DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. La etapa intermedia en el nuevo proceso penal acusatorio. Lima: ARA, 2010.

- DE MIGUEL. El Ministerio Fiscal, Magistratura de Amparo. En revista de Derecho Penal 1954.

- DEVIS ECHANDIA. Compendio de derecho Procesal Penal. Editorial ABC. Bogotá, 1996.

- DE VEGA, Pedro. La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente, 7º reimpresión, ed. Tecnos, Madrid, 2011.

- DIAZ ELIAS. Estado de derecho y sociedad democrática. 8va edición Taurus, Madrid 1992.

- DÍAZ, Elías. “Estado de Derecho y legitimidad democrática” en CARBONELL, M., OROZCO, W. y Vázquez, R. (cords.) Estado de Derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América latina. UNAM-ITAM-Siglo XXI, México, 2002.

- DIEZ PICAZO “Régimen constitucional del Poder Judicial” Civitas, Madrid, 1991.

- DOMINGUES OLIVARES, Inmaculada. Esquema de los recursos de los procesos en el proceso civil y penal para profesionales. Tiran lo Blanch. Valencia, 2020.
- DROMI, Roberto. Los Jueces, Ediciones Ciudad, Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1992.
- DU PASQUIER, Claude. Introducción al derecho. Justo Valenzuela. Lima, 1983.
- DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristian. Proceso Penal. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2007.
- DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián, "Las víctimas de los delitos en el proceso penal chileno" en El Proceso penal chileno y los Derechos Humanos vol. I Aspectos Jurídicos, Santiago: Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, 1994.
- DWORKIN, R. The Model of Rules I, Chicago Law Review, N.º 35, 1968.
- DWORKIN, R. Law's Empire, Harvard University Press. Cambridge, 1986.
- Dworkin, Ronald. Los derechos en serio. Barcelona: Ariel, 1997.
- ESCOLA, Héctor. J. El Interés Público, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1989.
- European Commision for Democracy throuah Law. The principle Qf respect.for human dignitv, Collection Sciencie and technique of democracy. Council European Publishing, Germany. No. 26, 1999.
- FAIREN GUILLEN, Víctor. Doctrina General del Derecho Procesal. Editorial Bosch. Barcelona, 1990.

- FEDEL, Daniel B. El recurso de casación, doble conforme y garantías constitucionales, Editorial Catedra. Buenos Aires, 2009.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. El sistema constitucional español. Dykinson, Madrid, 1992.
- FERNÁNDEZ VÁSQUEZ, Emilio. En Diccionario de derecho público. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1981.
- FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón (traducido por Andrés Ibáñez y otros). Trotta Madrid, 1995.
- FERRAJOLI, Luigi. El paradigma garantista. Filosofía e critica del diritto penale, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016.
- FILANGIERI, Gaetano. La ciencia de la legislación, trad. De Don Juan Ribera. Imprenta de D. Fermín Villalpando (impresor de Cámara de S.M. Madrid, 1821.
- FLORES PRADA, Ignacio. El Ministerio Fiscal en España. Editorial Tirant lo Blanch. 1999.
- FLORIAN, Eugene. Elementos de derecho procesal penal. Serie clásicos del procesal penal. Vol. I Editorial Jurídica Universitaria. México, 2001.
- GALEANDO, Eduardo. Las Venas Abiertas de América Latina. Ed. Siglo XXI. México. 2003.
- GALVEZ VILLEGAS, Tomas A. RABANALPALACIOS WILLIAM y CASTRO TRIGOSO Hamilton. El Código Procesal Penal. Juristas Editores. Lima, 2008.

- GARCIA AMADO, Juan Antonio. Ponderación Judicial Estudios Críticos. Zela Grupo Editorial. Puno, 2019.

- GARCIA MORILLO. La democracia en España. Alianza editorial. Madrid 1996.

- GARCÍA PELAYO, Manuel. Las transformaciones del Estado contemporáneo. Editorial Alianza. Madrid, 1980.

- GARLAND, David. The culture of control: Crime and Social Order in Contemporary Society, Oxford: Oxford University Press, 2002.

- GASCON ABELLAN, Marina. La técnica del precedente y la argumentación racional. Tecnos. Madrid, 1983.

- GEDERT-STEINACHER. Tatjana. Menschenwürde als Verfassungsbegriff: Berlin: Duncker & Humblot, 1990.

- GIMENO SENDRA, José Vicente, Fundamentos del derecho procesal, Madrid, 1981

- GIMENO, V., MORENO, V. y CORTÉS, V. Derecho Procesal Penal, Madrid, Ed. Colex, 1999.

- GIMENO SENDRA, Vicente. Derecho procesal penal, Editorial Colex, Segunda Edición, Madrid-España, 2010.

- GIMENO SENDRA, Vicente. Derecho Procesal Penal, 2da. Edición, Editorial Civitas, Pamplona, 2012.

- GOMIEN, D; HARRIS D y ZWAAK L. Convention Europeenne des Droits de l'Homme et Charte Sociale europeenne: droit et pratique. Editions du Conseil de l'Europe, Estrasburgo, 1997.
- GOLDSTEIN, Herman, Policing a Free Society, Madison: University of Wisconsin Law School 1990.
- GOMEZ COLOMER, Juan Luis, El Proceso Penal Español. Tirant lo Blanch, 2ª Edición, Valencia, 1997.
- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis y otros: Derecho Jurisdiccional III – Proceso Penal, 22da. Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- GOMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUMADA, Vicente: Derecho Procesal Penal 10º ed., Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1987.
- GONZÁLEZ VALENZUELA, Juliana, Genoma humano y dignidad humana, Barcelona, UNAM-Anthropos, 2005.
- GOZAINI, Osvaldo Alfredo. Recursos Judiciales. Editorial Ediar, Buenos Aires, 1993.
- GRANADOS CALERO. Francisco. El Ministerio Fiscal (del presente al futuro) Ed. Tecnos, Madrid, 1989.
- GRILLO LONGORA, José Antonio. Lecciones de Derecho Procesal Penal. Ediciones Pueblo y Educación. La Habana, 1973.
- HABERMAS, Jürgen. Creer y saber. El futuro de la naturaleza humana, Barcelona: Paidós. 2002.

- HÄBERLE, Peter. Leistung, recht im Rechtsstaat. En: VVDSTRL No.30, 1972.
- HÄBERLE, Peter. Die Verfassung des Pluralismus, Studien zur Verfassungstheorie der
Q.älernen Gesellschaft. Königstein: Athenäum, 1980.
- HASSEMER, Winfried, Fundamentos del Derecho Penal, Bosch, Barcelona, 1984.
- HAURIOU, Maurice. Science sociale traditionnelle. Larose, París, 1896.
- HERBEL, Gustavo A. Derecho Del Imputado a Revisar Su Condena: Motivación Del
Fallo y Derecho Al Recurso a Través de Las Garantías Constitucionales.
Hammurabi. Buenos Aires, 2013.
- HAYEK, F.A. Los fundamentos de la libertad. Ed. Unión. Madrid, 1991.
- HENKIN, Alicc (editora). Human dignity. The internationalization of "human rights,
USA: Aspen Institute for Humanistic Studies, 1979.
- HITEES, Juan Carlos. Técnica de los recursos ordinarios, 2º Ed. Librería Editora
Platense. La Plata, 2004.
- HOWARD MCILWAIN, Charles. Constitucionalismo antiguo y moderno. C.EC.
Madrid, 1991.
- IHERING, Rudolf Von "La Lucha por el Derecho". Ed. José M. Cajica, Puebla, 1957.
- INSOLERA, Gaetano: Sicurezza e ordine pubblico, en M. Donini y M. Pavarini (eds.),
Sicurezza e Diritto Penale, Bologna: Bologna University Press, 2011.
- KÁGI, Werner. Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates.
Ullersuchungen über die Entwicklungstendenzen im modernen

Veljasswzgsrecht. Zürich: Polygraphlúscher VerlagAG. p.9. Asimismo,
STRAUSS, Leo. Naturrecht und Geschichll>, Frankfurt: Suhrkamp, 1977.

- KAISER, Gunther, Introducción a la Criminología, Editorial Dykinson, Madrid,1988.
- KELKER B. Die rolle der Staatsanwaltschaft im Strafverfahren. En ZSTW118. 2006.
- LARENZ, Karl. Metodología de la ciencia del derecho. Editorial Ariel, Barcelona, 1980.
- LEGIS. Régimen Penal Peruano. Legis Perú, 2008.
- LÓPEZ PEÑA, Edmer Leandro. La Cotidianidad de la Investigación y la programación Neurolingüística. El mensaje inicial como técnica de investigación. Ed. Académica Española. Alemania.2015.
- MARCHENA GOMEZ. El Ministerio Fiscal su pasado y su futuro. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas Sociedad Anónima. Madrid 1992.
- MAIER, Julio, "La víctima y el sistema penal", en: MAIER, Julio (Editor), De los Delitos y de las Víctimas, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.
- MAIER. Julio. Fundamentos de Derecho Procesal Penal. Ed. Del Puerto SR.L. 1999.
- MAIER, Julio B. «Inquisition oder Kompostion?», en H. Achenbach, W. Botke, B. Haffke, H. J. Rudolphi y B. Schünemann (eds.), Festschrift für Claus Roxin zum 70 Geburtstag am 15. Mai 2001, Berlín: De Gruyter. 2001.
- MAIER. Julio. b. Estado democrático, Derecho penal y procedimientos penales. Ed. Ad Hoc. Buenos Aires, 2009.

- MAIER, Julio. Derecho Procesal Penal. Parte General. Tomo I, 2º edición. Editores del Puerto SRL. Buenos Aires: 2012.
- MAIER, Mauricio. Derecho procesal penal. Tomo II, editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2013.
- MARTÍNEZ ATIENZA, Gorgonio. Respuesta jurídica y social a la víctima del delito. Ediciones Experiencia. Barcelona, 2018.
- MARTINEZ DALMAU. Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- MIXAN MASS. Florencio. La Teoría. Necesaria Correlación entre teoría y práctica en el quehacer procesal. En CERJUDEL. Centro de Estudios para la Reforma de la Justicia, Democracia y la Libertad. “Como Prepararse Para el Nuevo Proceso Penal, 2003.
- MORTATI, Costantino. [n Costiluzione in senso Materiale. Reedición con un prefacio de Gustavo Za a rebelsky. Milano: Giuffrè editorc, 1998.
- MONTERO AROCA, Juan. Derecho Jurisdiccional II Proceso Penal. 8va Edición. Tirant lo Blanch. Barcelona, 1999.
- MONTESQUIEU. Del Espíritu de las leyes. Tecnos. Madrid, 1993.
- MÜLLER, Fiedrich Paul. Soziale Grundrechte in der Vefasung? Frankfurt: Verlag Helbing & Lichtenhahn, Basel, 1981.
- NEYRA FLORES. José Antonio. Manual del Nuevo Código Procesal Penal y Litigación Oral. Idemsa, Lima, 2010.

- NIETO GARCIA, Alejandro. Derecho sancionador- 2da. Ed. Tecnos. Madrid, 1994.
- NIEVA FENOLL, Jordi: Derecho Procesal. Introducción, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2014.
- OLIVA SANTOS, Andrés. Hecho Punible, acción penal y objeto del proceso; artículo en Derecho Procesal Penal; Ed. Centro de Estudios Ramón Areces S. A.; Madrid, 1994.
- ORE GUARDIA, Arsenio. Manual de Derecho Procesal Penal. Editorial Reforma. Lima, 2011.
- PAZ, José María; El Ministerio Fiscal en España, artículo en el Ministerio Publico para una nueva justicia criminal, varios autores, Universidad Diego Portales, Santiago, 1994.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R. Derecho Procesal Penal. T. I Ed. Rodha, 2º ed., Lima, 2014.
- PÉREZ CEPEDA, Ana I. La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho Penal. Postmoderno. Iustel. Madrid, 2007.
- PICÓ I JUNOY, Joan: Las garantías constitucionales del proceso, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1997.
- RADBRUCH, Gustav. Arbitrariedad legal y derecho supralegal. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1962.
- ROJAS CHACÓN, Alberto. “Algunas Reflexiones acerca de la doble conformidad y el ne bis in ídem” En: Chinchilla Calderón, Rosaura (compiladora). Reflexiones

jurídicas frente al populismo penal en Costa Rica. San José: Investigaciones Jurídicas S.A., 2012.

- Report of the Group to Conduct a Review of the Effective Operation and Functioning of the ICTY and the ICTR, 22 de November 1999 Un Doc. A/54/634, párrafo 77.
En sentido similar M. BOHLANDER. Evidence before the ICC – basic principles. ERA Forum 4/2005.
- RIVERO YSERN, Enrique y RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Con miras al interés general. Instituto nacional de Administración pública- INAP. Madrid. 2014.
- RODRIGUEZ GARCIA, Nicolás. Módulo Poder Judicial, Proceso Penal y Corrupción. Dictado en el Master Iberoamericano en Políticas Anticorrupción, Dictado por la Universidad de Salamanca España, 2020.
- ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd y Eduard KERN: Strafverfahrensrecht. Ein Studienbuch, Munich: C. H. Beck. 1998.
- ROXIN, Claus. Derecho procesal penal. Editores del puerto, Buenos Aires, 2000.
- ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General (Tomo 1). Civitas. 2010.
- ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal. Revisada por Julio B. J. Maier Editores del Puerto, Buenos Aires, 2013.
- RUIZ VADILLO, Enrique. Estudios de derecho Procesal Penal, Granada Comares. 1995.

- SALINAS SICCHA, Ramiro. La etapa intermedia y resoluciones judiciales según el Código Procesal Penal. Lima: Iustitia, 2014.
- SANCHEZ VELARDE, Pablo Wilfredo. El nuevo proceso penal. Idemsa, 2009.
- SANCHEZ VIAMINTE, Carlos. Manual de derecho constitucional, Ed. Kapeluz. Buenos Aires. 1956.
- SAN MARTIN CASTRO, César. Derecho procesal penal lecciones. INPECCP. Lima, 2015.
- SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal Lecciones (Segunda ed.). (I. P., & C. d., Edits.) Lima, 2020.
- SCHEUNER, Ulrich. Die Kontrolle (1er Staatmacht demokratischen Staat. Hannover: Niedersächsischen Landeszentrale für politische. 1976.
- SCHMDT, Eberhard, Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal. Segunda Edición, Lerner editorial S.R.L., Córdoba, 2006.
- SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución, 1ra. ed., Alianza, Madrid, 1982.
- SERRA DOMINGUEZ. El Ministerio Fiscal. En nueva Enciclopedia jurídica Seis. Barcelona 1978.
- STERN. Klaus. Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Tomo I. München: Verlag C. H. Beck. 1977.
- SMEND, Rudolf. Integrationslehre und Integration. En: Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze. Berlin: Duncker & Humblot, 1968.

- SOLÉ RIERA, Jaime. La tutela de la víctima en el proceso penal. Barcelona: José María Bosch Ed. 1997.
- SUDRE. Droit international et europeedes droits de l´homme, Preses Universitaires de Frnace, Paris (5 Edición), 2001.
- TANGEM JARDIM, Augusto. «De las nulidades procesales». En: Estudios sobre las nulidades procesales. Gaceta Jurídica. Lima, 2010.
- TINOCO PASTRANA, Ángel. Fundamentos del Sistema Judicial Penal en el Common Law, Editorial Universidad de Sevilla, 2001.
- TIEDEMAN, Klaus. El derecho Procesal Penal. Artículo en introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal; Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1989.
- TOMAS Y VALIENTE. Manual de Historia Del Derecho Español. Tecnos, Madrid, 1995.
- TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen. Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH. 2016.
- TORRES DEL MORAL, Antonio. Los Derechos Fundamentales y su protección Jurisdiccional. Colex Madrid, 2017.
- LÓPEZ YAGÜES, Verónica., et al., Manuales de Derecho Procesal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- VERVAELE, John E. Terrorismo y seguridad: un derecho penal sin límites, en S. Barona Vilar (ed.), Justicia Civil y Penal en la era global. Tirant lo Blanch. Valencia, 2017.

- VESCOVI, Enrique. Los recursos judiciales y demás medios impugnatorios en Iberoamérica. Ediciones De Palma. Buenos Aires, 1988.
- VILLORIA MENDIETA, Manuel. En ética Pública. Módulo V del Master Iberoamérica en Políticas de Anticorrupción, 2019.
- ZAFFARONI, Eugenio R; ALAGIA, Alejandro; SLOKAr, Alejandro, Manual de Derecho Penal. Parte general, 2ª edic., edit. Ediar, 2006.
- SAGÚES. Néstor. La instancia Judicial Plural Penal en la Constitución Argentina y en el Pacto de Costa Rica. Edit. J.A., 2010.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Editorial Trotta S.A. primera edición 1995.
- ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel, Fundamentos de derecho penal. Parte General. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010.

Lincografía

Revistas indexadas

- ALEXY, Robert. Dos objeciones de Luigi Ferrajoli a la teoría principialista de los derechos fundamentales. [Ubicado el 23. 08. 2021]. Obtenido en <https://bit.ly/3DfX21D>

- ÁLVAREZ, F., MARTÍNEZ, M., VENTURA, A., SÁENZ R., PÉREZ, A., HORMAZABAL, H., MUÑOZ, J., y SILVA D. [Ubicado el 13. 03. 2020] Liber Amicorum. Obtenido en <https://bit.ly/3nTOEAI>

- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva desde la perspectiva de los derechos fundamentales. [Ubicado el 19. 08. 2020]. Obtenido en. <https://bit.ly/2YQej2M>

- ANTINORI VIGO, Solange Zusetty. Investigación suplementaria y la vulneración de los principios de autonomía del rol fiscal, imparcialidad judicial y el derecho de defensa. [Ubicado el 23. 08. 2021]. Obtenido en <file:///D:/Descargas/3560-Texto%20del%20art%C3%ADculo-13280-1-10-20210604.pdf>

- APODACA COSSIO, Jorge y MOYA DELGADO, Octaviano. La ineficacia del Estado para cumplir con las garantías de seguridad jurídica en Sinaloa. [Ubicado el 20. 08. 2021]. Obtenido en. <https://bit.ly/3ce0P3Y>

- ARENAS ARIAS. Germán Jair. Lenguaje claro (derecho a comprender el derecho). Eunomía. [Ubicado el 23. 08. 2020]. Obtenido en <https://bit.ly/3paD9TE>

- ARIANO DEHO, Eugenia. En la búsqueda de nuestro “modelo” de apelación civil. [Ubicado el 13. 08. 2019]. Obtenido en <https://bit.ly/3CNOChH>

- ARMENTA DEU, Teresa. Principio Acusatorio Realidad y Utilización. [Ubicado el 19. 08. 2020]. Obtenido en <https://bit.ly/3HoN4xu>

- ASECIO MELLADO, José María. La regulación de la Prisión Preventiva en el Código Procesal Penal del Perú. [Ubicado el 03. 03. 2020]. Obtenido en <https://bit.ly/2kUKgCQ>

- BARBIROTTA, Pablo Alejandro. Tratamiento actual de la víctima en el proceso penal. [Ubicado el 13. 12. 2019]. Obtenido en <https://bit.ly/3cdeR5S>

- BARONA VILAR, Silvia. Justicia Penal Liquida (desde la mirada de Bauman) 2018. [Ubicado el 04. 08. 2020]. Obtenido en <https://bit.ly/3EHGG36>

- BIERSCHBACH, Rick A. Un mordisco a la manzana: revocaciones de condenas contaminadas por mala conducta de la fiscalía y la prohibición de la doble incriminación. [Ubicado el 13. 09. 2021]. Obtenido en <https://bit.ly/3lQwGfl>

- BOBINO, Alberto: La Víctima como sujeto público y el Estado como sujeto sin derecho. [Ubicado el 08. 08. 2020]. Obtenido en <https://bit.ly/3oquLPP>

- BOEHM, Frédéric., LAMBSDORFF, Johann Graf. Corrupción y anticorrupción una perspectiva Neo-institucional. [Ubicado el 17. 08. 2020]. Obtenido en <https://bit.ly/39rQKPm>

- CARHUACHIN GALARZA, Eva Verónica. Los requerimientos de sobreseimiento y su relación con la impunidad en la aplicación del nuevo código procesal penal en la Provincia de Pasco, Región Pasco Perú, 2019. [Ubicado el 23. 08. 2021]. Obtenido en <https://bit.ly/3lPk9cb>

- CASAVOLA. “Profilo Storico E Comparatistico del Pubblico Ministero”, en II Pubblico Ministero nell ordinamento italiano V Congresso Nazionale Isola de Capo Rizzuto, actas publicadas en Ressegna dei Magistrati, Italiani anno XVII numero 7 1977, p. 351.

- AVALI ERI, Antonio. Reflexiones sobre el primer libro de la Ciencia de la Legislación de Gaetano Filangieri. [Ubicado el 16. 08. 2021]. Obtenido en <http://criminnet.ugr.es/recpc/20/recpc20-r2.pdf>

- Centro de Información Judicial. [Ubicado el 11. 08. 2020]. Obtenido en <https://bit.ly/3kxRWqH>

- CHIRINO SÁNCHEZ, Alfredo. “La reforma procesal para introducir el recurso de apelación en Costa Rica. Perspectivas y circunstancias de una propuesta fallida”. Revista de Ciencias Jurídicas. N° 145, 2018

- Código de procedimiento penal francés. [Ubicado el 12. 08. 2020]. Obtenido en <https://bit.ly/3AFYY2r>

- Código Procesal Penal Modelo Para Iberoamérica, [Ubicado el 02. 03. 2020]. Obtenido en <https://bit.ly/3wYY5kB>

- Convención Interamericana de derechos Humanos. [Ubicado el 18. 06. 2019]. Obtenido en <https://bit.ly/3CNO9fr>

- Correa, C. (2020). Uso y abuso de la decisión de no perseverar en el procedimiento. [Ubicado el 13. 06. 2021]. Obtenido en <https://bit.ly/3omtg5i>

- DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. Hacia el derecho penal de la postmodernidad. [Ubicado el 03. 02. 2020]. Obtenido en <https://bit.ly/3HxsuLJ>

- Diccionario de la Real Academia Española. [Ubicado el 03. 06. 2021]. Obtenido en <https://dle.rae.es/sobreseer>

- DIÉZ RIPOLLÉS, José Luis. El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana. [Ubicado el 03. 06. 2020]. Obtenido en <https://bit.ly/3Ci2jEC>

- DIÉZ RIPOLLÉS, José Luis. El abuso del sistema penal. [Ubicado el 02. 02. 2020]. Obtenido en <https://bit.ly/3Ff7qYm>

- FEDEL, Daniel B. El recurso de casación, doble conforme y garantías constitucionales. [Ubicado el 20. 12. 2019]. Obtenido en <https://bit.ly/3cbETWZ>

- FERNANDEZ VANEGAZ, Héctor Gabriel. Repensando el principio de legalidad penal: sociedad de riesgo, crisis y relativización. [Ubicado el 02. 07. 2021]. Obtenido en <https://bit.ly/3DgKR4V>

- RODRÍGUEZ VEGA, Manuel. Potestades discrecionales del fiscal del Ministerio Público. Un intento de racionalización. [Ubicado el 08. 08. 2021]. Obtenido en <file:///D:/Descargas/58108-505-198459-1-10-20200731.pdf>

- FERRAJOLI, Luigi. La Igualdad y sus garantías. [Ubicado el 02. 12. 2020]. Obtenido en <https://bit.ly/3FagoG6>

- FERRAJOLI, Luigi. Derechos fundamentales y democracia. Dos objeciones a Robert Alexy. [Ubicado el 02. 09. 2021]. Obtenido en <https://www.rivisteweb.it/doi/10.4477/79701>

- FERNANDEZ DIAZ, Andrés. Nuevas aportaciones a la economía de la corrupción. [Ubicado el 02. 08. 2021]. Obtenido en <https://bit.ly/2YKO0ea>

- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. El control de las omisiones legislativas por Bundesverfassungsgericht. [Ubicado el 02. 08. 2021]. Obtenido en <https://bit.ly/3Hjv73x>
- FIGUEROA MARDONES, Michel Abel. La corrupción y sus significados. Un análisis evolutivo de las políticas de integridad en Chile. [Ubicado el 02. 08. 2021]. Obtenido en <https://bit.ly/3DiCN3s>
- GASCÓN INCHAUSTEGUI, Fernando. Derecho procesal penal materiales para el estudio. [Ubicado el 02. 08. 2021]. Obtenido en <https://bit.ly/3CEO2T6>
- GOMA LANZON, Javier. La dignidad. [Ubicado el 02. 08. 2021]. Obtenido en <https://bit.ly/3qyvstb>
- GÓSSEL, Karl Heinz. El principio de investigación de oficio en la praxis del proceso penal alemán. [Ubicado el 02. 12. 2020]. Obtenido en <https://bit.ly/39QLvZU>
- GUTIÉRREZ, Agustín. La inimpugnabilidad de la segunda absolutoria penal. [Ubicado el 02. 07. 2021]. Obtenido en <https://bit.ly/3Fh6SBe>
- ARTUA SALAVERRÍA, Juan. Principio de legalidad, conceptos indeterminados y discrecionalidad administrativa. [Ubicado el 02. 11. 2020]. Obtenido en <https://bit.ly/3DkjRBE>
- Índice Global de Impunidad. [Ubicado el 02. 11. 2020]. Obtenido en: <https://bit.ly/3kCLgYn>
- JIMENEZ ASENJO. “Organización judicial española”. [Ubicado el 02. 12. 2020]. Obtenido en <file:///D:/Descargas/16343-Texto%20del%20art%C3%ADculo-32569-1-10-20141010.pdf>

- JIMÉNEZ SANCHEZ, Fernando. La integridad de los gobernantes como problema de acción colectiva. [Ubicado el 02. 09. 2020]. Obtenido en <https://bit.ly/3nZOmbg>

- JOLY, Maurice. Diálogo en el infierno. Entre Maquiavelo y Montesquieu. [Ubicado el 02. 08. 2021]. Obtenido en <https://bit.ly/31QLhB0>

- KONRAD HESSE. Existencia e importancia de la salvaguarda de los derechos básicos a través de la organización y los procedimientos [Ubicado el 02. 09. 2020]. Obtenido en <https://bit.ly/3qHR1Yt>

- LANDA ARROYO, César. La Dignidad humana. [Ubicado el 02. 09. 2020]. Obtenido en <https://bit.ly/3kAKESN>

- LÓPEZ PEÑA, Edmer Leandro. El Interés Público como concepto jurídico. *Teoría de la determinación en sentido general. Tesis de doctorado UDC / 2016.* [Ubicado el 08. 09. 2021]. Obtenido en <https://bit.ly/3CfJkKU>

- LOPES SERRANO. El Ministerio Publico. [Ubicado el 20. 11. 2020]. Obtenido en <https://bit.ly/3qDbYni>

- MACAGNO, Mauricio. Notas acerca de algunas causales de sobreseimiento. [Ubicado el 02. 08. 2021]. Obtenido en <https://bit.ly/3CIKOOJ>

- MAIER, Julio. La impugnación del acusador: ¿Un caso de Ne bis In ídem?” En: Revista de Ciencias Penales No. 12.

- MÉNDEZ JUEZ, Marta. Transparencia publica en la regeneración democrática: La necesidad de visibilizar las agendas institucionales de España. [Ubicado el 11. 11. 2020]. Obtenido en <https://bit.ly/2Y1xJ3W>

- OCAMPO MACIAS, Cristian David. Mecanismos judiciales para garantizar el derecho a la justicia: una reflexión sobre el sistema integral de justicia transicional en Colombia. [Ubicado el 11. 10. 2021]. Obtenido en <https://bit.ly/3ztdRDK>
- OCDE. Trust IN Government. Directorate for Public Governance and territorial. [Ubicado el 01. 09. 2020]. Obtenido en <http://www.oecd.org/gov/trust-in-government.htm>.
- OLIVER CALDERON, Guillermo. Reflexiones sobre los mecanismos de justicia penal negociada en Chile. [Ubicado el 10. 10. 2021]. Obtenido en <https://bit.ly/3uoqA9J> . Publicado en 2019.
- PACILIO, Antonio. El doblé jeopardy. [Ubicado el 10. 10. 2020]. Obtenido en <https://bit.ly/3kAXjVS>
- PECES - BARBA DE MARTINEZ, Gregorio. La dignidad humana. [Ubicado el 11. 09. 2021]. Obtenido en <https://bit.ly/30sjh6k>
- PILCO CHASQUIBOL, Asunciona. El control de sobreseimiento y su incidencia en las resoluciones judiciales en el nuevo código procesal penal. [Ubicado el 11. 10. 2021]. Obtenido en <https://bit.ly/2ZpEOfh>
- POLLMAN, Arnd. Filosofía de los derechos humanos: problemas y tendencias de actualidad. [Ubicado el 10. 10. 2020]. Obtenido en <https://bit.ly/3ztdRDK>
- RADBRUCH, Gustavo, Filosofía del Derecho. [Ubicado el 10. 10. 2020]. Obtenido en <https://bit.ly/3kEjlqD>

- RIQUELME MUÑOZ, Gisella. Conflicto con el efecto del inciso segundo del artículo 240 del código procesal penal. [Ubicado el 11. 09. 2021]. Obtenido en <https://bit.ly/2W742Og>

- RODRIGUEZ DELGADO, Julio A.: La víctima en el olvido. [Ubicado el 11. 10. 2020]. Obtenido en <https://bit.ly/3DklzTA>

- RODRÍGUEZ, M. (2020). Potestades discrecionales del fiscal del Ministerio Público. Un intento de racionalización. [Ubicado el 11. 10. 2021]. Obtenido en <file:///D:/Descargas/58108-505-198459-1-10-20200731.pdf>

- ROTHSTEIN. B. y USLANER, E. Todos para todos: equidad, corrupción y confianza social. [Ubicado el 11. 10. 2021]. Obtenido en <https://bit.ly/30mFFOe>

- SAINZ MORENO, Fernando. “Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico”. [Ubicado el 14. 10. 2021]. Obtenido en <https://bit.ly/3c9UPJI>

- Sentencia S/N (1999, 28 de octubre) Tribunal Supremo (SLYNN DE HADLEY) [Ubicado el 06. 08. 2020]. Obtenido en <https://bit.ly/39Gb1Rb>

- SHETTY, Salil. La política de la demonización. Amnistía Internacional, Informe anual 2016-2017

- STANLEY L. PAULSON. La filosofía del derecho de Gustav Radbruch y tres ensayos de posguerra de Gustav Radbruch. [Ubicado el 09. 10. 2021]. Obtenido en <https://bit.ly/3nhhie4>

- SVARA, James. Manual de ética para administradores públicos y organizaciones sin fines de lucro. [Ubicado el 09. 10. 2021]. Obtenido en <https://bit.ly/3FcSWIr>

- TAMAYO, Juan José. Zygmunt Bauman: Posmodernidad, vida líquida, amor líquido.
[Ubicado el 09. 10. 2021]. Obtenido en <https://bit.ly/3zK03Ff>
- TINOCO PASTRANA, Ángel. (2001). Fundamentos del sistema judicial penal en el common law. [Ubicado el 06. 05. 2020]. Obtenido en <https://bit.ly/3CG6ATg>
- THOMPSON, D.F. “The possibility of Administrative Ethics”, Public Administration Review vol. 45, nº 5, septiembre/octubre, 1985, p. .555.
- VARELA SUANZES CARPEGNA, Joaquín. Constitucionalismo antiguo y moderno.
En Revista Española de Derecho Constitucional. [Ubicado el 06. 07. 2020].
Obtenido en <file:///D:/Descargas/Dialnet-ConstitucionalismoAntiguoYModerno-6766031.pdf>
- VÁSQUEZ ROA, Claudia Gabriela. Los principios constitucionales. [Ubicado el 06. 08. 2021]. Obtenido en <https://bit.ly/3INMDmp>
- VENTURA PUSCHEL, Arturo. El derecho penal de la Globalización. [Ubicado el 11. 08. 2019]. Obtenido en <http://www.tirantonline.com>.
- VILLALTA, Ludwin. El Ministerio Publico en Guatemala. [Ubicado el 07. 04. 2020].
Obtenido en <https://bit.ly/3HmAIWM>
- VILLACRES LÓPEZ, Jorge Mateo y PAZMAY, Santiago Fabián. Derecho constitucional a la seguridad jurídica de los ciudadanos en el Ecuador.
[Ubicado el 09. 09. 2021]. Obtenido en <https://bit.ly/3Dgt9i1>
- VILLORIA MENDIETA, Manuel. La ética pública y la corrupción en el inicio de un nuevo milenio [Ubicado el 06. 08. 2020]. Obtenido en <https://bit.ly/3FflqkH>

- Diccionario panhispánico del español jurídico. [Ubicado el 08. 08. 2020]. Obtenido en <https://dpej.rae.es/lema/estado-social-y-democr%C3%A1tico-de-derecho>

Jurisprudencia

1.- Del Tribunal constitucional

- Sentencia N.º 4620-2009-PHC/TC.
- Sentencia N.º 0007-2007 AI/TC.
- Sentencia N.º 03900 2012-PA/TC.
- Sentencia. N.º 00016-2002-AI/TC.
- Sentencia N.º 02135-2012-PA/TC.
- Sentencia N.º 05854-2005-PA/TC.
- Sentencia N.º 00010-2014-PI/TC.
- Sentencia N.º 1417-2005-PA/TC.
- Sentencia N.º 02945-2003-AA/TC.
- Sentencia N.º 2273-2005-PHC/TC.
- Sentencia N.º 10087-2005- PA/TC.
- Sentencia N.º 6204-2006-PHC/TC.
- Sentencia N.º 0090-2004-AA/TC.
- Sentencia N.º 06167-2005PHC/TC.
- Sentencia N.º 01546-2007-PA/TC.
- Sentencia N.º 01205-2014-PHC/TC.

- Sentencia N.º 1929-2004 HC/TC.
- Sentencia N.º 3390-2005 HC/TC.
- Sentencia N.º 2005-2006-HC/TC.
- Sentencia N.º 478-2008 HC/TC.
- Sentencia N.º 03451-2016-PA/TC
- Sentencia N.º 03107-2019-PA/TC.
- Sentencia N.º 02920-2012-PHC/TC.

2.- Corte Suprema Penal

- Sentencia N.º AV. 09-2001.
- Queja Excepcional N.º 1678-2006.
- Casación N.º 413-2014.
- Casación N.º 1184-2017.
- Queja excepcional N.º 307-2017-Lima.
- Casación N.º 300-2014 Lima.
- Casación N.º 413-2014-Lambayeque.
- Casación 187-2016-Lima.
- Casación N.º 966-2017 Ica.
- Casación N.º 346-2019 Moquegua.

- Casación N.º 353-3011.

- Casación N.º 1089-2017 Amazonas.

Acuerdo Plenaria N.º 1-2009.

Acuerdo Plenario 5-2009.

Acuerdo Plenario 4-20019.

3.- Corte interamericana de derechos Humanos

- Sentencia de la CIDH del caso De La Cruz Flores vs. Perú.

- Sentencia de la CIDH del caso Bullicio vs. Argentina

- Sentencia Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras

- Sentencia del Caso Benavides Cevallos vs. Ecuador

- Sentencia del Caso Azul Rojas Marín vs. Perú

- Sentencia del Caso Ivcher Bronstein vs. Perú.

- Sentencia del Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú

- Sentencia del Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala.

- Sentencia del caso Barreto Leiva vs. Venezuela

- Sentencia del caso Acosta y otros vs. Nicaragua.

- Sentencia del Caso Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador

- Sentencia del caso Myrna Mach Chang vs. Guatemala

- Sentencia del caso Las Palmeras vs. Colombia
- Sentencia del caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú
- Sentencia del caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica.
- Sentencia del Caso Mohamed vs. Argentina.
- Sentencia del Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú.
- Sentencia del Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela
- Sentencia del Caso Zegarra Marín vs. Perú
- Sentencia del Caso López Álvarez vs. Honduras
- Sentencia del Caso Claude Reyes y otros vs. Chile
- Sentencias de la Sala Constitucional de Costa Rica, N° 8390-97

4.- Corte Europa de derechos humanos

- Sentencia de la CEDH del caso Sunday Times vs. Reino Unido.
- Dictamen del caso N ° 701-96, Cesario Gómez vs. España.
- Sentencia de la CEDH caso Johnston vs. Reyno Unido.
- Sentencia del Tribunal Supremo español 1045/2007

5. Jurisprudencia Americana

- Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos caso Palko contra el Estado de Connecticut

- Sentencia Estados Unidos vs. Pérez
- Sentencia caso Simmons vs. Estados Unidos
- Sentencia Thompson vs. Estados Unidos
- Sentencia Wade vs. Hunter
- Sentencia Illinois vs. Somerville
- Sentencia Downum vs. Estados Unidos
- Sentencia Estados Unidos vs. Jorn
- Sentencia Estados Unidos vs. Tateo
- Sentencia Arizona vs. Washington
- Sentencia Estados Unidos vs. Scott

6. Instrumentos Supranacionales

- Declaración Universal de derechos humanos.
- Convención Interamericana de derechos humanos.
- Pacto Internacional de derechos civiles y políticos.
- Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad
- Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder. Adoptada en la Resolución 40/34, del 29 de noviembre de 1985.

- Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales

7. Legislación.

- Constitución Política
- Código Procesal Penal.
- Ley Orgánica del Ministerio Público.

8. Páginas Electrónicas

- <https://nojurarenavano.lamula.pe/2020/05/15/indice-de-criminalidad-en-la-fiscalia-de-la-nacion/lucianovalderrama/>
- <https://lpderecho.pe/pedro-chavarry-seguira-siendo-investigado-comision-delito-encubrimiento-real-expediente-4615-2019-1/>
- <https://lucidez.pe/la-vez-que-domingo-perez-conto-que-pena-cabrera-pidio-no-preguntar-por-ag-video/>

9. Informes Especiales CIDH

- CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Estudio Especial sobre la Situación de las Investigaciones sobre el Asesinato de Periodistas por motivos que pudieran estar relacionados con la Actividad Periodística (Período 1995-2005). OEA/Ser.L/V/II.131.Doc. 35. 8 de marzo de 2008. Párrafo. 110.
- CIDH, Informe N.º 10/95 (Caso 10.580), Ecuador, Informe Anual 1995, OEA/Ser.L/V/II.91 Doc. 7 Rev., 28 de febrero de 1995.

- CCPR/C/79/Add.63, Observaciones y Recomendaciones al Estado de Guatemala.
- Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por el Sr. L. Joinet de conformidad con la resolución 1996 /119 de la Subcomisión", E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, 2 de octubre de 1997.
- Informe N.º 50/99, CASO 11.739. Héctor Félix Miranda, México, 13/4/1999.
- Informe N.º 52/97, Caso 11.218 (Arges Sequeira Mangas), Nicaragua, OEA/Ser.L/V/II.98 Doc.6 Rev., 13 de abril de 1998.
- Informe Anual 1997, informe N.º 55/97, Caso 11.137 (Juan Carlos Abella y otros), Argentina.
- Informe Anual 1997, Informe N.º 49/97, Caso 11.520 (Tomás Porfirio Rondin y otros – "Aguas Blancas"), México, pár. 67. En el mismo sentido, CIDH, Informe Anual 1997, Informe N.º 48/97, Caso 11.411 (Severiano Santiz Gómez y otros – "Ejido Morelia"), México.

10. Videos En Web

- Entrevista al Dr. Michele Taruffo por el Dr. Jordi Ferrer.
<https://youtu.be/L5XY0x7QYek>
- Entrevista al Dr. Ramiro García de Dios
<https://www.youtube.com/watch?v=fuawapyUiok>
- Exposición del Dr. ZAFFARONI, Eugenio. Ver
<https://web.facebook.com/iuslatin.pe/videos/248036206861390>

Anexos

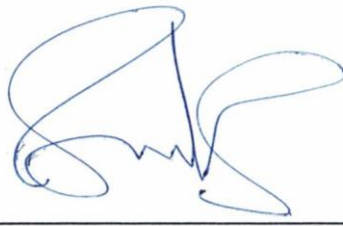
ANEXO 01

CONSTANCIA DE APROBACIÓN DE ORIGINALIDAD DE TESIS

Yo, FREDDY WIDMAR HERNANDEZ RENGIFO, Docente¹/Asesor de tesis²/Revisor del trabajo de investigación³, del (los) estudiante(s), SEGUNDO MÁXIMO LARIOS PERLECHE Titulada: "VIOLACION DE LOS PRINCIPIOS Y DERECHOS CONSTITUCIONALES, CON EL O SIN EL, DOBLE CONFORME FISCAL", luego de la revisión exhaustiva del documento constato que la misma tiene un índice de similitud de 7 % verificable en el reporte de similitud del programa Turnitin.

El suscrito analizó dicho reporte y concluyó que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio. A mi leal saber y entender la tesis cumple con todas las normas para el uso de citas y referencias establecidas por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo.

Lambayeque, 3 de febrero del 2022



Dr. Freddy Widmar Hernández Rengifo
Asesor

Se adjunta:

Resumen del Reporte (Con porcentaje y parámetros de configuración)

Recibo digital.

VIOLACION DE LOS PRINCIPIOS Y DERECHOS CONSTITUCIONALES, CON ÉL O SIN EL, DOBLE CONFORME FISCAL

INFORME DE ORIGINALIDAD

7 %

INDICE DE SIMILITUD

6 %

FUENTES DE INTERNET

1 %

PUBLICACIONES

1 %

TRABAJOS DEL
ESTUDIANTE

ENCONTRAR COINCIDENCIAS CON TODAS LAS FUENTES (SOLO SE IMPRIMIRÁ LA FUENTE SELECCIONADA)

2%

★ **qdoc.tips**

Fuente de Internet

Excluir citas Activo

Excluir bibliografía Activo

Excluir coincidencias < 15 words



Dr. Freddy Widmar Hernández Rengifo
Asesor



Recibo digital

Este recibo confirma que su trabajo ha sido recibido por **Turnitin**. A continuación podrá ver la información del recibo con respecto a su entrega.

La primera página de tus entregas se muestra abajo.

Autor de la entrega:	Segundo Máximo Larios Perleche
Título del ejercicio:	Tesis Posgrado
Título de la entrega:	VIOLACION DE LOS PRINCIPIOS Y DERECHOS CONSTITUCION...
Nombre del archivo:	HOS_CONSTITUCIONALES_CON_EL_O_SIN_EL_DOBLE_CONF...
Tamaño del archivo:	1.47M
Total páginas:	280
Word count:	75,946
Total de caracteres:	406,950
Fecha de entrega:	01-feb.-2022 09:16p. m. (UTC-0500)
Identificador de la entre...	1753148816

	UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO ESCUELA DE POSTGRADO	
DOCTORADO EN DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS		
TESIS		
"VIOLACION DE LOS PRINCIPIOS Y DERECHOS CONSTITUCIONALES, CON EL O SIN EL, DOBLE CONFORME FISCAL"		
Presentado para optar el Grado Académico de Doctor en Derecho y Ciencias Políticas		
AUTOR	: MSc. SEGUNDO MAXIMO LARIOS PERLECHE	
ASESOR	: Dr. FREDDY WIDMAR HERNANDEZ RENGIFO	
Lambayeque, noviembre de 2021.		

Derechos de autor 2022 Turnitin. Todos los derechos reservados.



Dr. Freddy Widmar Hernández Rengifo
Asesor