

## ANÁLISIS DE CUATRO PROBLEMAS, FUNDAMENTOS Y CONCLUSIONES DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

A raíz del Pleno Jurisdiccional Regional del NCPP Arequipa- Julio 2009

Dr. José Antonio Neyra Flores  
Juez Penal de la Corte Suprema de la República. Catedrático de  
Derecho Procesal Penal y Litigación Oral en la Pontificia Universidad  
Católica del Perú, Universidad Nacional Mayor de San Marcos.  
Docente en la Academia de la Magistratura.

### Sumario:

I. Introducción. II. La necesidad de una interpretación constitucional de las normas del nuevo Código Procesal para su adecuada aplicación. III. La inasistencia de la parte recurrente a la audiencia de apelación de auto ¿es causal de inadmisibilidad del medio impugnatorio? IV. La lucha entre la escrituralidad y la oralidad en la reforma procesal penal. V. Posibilidad de observar defectos formales y sustanciales en la acusación antes y durante la audiencia preliminar: identificando defectos formales y sustanciales en la acusación. VI. La imparcialidad del juez de juzgamiento ante la remisión de actuados por el juez de la investigación preparatoria al término de la etapa intermedia ¿afectan su imparcialidad? VII. Conclusiones.

*El presente trabajo es un análisis de cuatro problemas que se han suscitado en el proceso de reforma procesal penal, en el que se puede apreciar claramente la lucha de prácticas inquisitivas y acusatorias y la necesidad de realizar una interpretación constitucional para la aplicación de las normas del Nuevo Código Procesal ante la insuficiencia de una aplicación literal; así, apostando por un sistema acusatorio, el autor analiza cada tema en base a conceptos claves como oralidad, audiencia, imparcialidad, control de la acusación y principio acusatorio, teniendo como objetivo demostrar que los problemas ocasionados son producto de la transición de las prácticas inquisitivas por las acusatorias.*

### I. INTRODUCCIÓN

La Comisión Regional del Pleno Jurisdiccional sobre el Código Procesal Penal, llevó adelante el Pleno Regional sobre el Código Procesal Penal en Arequipa el 04 de Julio de 2009, acto realizado en la Ciudad Blanca con la presencia de representantes de las Cortes Superiores de Justicia en las cuales se ha venido desarrollando la reforma procesal penal (hasta esa fecha), es decir Huaura, La Libertad, Arequipa, Tacna, Moquegua con derecho a voz y voto; Lambayeque, Piura y Tumbes con derecho a voz pues la reforma se inició en esos distritos judiciales el primero de abril

de 2009 y Cuzco, Puno y Madre de Dios, también con derecho a voz por que la reforma recién empezó el primero de octubre.

Este pleno tocó temas de diversa índole pero todos relacionados a la oralidad y al papel que cumple en un sistema acusatorio. Entre estos temas destacan:

1. ¿Es causal de inadmisibilidad del medio impugnatorio la inasistencia de la parte recurrente a la audiencia de apelación de auto, en aplicación de lo previsto en el Código Procesal Penal, para el trámite de apelación de sentencias?
2. ¿Los actos procesales del órgano jurisdiccional deben ser exteriorizados de manera escrita u oral?
3. ¿Cuáles serían los defectos formales de la acusación pasibles de observación, y si es posible el sobreseimiento del proceso por defectos sustanciales en la acusación?
4. ¿La remisión de los actuados al juez de juzgamiento, al término de la etapa intermedia, afecta su imparcialidad?

En la mayoría de los temas de discusión, repartidos en grupos de trabajo, triunfó la oralidad. Así, en el primer tema, la conclusión plenaria fue que se debe aplicar el artículo 423°, inciso 3 del Código Procesal Penal para todos los casos de audiencia en segunda instancia, pues rige como criterio de interpretación sistemática, la aplicación de los principios generales del Título Preliminar del código, en el sentido de cautelar la vigencia del contradictorio y la oralidad de la audiencia. De esta manera, si un recurrente plantea una apelación de auto y no concurre a la audiencia que para este efecto se ha instalado se tiene como desistido de la apelación, siendo inadmisibile, pues el juez de apelación debe resolver en base a la información que las partes le entregan y no de la lectura del expediente.

En el segundo caso se impuso la posición que señala que el nuevo modelo acusatorio privilegia la oralidad. Las decisiones judiciales deben ser preferentemente orales, en especial aquellas que se dictan en audiencias preliminares. El registro de las mismas se encuentra en audio. Las actas de audiencia contienen una síntesis de lo actuado, por tal motivo no es exigible que todo esté registrado en papel, pues hay otros documentos que

pueden cumplir la misma función, lo importante es lo que se actúa de forma oral.

La tercera problemática fue resuelta de la siguiente forma: “Son defectos formales de la acusación los precisados en los artículos 135° y 349° del Código Procesal Penal, los cuales pueden ser observados por las partes dentro del plazo que tienen para hacerlo y por el *Juez de la Investigación Preparatoria* en la audiencia preliminar; ante defectos sustanciales de la acusación, previstos en el artículo 344°, numeral 2 del mismo código, corresponde el sobreseimiento de la causa y no la observación de aquel acto jurídico procesal de impulso y postulación del juzgamiento”.

Lo que si causó cierta desazón fue la resolución de la cuarta problemática del Pleno Regional de Arequipa pues se señaló: “La remisión de los actuados al juez de juzgamiento, al término de la etapa intermedia, no afecta su imparcialidad”, sin embargo analizando la fundamentación es porque se establece que el expediente no debe tenerlo el juez, sino su auxiliar para las partes.

Pero como demostraremos la interpretación de acuerdo al sistema acusatorio se ha impuesto por que es necesario reforzarlo en base a los principios propios de la reforma, sin los cuales no tendría éxito.

## II. LA NECESIDAD DE UNA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LAS NORMAS DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PARA SU ADECUADA APLICACIÓN

Este nuevo sistema acusatorio es un sistema respetuoso de los mandatos constitucionales como se puede ver de su título preliminar; por ello, toda interpretación que se realice debe de hacerse de una manera sistemática, de acuerdo a ella.

La Constitución Política es el más alto nivel normativo del ordenamiento jurídico nacional, y como señala García Toma existe un principio de soberanía constitucional, la que:

*“alude a las cualidades o propiedades centrales de la Constitución en lo relativo a su incontestabilidad, incondicionalidad, irrenunciabilidad e imperio sobre los poderes constituidos al interior del Estado”.*<sup>146</sup>

---

<sup>146</sup> GARCÍA TOMA, Víctor. “El Tribunal Constitucional, la Interpretación Constitucional y las Sentencias Manipulativas Interpretativas (Normativas). Gaceta del Tribunal Constitucional. [http://gaceta.tc.gob.pe/img\\_upload/2b3dbc748b6bb62663f59958d6207845/LA\\_INTERPRETACION\\_CONSTITUCIONAL\\_3.pdf](http://gaceta.tc.gob.pe/img_upload/2b3dbc748b6bb62663f59958d6207845/LA_INTERPRETACION_CONSTITUCIONAL_3.pdf). Pág. 7.

Por este motivo es que la Constitución Política no admite contradicción alguna, ya que es fuente y fundamento de las demás normas y se constituye en la fuente de legitimación del poder político<sup>147</sup>. Como señala la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el EXP. N.º 5854-2005-PA/TC, de 08 de Noviembre de 2005, Caso Pedro Andrés Lizana Puelles:

*“la Constitución es también una norma jurídica, es decir, una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto”*<sup>148</sup>

Por ello la interpretación<sup>149</sup> debe de respetarla y debemos de seguir las reglas de interpretación sistemática ya que<sup>150</sup> “una norma no es un mandato aislado, sino que responde al sistema jurídico normativo orientado hacia un determinado rumbo en el que, conjuntamente con otras normas, se encuentra vigente; que, por tanto, siendo parte de este sistema, y no pudiendo desafinar ni rehuir del mismo, el significado y sentido de la norma jurídica podrá ser obtenido de los principios que inspiran ese sistema; principios y consiguiente significado y sentido que incluso pueden ser advertidos con mayor nitidez del contenido de otras normas del sistema”.

Esta posición encuentra fundamento también en el Código Procesal Constitucional cuando establece que los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional, por ello ha señalado además este órgano:

*“Ciertamente, todos interpretamos la Constitución (los ciudadanos cuando ejercitan sus derechos, el Poder Legislativo cuando legisla, la Administración y el Poder Jurisdiccional en los diferentes casos concretos que deben resolver, etc.). Sin embargo, tal norma suprema ha establecido que los intérpretes especializados de esta sean los jueces ordinarios (artículo 138º: en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera), y que en definitiva”*<sup>151</sup>.

De acuerdo con lo dicho, el intérprete debe aplicar todos los métodos de interpretación a las normas del nuevo Código Procesal Penal, y asignarle todos los significados que obtenga, confrontarlos con los preceptos o principios constitucionales contenidos en su Título Preliminar y elegir entre esos, aquél

<sup>147</sup> *Ibidem*

<sup>148</sup> Sentencia recaída en el EXP. N.º 5854-2005-PA/TC, de 08 de noviembre de 2005, Caso Pedro Andrés Lizana Puelles, que señala: “el tránsito del estado legal de derecho al Estado Constitucional de Derecho supuso, entre otras cosas, abandonar la tesis según la cual la Constitución no era más que una mera norma política, esto es, una norma carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos, para consolidar la doctrina conforme a la cual la Constitución es también una Norma Jurídica, es decir, una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto. Es decir, significó superar la concepción de una pretendida soberanía parlamentaria, que consideraba a la ley como la máxima norma jurídica del ordenamiento, para dar paso -de la mano del principio político de soberanía popular- al principio jurídico de supremacía constitucional, conforme al cual, una vez expresada la voluntad del Poder Constituyente con la creación de la Constitución del Estado, en el orden formal y sustantivo presidido por ella no existen soberanos, poderes absolutos o autarquías. Todo poder devino entonces en un poder constituido por la Constitución y, por consiguiente, limitado e informado, siempre y en todos los casos, por su contenido jurídico-normativo.

<sup>149</sup> Incluso el propio Tribunal Constitucional ha reconocido que la propia constitución puede ser interpretada, con mayor razón lo puede ser las normas ordinarias, siempre y cuando respeten el sentido de la Constitución, así señala la sentencia recaída en el expediente 0030-2005-PI/TC de 02 de febrero de 2006, caso demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N.º 28617 —Ley que establece la Barrera Electoral: La interpretación es una función inherente a la labor de todo operador del Derecho; es decir, inherente a la labor del operador de las normas jurídicas. La Constitución es la norma jurídica suprema del Estado, tanto desde un punto de vista objetivo-estructural (artículo 51º), como desde el subjetivo-institucional (artículos 38º y 45º). Consecuentemente, es interpretable, pero no de cualquier modo, sino asegurando su proyección y concretización, de manera tal que los derechos fundamentales por ella reconocidos sean verdaderas manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana (artículo 1º de la Constitución). En consecuencia, pretender que la Constitución no puede ser interpretada, no sólo negaría su condición de norma jurídica —en directa contravención de sus artículos 38º, 45º y 51º—, sino que desconocería las competencias inherentes del juez constitucional como operador del Derecho, y sería tan absurdo como pretender que el juez ordinario se encuentre impedido de interpretar la ley antes de aplicarla.

<sup>150</sup> FRANCO DE LA CUBA, Carlos Miguel. “La Interpretación de la Norma Jurídica”. En Revista Derecho y Cambio Social. <http://www.derechoycambiosocial.com/revista002/CARATULA.htm>

<sup>151</sup> 00005-2007-PI/TC de 26 agosto de 2008, caso demanda de inconstitucionalidad contra la ley N° 28934, que amplía excepcional, y temporalmente la vigencia de La actual justicia militar policial.

que guarde mayor conformidad con los principios constitucionales<sup>152</sup>.

Entonces, la interpretación literal no es suficiente para resolver los problemas que pueda traer consigo el nuevo Código Procesal Penal, como se demostrará con los temas planteados en el Pleno Regional, por lo que es de suma necesidad utilizar otros métodos de interpretación.

### III. LA INASISTENCIA DE LA PARTE RECURRENTE A LA AUDIENCIA DE APELACIÓN DE AUTO ¿ES CAUSAL DE INSADMISIBILIDAD DEL MEDIO IMPUGNATORIO?

#### III.1 El recurso de apelación

La impugnación, entendida como un reforzamiento a la tutela judicial efectiva, es un acto de postulación de parte; es decir, un acto procesal de parte, a través de la cual la parte que se siente perjudicada o agravada por una resolución judicial ya sea por su ilegalidad, ya sea por su injusticia, pretende en consecuencia su nulidad, rescisión, enmienda, reforma o sustitución por otra.

El recurso de apelación es uno de los medios impugnatorios que contempla el ordenamiento procesal peruano, de carácter ordinario, devolutivo

y suspensivo, cuya finalidad consiste, de un lado, en obtener un segundo pronunciamiento judicial sobre la cuestión controvertida, y, de otro, en provocar la retroacción de las actuaciones al momento de cometerse la infracción de las normas o garantías procesales invocadas.<sup>153</sup>

En ese sentido, el nuevo Código Procesal Penal ha adoptado un sistema de impugnación restringido; es decir, que no toda resolución puede ser materia de recurso sino solo aquellas que pongan fin al proceso.<sup>154</sup>

Así, las sentencias o autos que pongan fin al proceso deberán observar determinados requisitos para su admisibilidad y posterior resolución por parte del tribunal competente. En este sentido, creemos que uno de los requisitos ineludibles para que la sala correspondiente pueda resolver el recurso impuesto es la fundamentación del mismo por parte de la parte recurrente en la audiencia de apelación.

#### III.1.1 la audiencia pública como requisito de admisibilidad del recurso

Para hacer valer su derecho indica el Art. 423º.3 (referido a la apelación de sentencias) que si la parte que recurrió no va a la audiencia se declara inadmisibile el recurso<sup>155</sup> pero no hay una norma de esta naturaleza en el caso de apelación de autos.

---

<sup>152</sup> En el ámbito constitucional se da esta interpretación siguiendo criterios hermenéuticos como señala la sentencia recaída en el EXP. N.º 5854-2005-PA/TC, de 08 de noviembre de 2005, Caso Pedro Andrés Lizana Puelles: “Principios que informan la labor hermenéutica son: a) *El principio de unidad de la Constitución*. Conforme al cual la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un “todo” armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto, b) *El principio de concordancia práctica*. En virtud del cual toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta “optimizando” su interpretación, es decir, sin “sacrificar” ninguno de los valores, derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada “Constitución orgánica” se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1º de la Constitución), c) *El principio de corrección funcional*. Este principio exige al juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado Constitucional, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado, d) *El principio de función integradora*. El “producto” de la interpretación sólo podrá ser considerado como válido en la medida que contribuya a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de éstos con la sociedad, e) *El principio de fuerza normativa de la Constitución*. La interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante *in toto* y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto”.

<sup>153</sup> GIMENO SENDRA, V. y DÍAZ MARTÍNEZ, M, Derecho Procesal Penal. Colex. Madrid. 2004. Pág. 721 (citado por DOIG DÍAZ Yolanda. El Recurso de Apelación contra Sentencias (en) el Nuevo Proceso Penal: Estudios Fundamentales. Palestra. Lima 2005. Pág. 542).

<sup>154</sup> Art. I. 4 del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal:

Las resoluciones son recurribles en los casos y el modo previsto por la ley. Las sentencias o autos que pongan fin a la instancia son susceptibles de recurso de apelación.

<sup>155</sup> Art. 423.3º del Nuevo Código Procesal Penal:

3. Si el acusado recurrente no concurre injustificadamente a la audiencia, se declarará la **inadmisibilidad** del recurso que interpuso. De igual manera, se procederá si no concurre el Fiscal cuando es parte recurrente

En el punto siguiente, explicaremos que sí es aplicable la inadmisibilidad del recurso para la impugnación de autos, pues el proceso de reforma procesal penal implica un cambio en la configuración del proceso penal y como este se desarrolla, ya no a través de escritos que se resuelven en base a la lectura de un expediente sino a través de audiencias públicas donde se materializa el principio de inmediación, contradicción y publicidad recogidos por el sistema acusatorio del nuevo Código Procesal Penal.

Son las audiencias el mejor medio para obtener información de calidad por la oralidad porque representa el mejor medio de transmisión de información entre sujetos cualitativamente aptos para ello:

*“...entre seres humanos, en tanto que se puede corroborar las expresiones verbales con las expresiones corporales mediante gestos, actitudes, y como debe producirse la audiencia pública, por ejemplo, cuando hacemos un alegato al ver si el juez está recibiendo la información.”*

Por ello, la audiencia representa el escenario básico y fundamental de toma de decisiones en un sistema acusatorio de tendencia adversarial, el decidir una apelación sin respetar la contradicción, publicidad e inmediación propia de la audiencia implica renunciar al nuevo sistema procesal penal por uno inquisitivo escrito.

*“La audiencia significa que oralmente se debe expresar la información que va ser procesada por el Juez como tercero imparcial, quien va a resolver conforme a ley, si no hay debate en la audiencia se obtendrá información pobre. Por lo que hay una carga para el recurrente de acudir a la audiencia a sustentar oralmente sus argumentos”.*

De ahí que, la voluntad de impugnar el agravio debe mantenerse inalterable desde que es interpuesto el recurso hasta que se sustenta la apelación del auto en audiencia pública, en razón que el recurso está sujeto o informado por el principio dispositivo, por el cual solamente puede recurrir quien tiene un derecho afectado por una resolución.

No debemos olvidar que “la audiencia es una herramienta para resolver”. Pues, el modelo del nuevo Código Procesal Penal lo ha instaurado con la finalidad de dotar con mayores garantías al imputado para

que pueda ejercer plenamente su derecho de defensa resguardado en el art. 139º inc. 14 de la Constitución Política del Perú. Así, con el sistema de audiencias se requerirá de abogados preparados que sepan armar una buena estrategia del caso y defensa y transmitan buenos argumentos en la audiencia de apelación y por ende, fundamentar su recurso debidamente.

En ese sentido, es notoria la obligatoriedad de la concurrencia de la parte recurrente a la audiencia de impugnación, pues solo de esa manera se consolidará el sistema de audiencias, como la mejor garantía de los derechos fundamentales del imputado y de las víctimas.

### III.2 El debate en el pleno respecto a la admisibilidad del recurso

#### Primera posición

Se aplica el artículo 423º, inciso 3 del Código Procesal Penal para todos los casos de audiencia en segunda instancia, pues rige como criterio de interpretación sistemática, la aplicación de los principios generales del título preliminar del código, en el sentido de cautelar la vigencia del contradictorio y la oralidad de la audiencia.

#### Segunda posición

No debe aplicarse extensivamente lo prescrito para las audiencias de apelación de sentencia, no siendo aplicables las reglas de interpretación general del Título Preliminar del Código Procesal Penal, allí donde no hay nada que interpretar; toda vez que lo previsto para las audiencias de apelación de autos no solo omite intencionalmente la obligatoriedad del procesado recurrente, sino que expresamente señala que a dicha audiencia concurrirán los sujetos procesales que lo estimen conveniente, ello según el amparo del principio de legalidad.

Nosotros compartimos la primera posición adoptada también en mayoría por el Pleno Regional de Arequipa, y en cuanto a los argumentos y fundamentos expedidos por la última posición creemos pertinente señalar algunas precisiones:

a) Si bien el Art. 420. 5º del Código Procesal Penal señala<sup>156</sup> que a la audiencia de apelación de

<sup>156</sup> Art. 420.5º del Nuevo Código Procesal Penal:

5. A la audiencia de apelación podrán concurrir los sujetos procesales que lo estimen conveniente. En la audiencia que no podrá aplazarse por ninguna circunstancia, se dará cuenta de la resolución recurrida, de los fundamentos del recurso y, acto seguido, se oír al abogado del recurrente y a los demás abogados de las partes asistentes. El acusado, en todo caso, tendrá la última palabra.

autos podrán concurrir las partes que lo estimen convenientes, también señala que después de dar cuenta de la resolución recurrida y sus fundamentos, se oirá al abogado del recurrente y a los demás abogados de las partes asistentes. Entonces, a pesar que el nuevo Código Procesal Penal no establece una sanción ante la insistencia de la parte recurrente, creemos, en salvaguarda de los principios de inmediación, oralidad y contradicción que adopta el nuevo sistema acusatorio, en la obligatoriedad de la asistencia de la defensa del recurrente a la audiencia de apelación de auto y en consecuencia ante la incomparecencia de éste en la inadmisibilidad del medio impugnatorio interpuesto. Queremos insistir, en este punto, pues una de las formas de que el sistema del nuevo Código Procesal Penal funcione y sea eficaz es dejando de lado las malas prácticas del viejo sistema inquisitivo donde la convicción del juzgador se alcanzaba a través de la lectura y revisión del expediente judicial.

Ahora sin embargo, se ha producido un cambio del sistema inquisitivo al acusatorio, que si antes era importante el expediente, por la información que contiene, ahora lo produce la audiencia que se encuentra investida los principios de oralidad, publicidad, inmediación, contradicción e imparcialidad judicial que genera información de primera calidad que haya respetado estas garantías.

- b) Una segunda crítica adoptada por la segunda posición en el Pleno Regional de Arequipa fue que de aceptarse la inadmisibilidad del recurso de apelación para el caso de autos cuando la parte recurrente no asiste a la audiencia se estaría violando el principio de legalidad, pues el Código Procesal Penal no establece de manera expresa tal sanción. Sin embargo, los operadores judiciales que afirman esta posición olvidan que el nuevo sistema acusatorio exige entre los roles de comunicación inherente a su naturaleza, si es que no la principal, el que las sentencias y autos que pongan fin al proceso se resuelvan previa audiencia.<sup>157</sup> Por lo tanto, no existiría tal vulneración al principio de legalidad procesal o proceso determinado.
- c) Finalmente, respecto a la afectación del principio de la doble instancia cabe invocar el mismo argumento

que en el párrafo anterior, así exigirse a la parte impugnante la obligación que asista a la audiencia de apelación para que fundamente su recurso no restringe tal derecho, pues esa es la lógica del nuevo modelo procesal penal, que el tribunal resuelva con información de alta calidad que solo será posible obtenerla si se asumen los principios de inmediación, publicidad, contradicción y oralidad.

De las razones expuestas se concluye, que si se permitiera que el tribunal o la sala aceptaran el recurso de apelación y se resolviera a pesar de la incomparecencia de la parte recurrente se estaría adoptando el método usado por el anterior Código de Procedimientos Penales de 1940, pues se resolvería en base a la lectura del expediente, en consecuencia se produciría un gran retroceso en la implementación del nuevo Código Procesal Penal, pues significaría sacrificar la oralidad del nuevo modelo acusatorio por la escrituralidad del antiguo modelo inquisitivo.

En ese sentido, que la Sala de Apelaciones declare inadmisibile el recurso de apelación de auto por la inasistencia de la parte recurrente a la audiencia de impugnación es cumplir con el proceso predeterminado por el nuevo Sistema Acusatorio Adversarial; es decir, con el principio de legalidad y no mas bien vulnerarlo como han señalado algunos operadores judiciales, pues este privilegia la oralidad e instaura el sistema de audiencias<sup>158</sup> que obliga la presencia física de la parte, como el instrumento a través del cual el juez resolverá alcanzando la convicción requerida después de haber obtenido información de alta de calidad pues él órgano jurisdiccional puede examinar a las partes para resolver.

Además, si el Tribunal permitiera que los recursos sean resueltos a pesar de la incomparecencia de la parte recurrente se estaría contribuyendo con impugnaciones deficientes y/o maliciosas que solo buscan retrasar el proceso y son productos de conductas negligentes de abogados y fiscales que no asisten a la audiencia<sup>159</sup>, cuyos argumentos no pueden ser controlados oralmente.

Finalmente, cabe rescatar que no es del todo cierto que el nuevo Código Procesal Penal no regule entre sus preceptos la facultad de declarar inadmisibile el

---

<sup>157</sup> BURGOS MARIÑOS, Víctor. Las Nuevas y Buenas Prácticas en el Proceso de Implementación del NCPP y la Contrarreforma. (en línea) <http://www.incipp.org.pe/index.php?mod=documento&com=documento&id=86>

<sup>158</sup> En ese sentido, se entiende a la audiencia como el lugar donde se concretiza el principio de oralidad recogido por el Nuevo Sistema Acusatorio Nuevo Código Procesal Penal.

<sup>159</sup> En el mismo sentido, el Nuevo Código Procesal Penal sanciona las conductas dilatadoras del proceso, con el pago de las costas al vencido. Incluso señala, en su art. 497º que si han existido razones fundadas para interponer el recurso el Tribunal podrá eximirlo del pago de las costas procesales.

recurso de apelación de auto por parte del tribunal ante la inasistencia de la parte recurrente. Así, el artículo 420º cuando regula el trámite de apelación de autos señala en su inciso 4. que “*el auto en el que la Sala declara inadmisibile el recurso podrá ser objeto de recurso de reposición, que se tramitará conforme al artículo 415*”, lo que concordado con el inc. 5 del mismo artículo “... *se oirá al abogado del recurrente...*” De ahí que, la parte recurrente que por algún motivo justificado no pudo asistir a la audiencia de apelación de autos conserva aún su derecho de interponer recurso de reposición, y solicitar en ese sentido, nueva audiencia y poder ejercer su derecho de defensa.

#### **IV. LA LUCHA ENTRE LA ESCRITURALIDAD Y LA ORALIDAD EN LA REFORMA PROCESAL PENAL**

¿Los actos procesales, en especial las decisiones judiciales del órgano jurisdiccional deben ser exteriorizadas de manera escrita u oral? Este fue el segundo tema que se discutió en el Pleno Regional de Arequipa, es decir la lucha por la oralidad dentro de los actos procesales del órgano jurisdiccional regulados en el Código Procesal Penal.

##### **IV.1 La oralidad**

En términos simplificados se entiende por oralidad a la regla técnica del debate procesal que implica basar la resolución judicial sólo en el material procesal obtenido de forma oral, es decir en base a lo actuado y visto en audiencia. Por ello el sentido de la oralidad no esta dentro de actuaciones con roles escénicos a modo de drama televisivo, si no, de pasar de un modelo basado en el trámite a un modelo basado en el litigio.

El sentido de la oralidad en un proceso penal es el de ser una herramienta, pues la oralidad es la manera natural de resolver los conflictos. Así esta trae muchas ventajas, pues otorga al proceso penal transparencia, humaniza el conflicto y agiliza el proceso<sup>160</sup>.

##### **IV.1.1 El proceso penal actual**

El proceso penal actual en 18 Distritos Judiciales se siguen rigiendo con el CdePP de 1940, que le rinde culto a la escritura, basta ver, para demostrar esto, los inmensos cuadernos que se forman donde todo lo que se actúa esta en versión escrita a través de un acta.

Lo que influye también en la toma de decisiones, pues al tener el expediente a la mano con todos los actuados la lógica consecuencia es que el juez interprete los actos de investigación o de prueba y decida en base a la lectura del expediente, antes que en lo que las partes argumentan oralmente. Por ello es que tenemos un proceso sumario donde se sentencia en base a actos de investigación y un ordinario que valora más estos que los de prueba. Así mismo muchas de las decisiones que emiten los órganos jurisdiccionales son transcripciones de normas y doctrina de conocimiento público que no influyen mucho en la decisión del caso, gastando hojas y hojas en retórica sin sentido práctico lo que se puede denominar motivación de disco duro, porque se repite los que alguna vez se elaboró como una plantilla y con poca información del caso concreto, por ello una decisión oral deberá pronunciarse sobre el punto concreto del caso, cumpliendo con la motivación que el Tribunal Constitucional señaló suficiente y razonable.

##### **IV.1.2 La oralidad en el nuevo código procesal penal: reforma procesal penal, cuestión de culturas**

Un primer paso para la Reforma Procesal Penal fue la promulgación del Nuevo Código Procesal Penal (Decreto Legislativo 959º), en el plano formal. Pero la reforma Procesal Penal necesita un cambio de cultura, esto es, pasar de la cultura inquisitiva a la cultura acusatoria. Existe un peso de la tradición inquisitorial que se ha enquistado en nuestras prácticas debido a que el anterior proceso padecía de extremo ritualismo pues se privilegia la escritura en las diversas etapas del proceso penal.

Como la meta de la reforma procesal penal es la búsqueda de la transformación del modelo

<sup>160</sup> Señala MIXÁN MASS que la escrituralidad es fuente de muchos alegatos extensos e incoherentes, pedidos de triquiñuela, acumulación incontrolable de documentos, etc., todo lo cual convierte al fiscal y al juez en tramitadores cotidianos de toneladas de escritos, muchas de ellos pésimamente redactados, con contenidos intrascendentes; que, en definitiva impiden la aplicación del principio de inmediación, del principio de oralidad, y cuyo saldo trágico es la dificultad permanente para la aplicación del principio de celeridad. MIXÁN MASS, Florencio. “Necesaria Correlación entre Teoría y Práctica en el Quehacer Procesal”. AA. VV. Como Prepararse para el Nuevo Código Procesal Penal. BLG ediciones. Trujillo. 2006. Pág. 135.

anteriormente inquisitorial a uno de corte acusatorio<sup>161</sup>, donde la oralidad se configura como el instrumento que hace posible la realización de los principios que informan el proceso penal, es que se han dictado una serie de normas el 22 de julio del año 2007 que han ayudado a una cierta constitucionalización del proceso del CdePP. Se podría denominar una lucha por la oralización<sup>162</sup> en un periodo de transición<sup>163</sup> en los Distritos Judiciales donde todavía la reforma a la fecha no empezó, que son 18.

Así mismo el NCPP propicia oportunidades para ejercer la oralidad de manera eficaz. Ponemos como ejemplo el artículo 361<sup>o</sup>.3 que establece: “Toda petición o cuestión propuesta en audiencia será argumentada oralmente, al igual que la recepción de las pruebas y, en general, toda intervención de quienes participan en ella. Está prohibido dar lectura a escritos presentados con tal fin, salvo quienes no puedan hablar o no lo supieren hacer en el idioma castellano”.

#### IV.1.3 Momentos de la *oralidad*

La oralidad está reconocida explícitamente en el NCPP en el artículo I del Título Preliminar y su aplicación esta prevista en el Código Procesal Penal pues se desarrolla desde las diligencias preliminares, la investigación preparatoria y la etapa Intermedia (por ejemplo la audiencia de convalidación de la detención preliminar, audiencia de tutela de derechos, audiencia de control de plazo, audiencia preliminar etc.) y por supuesto el juicio oral, etapa estelar del Nuevo Proceso

Penal (todo lo anterior es preparatorio) y momento cumbre de la oralidad, hasta las audiencias de apelación y casación, en todo el proceso se realizarán audiencias para resolver las peticiones de las partes.

Nuestra realidad nos muestra que aproximadamente solo el 10% de procesos llegan a la etapa de juzgamiento, por lo tanto el 90% se resuelven en audiencias previas. Estos deben contar con las mismas garantías que los primeros, salvo norma en contrario, como por ejemplo la referida a la terminación anticipada que establece que la audiencia es privada y no publica por su propia naturaleza.

#### IV.2 ¿Qué significa un sistema de audiencias en las etapas anteriores al juicio?

Un sistema oral se caracteriza por la existencia de “audiencias” como metodología central para la toma de decisiones relevantes del proceso. Es decir, en este sistema se abandona la metodología del expediente como forma de producción de información para la toma de decisiones judiciales y se le reemplaza por una muy distinta basada necesariamente en la oralidad.

En ese sentido la audiencia es un escenario donde las partes ejercen sus derechos mediante la discusión, donde los intervinientes presentan oralmente sus peticiones, argumentos y tienen la posibilidad de enfrentar la opinión de su oponente. Siendo la oralidad conexa con la publicidad, hace que las decisiones judiciales se legitimen en el seno de la sociedad, debido

---

<sup>161</sup> En ese sentido Mauricio DUCE tomando como referencia la experiencia de Costa Rica que vario su forma de tomar decisiones en base a la escrituralidad por la oralidad, ha señalado que las audiencias han permitido acelerar la toma de las decisiones que cuando eran formuladas por escrito tendían a demorar más. Ha tenido además un cierto impacto en la carga de trabajo del juzgado el cual se encuentra en capacidad de procesar mayor cantidad de requerimientos de las partes con mayor celeridad y con menor desgaste de recursos. De otra parte, la introducción de esta metodología ha ido paulatinamente teniendo un efecto en desformalizar el trabajo de los actores del sistema. No se trata de un cambio radical de prácticas, pero si un comportamiento que ha establecido algunas rutinas que han abierto un espacio que permite demostrar que es posible avanzar en eliminar prácticas formalistas en las relaciones entre los distintos actores del sistema. Respecto a la calidad de las decisiones judiciales adoptadas como consecuencia de las audiencias, existe la percepción de parte de los actores que el actuar de conformidad a esta metodología no ha afectado en nada la calidad de las mismas en comparación con la situación anterior. Por el contrario, incluso se indica que ella habría mejorado. DUCE, Mauricio. Audiencias Orales en las Etapas Previas al Juicio: La Experiencia del Circuito Judicial de Guanacaste en Costa Rica. (en) <http://www.cejamericas.org/doc/eventos/RSolorzano-CostaRica-InformeVisitaGuanacaste.pdf>

<sup>162</sup> F. ERICK JUÁREZ Elías, uno de los referentes de la reforma guatemalteca ha señalado: “En la antigüedad, el registro de los actos procesales constituía el aspecto más importante de todo proceso, al grado que el expediente sustituyó al procesado, los documentos a la persona y la sustancia a la forma. Sin embargo, ahora no es más que una constancia lacónica de lo que sucede en las audiencias, sin importancia ni efectos jurídicos, ya que las argumentaciones y decisiones son proveídas en presencia de los sujetos procesales, quienes escuchan y entienden a pesar de no estar de acuerdo”.

<sup>163</sup> El Decreto legislativo N° 959 de 22 de julio de 2007, señala en su art. 243<sup>o</sup>: “exposición de la acusación e interrogatorio del fiscal que se le otorga al Fiscal la oportunidad de exponer los términos de la acusación (Teoría del Caso), así mismo el Fiscal iniciará el interrogatorio directo. En cambio antes había una lectura de la acusación, por ello se debe interpretar las normas utilizando la lógica acusatoria: otorgarle a la defensa las mismas facultades de presentación de la Teoría del Caso. En el mismo sentido se tiene el artículo 244: Examen del acusado, artículo 246: Examen de varios acusados, artículo 247: Interrogatorio del acusado, artículo 256: Examen especial de testigos y de acusados, artículo 262: Oralización de la prueba instrumental. Estas normas de transición deben ser interpretadas en su real contexto: de preparación para un modelo acusatorio, respetuoso de las garantías de un debido Proceso.

a que la población puede observar las decisiones judiciales de manera directa en la audiencia ya que son dadas a partir de lo que se desarrolló en el debate, logrando una aceptación social (de la cual carecen muchas de nuestras resoluciones, siendo ésta uno de los problemas trascendentales de la administración de justicia) por ello cumplen estas audiencias los principios de oralidad, intermediación, publicidad y contradicción.

En consecuencia la audiencia es un acto sencillo y limitado en el tiempo que cumple la función de entregar la mejor información al juez para resolver, por ello las partes no pueden utilizar todo el tiempo que quieren para hablar de temas que no son pertinentes, pues para la audiencia se requiere prepararse, conocer su teoría del caso<sup>164</sup>.

En ese sentido son funciones de la audiencia<sup>165</sup>:

- Producir información de alta calidad (contradicción e interacción) para la toma de decisiones.
- Adoptar decisiones judiciales de la más alta calidad posible.
- Generar un entorno en que las partes pueden razonablemente ejercer sus derechos en el proceso.
- Resguardar la publicidad de las decisiones que se toman en el sistema de justicia criminal.

### IV.3 El debate en el pleno respecto a la oralidad

La pregunta que generó el debate en torno a la oralidad versus la escrituralidad fue ¿Los actos procesales del órgano jurisdiccional deben ser exteriorizados de manera escrita u oral?, a lo que hubo dos posiciones radicalmente opuestas las cuales fueron:

#### Primera posición:

El cumplimiento de las disposiciones emanadas por el texto constitucional, en cuanto a la observancia del principio jurisdiccional de motivación escrita de resoluciones debe ser acatado por los magistrados. La misma formalidad (escrita) debe cumplirse con las actas de audiencia<sup>166</sup>.

#### Segunda posición

El nuevo modelo acusatorio privilegia la *oralidad*. Las decisiones judiciales deben ser preferentemente orales, en especial aquellas que se dicten en audiencias preliminares. El registro de las mismas se encuentra en audio. Las actas de audiencia contienen una síntesis de lo actuado.

En ese sentido fue nuestro sentir que en un proceso penal que privilegia la oralidad como herramienta para desarrollar las audiencias debe ser privilegiado al ser la mejor forma de brindar información de alta calidad al juez y a las partes dentro de una metodología acusatoria.

<sup>164</sup> BLANCO SUAREZ, Rafael. y otros . Litigación Estratégica en el Nuevo Proceso Penal. Lexis Nexis. Santiago de Chile. 2005. Pág. 43. señalan que “Antes de intervenir en estas audiencias preliminares al juicio oral, cada litigante –fiscal y defensor- debe previamente haber estudiado con acuciosidad los antecedentes disponibles, e ir generando y actualizando su teoría del caso. Dicha teoría será precisamente el sustento elemental que acompañará al litigante en las decisiones estratégicas a considerar frente al paulatino avance del caso particular”.

<sup>165</sup> DUCE, Mauricio. “La Oralización de los Procesos en las Etapas Previas al Juicio: ¿Qué es una Audiencia?”. Modulo 1 del Curso Intermedio del Programa Interamericano de Formación de Capacitadores para la Reforma Procesal Penal 2008, Organizado por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas.

<sup>166</sup> En ese sentido opina el Juez, Julio Castañeda (haciendo un comentario a un trabajo inédito de Víctor Burgos Mariño – ver pie de página 23) señala: a. La interpretación “evolutiva” planteada para el Art. 139.5 de la Constitución Peruana por el proponente, supone que dicha norma debe dejarse de aplicar literalmente, y por lo tanto cuando la carta magna expresa “motivación escrita” debe interpretarse que ahora quiere decir “no escrita”, si esto fuera cierto, nada le hubiera costado al constituyente señalarlo así, tal como ocurrió con el legislador del C. de P.P., que no obstante que se encontraba en 1939 ya previó el desarrollo tecnológico del futuro mediante el Art. 194, de tal manera que su razonamiento al respecto no es correcto, b. Si somos un poquito meticulosos veremos que en el fondo lo que el amigo Burgos pretende, es adaptar la Constitución Política a la óptica de quienes piensan como él (legítimamente) sobre el actual sistema procesal penal, dicho de otro modo: se busca que la carta magna se adecue a su personal visión del nuevo código procesal, por eso habla de “interpretación evolutiva”, frente a lo que, para ahorrarme mayores explicaciones, permítanme una inocente sátira: ¡habrá entonces que “avisarle” a Kelsen, vía “teléfono celestial”, que en el Perú, ahora, las Constituciones se adaptan a los Códigos, y no como en su tiempo, en que los Códigos tenían que adaptarse a las Constituciones, pues su pirámide ha sido modificada!, c. Para no cansarlos con este aburrido comentario, sólo termino destacando que no debemos caer en centralismos, o en citadismos y creer que más allá del que tiene la posibilidad de acceder a la internet, al vídeo, al sede, etc., no existe peruano alguno, pues la esencia del mandato constitucional al respecto radica allí, en garantizar el modo más adecuado para que las resoluciones judiciales sean accedidas por el ciudadano más humilde, que son los más, y no sólo por los que tienen privilegios remunerativos, el Perú no somos sólo nosotros mismos.

Si bien el artículo 139° de la Constitución Política del Perú (Principios de la Administración de Justicia) señala en su inciso 5 que son principios y derechos de la función jurisdiccional:

*5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.*

Esto no nos puede llevar a decir que las actas de las audiencias deban de ser transcritas en su totalidad, pues están interpretando de una manera en exceso literal la norma, tanto que desconoce los avances de la ciencia y la tecnología, cayendo en un uso anacrónico, así mismo las decisiones se deben de dar de forma oral siempre que conste en algún soporte mediante el cual luego se pueda impugnar o tomar conocimiento de él.

Pues, en el estado actual de la reforma la mejor forma de tener un soporte sobre el cual basarnos para una apelación u otro recurso o que nos de fidelidad de lo ocurrido, es la grabación en audio o video de lo acontecido en audiencia. Así, cumplen la misma función que la transcripción en papel, incluso es más fiel a lo ocurrido que la transcripción en el papel.

Si bien la Constitución Política señala que tiene que haber una motivación escrita, esta no se puede ampliar a las actas, más aún cuando en 1993 cuando se promulgó la constitución el proceso penal que tenía en mente era uno inquisitivo que privilegiaba la *escrituralidad* sobre todas las cosas, no como el nuevo proceso penal que para que sea exitoso debe de respetar la oralidad y fomentarla.

Por ello el Tribunal Constitucional ha resuelto en la sentencia 05010-2008 PHC/TC<sup>167</sup> en base a lo oral y no lo escrito, según señala su fundamento sexto: “al respecto, no obstante que el demandante sí había presentado nuevos elementos de convicción en las audiencias de cesación de prisión preventiva y de apelaciones, como lo son la declaración instructiva del propio beneficiario de fecha 5 de Noviembre de 2007, así como la declaración testimonial de David Eduardo León Álvarez, cabe señalar que tal **como**

**consta en el audio y video registrados de dichas audiencias**, remitido a este Tribunal mediante Oficio N.° 384-09-LDL-3298-2008-CSJL, que obra en el cuadernillo del Tribunal Constitucional, los jueces sí se han pronunciado por tales medios probatorios, arribando a la conclusión de que estos no tenían la suficiente entidad para desvirtuar los presupuestos originarios que dieron lugar a la medida que viene sufriendo el beneficiado.

Por eso como conclusión plenaria el Pleno adoptó por mayoría la ponencia que enuncia lo siguiente:

*“El nuevo modelo acusatorio privilegia la oralidad. Las decisiones judiciales deben ser preferentemente orales, en especial aquellas que se dicten en audiencias preliminares. El registro de las mismas se encuentra en audio. Las actas de audiencia contienen una síntesis de lo actuado”.*

## V. POSIBILIDAD DE OBSERVAR DEFECTOS FORMALES Y SUSTANCIALES EN LA ACUSACIÓN ANTES Y DURANTE LA AUDIENCIA PRELIMINAR: IDENTIFICANDO DEFECTOS FORMALES Y SUSTANCIALES EN LA ACUSACIÓN

El tema que se abordará en el presente trabajo, implica la identificación de los requisitos formales y sustanciales que se exigen en la acusación, este primer problema, se manifiesta en la pregunta ¿Cuáles son los defectos formales y sustanciales pasibles de observación?, esta interrogante desencadena a su vez un segundo problema que está referido a si ante defectos sustanciales en la acusación es procedente la aplicación del sobreseimiento. Al respecto, en el Pleno Regional de Arequipa, realizado en julio del presente año, se plantearon dos posiciones controversiales, éstas fueron:

### Primera posición:

Son defectos formales de la acusación los precisados en los artículos 135° y 349° del Código Procesal Penal, los cuales pueden ser observados por las partes dentro del plazo que tienen para hacerlo y por el juez de la

---

<sup>167</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 05010-2008 PHC/TC de 27 de mayo de 2009 caso Paúl Gamboa. También en el mismo sentido Expediente N° 02937-2009-PHC/TC-La Libertad, de fecha 25 de setiembre de 2009 caso Julio Fernández. Como señala BURGOS MARIÑO: “Esta sentencia tiene especial repercusión en el actual momento de la reforma procesal penal en nuestro país, pues de un lado existe una interpretación constitucional del texto legal del CPP 2004 que promueven las nuevas y buenas prácticas procesales, y de otro, una interpretación literal del texto que mantiene las viejas prácticas. Es decir, que hay una lucha de prácticas entre quienes quieren la reforma y los que no quieren la reforma. No se trata de justificar posiciones en falsos regionalismos, el sur contra el norte, es más sincero ubicarse entre quienes quieren realmente que cambie la justicia penal y los que no. Pero también, puede deberse, al natural y progresivo proceso de sustitución de prácticas, por el cual todos hemos pasado”. BURGOS MARINOS, Víctor. Tribunal Constitucional Respalda Buenas Prácticas de la Corte de Justicia de La Libertad y Acuerdo Plenario de Arequipa sobre la Oralidad. Inédito.

investigación preparatoria en la audiencia preliminar; ante defectos sustanciales de la acusación, previstos en el artículo 344°, numeral 2 del mismo código, corresponde el sobreseimiento de la causa y no la observación de aquel acto jurídico procesal de impulso y postulación del juzgamiento.

#### Segunda posición:

La ley no hace diferencia entre defectos formales y sustanciales de la acusación, estos últimos (bajo esa nomenclatura) no existen, la acusación puede o no tener defectos, si ellos se presentan la norma los denomina “formales”, los que pueden ser observados por las partes de conformidad con lo previsto por el artículo 350°, numeral 1, letra a) del Código Procesal Penal. Por lo demás, los defectos de la acusación podrían diferenciarse por su importancia o trascendencia, lo que no quita que cualquiera pueda ser materia de reclamo u observación; toda inobservancia o incumplimiento de la ley procesal respecto de los requisitos que debe reunir la acusación fiscal configura la existencia de un defecto formal de ésta, por consiguiente, las partes, y el juez en su momento al amparo del artículo 352°, numeral 2 del citado código, pueden efectuar observaciones por tales defectos.

### V.1 La etapa intermedia

La etapa intermedia se inicia con la emisión del requerimiento de sobreseimiento o acusación y finaliza con la emisión del auto de enjuiciamiento o de ser el caso, con un auto de sobreseimiento. Por otro lado, la función primordial de esta fase es determinar si concurren o no los presupuestos del juicio oral, es decir, si se ha acreditado suficientemente, a lo largo de la investigación, la existencia de un hecho punible y si se ha determinado a su presunto autor. Asimismo, tiene por objeto revisar y valorar los resultados de la investigación examinando la fundamentación de la acusación formulada y resolviendo sobre el reconocimiento de la acción penal. Por ello, en esta etapa se determina si un juicio es procedente o no.

Este control se realiza de manera oral en la audiencia preliminar, donde esta fase cumple su función de saneamiento ya que se pueden deducir excepciones y otros medios de defensa, instar la aplicación de un criterio de oportunidad, solicitar la revocación de las medidas de coerción, así como observar la acusación por defectos formales o pedir el sobreseimiento, cuando se considere que es procedente.

### V.2 La acusación

La acusación está regulada en los artículos 349° y 350° del Código Procesal Penal del 2004, y por ésta se entiende al acto procesal de imputación por parte del órgano persecutor de un hecho presuntamente ilícito concreto y preciso; que considera que la persona imputada ha intervenido en términos de hacerse acreedora de una sanción penal, y es dada a conocer antes del juicio no pudiendo ser alterada en el curso de éste.

En resumidas cuentas, la acusación es el acto procesal por el cual el Ministerio Público ejerce la acción penal, manifestando su pretensión punitiva, a resolver por el juez. La necesidad de que el fiscal formule acusación, es un requisito indispensable para la apertura del juicio oral, dicha necesidad, radica en el principio acusatorio.

De esta manera, la acusación adquiere su máxima significación, pues desde el momento en que se la formula, el órgano jurisdiccional podrá saber exactamente qué opina la parte acusadora sobre los hechos punibles que se han cometido, así como en qué extensión, qué consecuencias jurídicas penales, civiles generaron y a quién señala como autor. Lo que permite además, que el ahora acusado prepare su defensa. A partir de ello podemos distinguir con nitidez la separación de roles en el proceso penal, garantizándose así la imparcialidad del procedimiento penal, esencial en un sistema acusatorio adversarial como el nuestro.

### V.3 Contenido de la acusación

Determinar el contenido de la acusación implica tener en cuenta el señalado en el art. 349°.1 del NCPP respecto a que la acusación debe ser debidamente motivada; así pues, deberá de contener, *en forma clara, precisa y circunstanciada*, los hechos que se atribuyen al acusado y su significación jurídica, de modo que pueda cumplir cabalmente – una vez más – con la exigencia de una *imputación*, base y presupuesto necesario a ser oído. Lo dicho se traduce en lo siguiente:

1. Que se describa o enuncie de manera precisa la concreta modalidad típica que conforman los hechos que sustentan la denuncia.
2. Que en el caso de pluralidad de imputaciones o imputados, se determine cada hecho y su correspondiente calificación jurídica (imputación individualizada);

3. Que la imputación del delito debe partir de una consideración acerca del supuesto aporte delictivo de todos y cada uno de los imputados<sup>168</sup>.
4. Que se establezcan los indicios y elementos de juicio que sustentan cada imputación.

Todo ello, de cumplirse válidamente, permite a las partes fijar su estrategia de defensa, a fin de poder desarrollar en su momento un adecuado debate contradictorio. Lo que tiene su fundamento en el principio de interdicción de la arbitrariedad, principio que es a la vez una garantía frente a la facultad discrecional que la Constitución ha reconocido en la actuación del Ministerio Público, por ello, el Tribunal Constitucional<sup>169</sup>, ha proscrito: a) Actividades caprichosas, vagas e infundadas desde una perspectiva jurídica, b) Decisiones despóticas, tiránicas y carentes de toda fuente de legitimidad, y c) Lo que es contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica.

Asimismo, el Art. 349<sup>o</sup> señala que la acusación contendrá:

- a) Los datos que sirvan para identificar al imputado<sup>170</sup>.

- b) La relación clara y precisa del hecho que se atribuye al imputado, con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores. En caso de contener varios hechos independientes, la separación y el detalle de cada uno de ellos<sup>171</sup>.
- c) Los elementos de convicción que fundamenten el requerimiento acusatorio<sup>172</sup>.
- d) La participación que se atribuya al imputado<sup>173</sup>.
- e) La relación de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que concurran<sup>174</sup>.
- f) El artículo de la Ley penal que tipifique el hecho, así como la cuantía de la pena que se solicite<sup>175</sup>.
- g) El monto de la reparación civil, los bienes embargados o incautados al acusado, o tercero civil, que garantizan su pago y la persona a quien corresponda percibirlo<sup>176</sup>.
- h) Los medios de prueba que ofrezca para su actuación en la audiencia. En este caso presentará la lista de testigos y peritos, con indicación del nombre y domicilio, y de los puntos sobre los que habrán de recaer sus declaraciones o exposiciones. Asimismo, hará una reseña de los demás medios de prueba que ofrezca<sup>177 178</sup>.

---

<sup>168</sup> Exp. N ° 8125-2005-PHC-TC, de fecha 14 de noviembre de 2005 caso Jeffrey Inmelt.

<sup>169</sup> Sentencias recaídas en los expedientes N ° 06167-2005-PHC/TC, del 28 de febrero de 2006, caso: Fernando Cantuarias Salaverry y N ° 6204-2006-PHC/TC, de fecha de 09 de agosto de 2006, caso Jorge Sibina.

<sup>170</sup> Para proteger la correlación que debe existir entre la acusación y sentencia, pues debe estar dirigida a la misma persona, en atención a la identidad subjetiva.

<sup>171</sup> En respeto al principio acusatorio, el derecho de defensa y el de imputación necesaria.

<sup>172</sup> Toda vez que la imputación debe estar sustentada en suficientes elementos de convicción pues sino sería arbitraria la acusación. En relación con ello, es pertinente hacer referencia al Art. 135<sup>o</sup>.1 del NCPP, el mismo que señala que los requerimientos que el Fiscal formula al Juez de la Investigación Preparatoria deben acompañarse con el expediente original o con las copias certificadas correspondientes, según que la investigación esté concluida o no.

<sup>173</sup> En atención al principio de imputación necesaria y al derecho de defensa toda vez que los hechos y las responsabilidades de ambas clases de intervinientes no es la misma.

<sup>174</sup> Pues existen circunstancias agravantes y atenuantes y el fiscal por su deber de objetividad debe tenerlas en cuenta (Art. 45<sup>o</sup> y 46<sup>o</sup> del Código Penal peruano) tanto más cuando configuran una mejor imputación en respeto del derecho de defensa.

<sup>175</sup> Pues el principio de congruencia implica la tipificación de la conducta y al cuantía de la pena y se busca delimitar el objeto del debate en la etapa de juzgamiento, pero al ser una vinculación relativa, puede variar en el juicio oral.

<sup>176</sup> Pues el objeto de la pretensión no solo es penal sino también civil, por ello este apartado.

<sup>177</sup> Esto facilita el control de las partes y del juez a los fines del debate sobre la exclusión de la prueba impertinente u ofrecida con fines puramente dilatorios.

<sup>178</sup> Asimismo, señala el Art. 349, que la acusación sólo puede referirse a hechos y personas incluidos en la Disposición de formalización de la Investigación Preparatoria, aunque se efectúe una distinta calificación jurídica, pues en respeto al principio de congruencia, la congruencia de hechos y personas se determina en la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria, siendo esta absoluta, y relativa la referida a la calificación jurídica y a la pena. Prescribe el Art. 349<sup>o</sup> NCPP, que el Fiscal indicará en la acusación las medidas de coerción subsistentes dictadas durante la Investigación Preparatoria; y, en su caso, podrá solicitar su variación o que se dicten otras según corresponda. Esto en atención al principio de variabilidad de las medidas de coerción, pues llegada la causa a la etapa intermedia pueden haber variado la situación que justificó la inicial medida de coerción. Señala también el referido artículo, que en la acusación el Ministerio Público podrá señalar, alternativa o subsidiariamente, las circunstancias de hecho que permitan calificar la conducta del imputado en un tipo penal distinto, para el caso de que no resultaren demostrados en el debate los elementos que componen su calificación jurídica principal, a fin de posibilitar la defensa del imputado. Esta doble alternativa es similar al Artículo 653<sup>o</sup> de la LeCrim española, la que faculta al Fiscal a tener dos opciones al momento de acusar, con ello se busca garantizar y resguardar la defensa del acusado frente a un futuro cambio. Art. 653<sup>o</sup> LeCrim: "Las partes podrán presentar sobre cada uno de los puntos que han de ser objeto de la calificación dos o más conclusiones en forma alternativa, para que si no resultare del juicio la procedencia de la primera, pueda estimarse cualquiera de las demás en la sentencia".

#### V.4 Estructura de los actos procesales: elementos internos y elementos externos

De todos los elementos antes descritos es preciso ahora determinar cuáles de ellos son sustanciales y cuáles formales.

La acusación es un acto procesal, como tal, constituye un hecho o acto producido por las partes dentro del marco del proceso, acorde con las formas procesales, que ejerce el efecto jurídico preestablecido y señalado por la norma, y que afecta a los sujetos procesales, ya sea esto querido o no por ellas.

En la estructura de los actos procesales se advierte la presencia de dos elementos, un elemento interno y otro externo: el elemento interno está constituido por el contenido del acto, y el externo por la forma.

##### V.4.1 Elemento formal o externo del acto procesal

El elemento formal de un acto procesal debe ser entendido como la conformación objetiva del acto proyectada en el modo, el tiempo y el espacio, vale decir, en las circunstancias previstas en la ley para la eficiencia procesal de su contenido conforme al destino propuesto<sup>179</sup>.

Cuando la conformación del acto en sus modalidades y requisitos está impuesta imperativamente por la ley, la inobservancia de tales requisitos acarrea sanciones procesales que impiden su eficacia o eliminan los efectos producidos.

Estas sanciones procesales se instan a petición de parte de acuerdo al art. 350º.1.a del NCPP<sup>180</sup>, ante esta petición, se le devolverá la acusación al fiscal para que subsane su acusación, saneándose así el vicio producido, pues de no hacerse se constituiría en causal de nulidad, que es la sanción que prevé la normativa procesal en los Art. 152º.1.c, 152º.2, 153º.1. y 153º.2.

(referidos a la convalidación y saneamiento de actos procesales<sup>181</sup>).

##### V.4.2 Elemento sustancial o interno del acto procesal.

Habiendo determinado qué se entiende por requisito formal, corresponde en segundo lugar establecer lo que entendemos por requisito sustancial, lo que a su vez nos permitirá determinar en qué supuestos nos encontramos ante defectos sustanciales en la acusación; así, tenemos que la idea fundamental de un requisito esencial o contenido esencial del acto procesal llamado acusación es aquello que se busca con este acto, es decir, el requisito sustancial de la acusación lo constituye la pretensión penal, en **esencia la persecución del delito de la persona que se tiene por autor**, la petición de pena en base a un tipo penal, si ellos no se encuentran presentes en la acusación, entonces estamos ante un vicio sustancial, y por tanto es imposible la existencia de un proceso penal válido.

Como señala Gimeno Sendra<sup>182</sup>: “El contenido esencial de los escritos de calificación o acusación, consiste en la deducción de la pretensión penal (determinación del acusado y el hecho punible) y en su caso, de la parte civil demandante de la comisión del delito”, pues si no hay pretensión penal -en el proceso penal-, no puede haber pretensión civil.

Entonces, con respecto al NCPP, los defectos formales de la acusación pasibles de observación, solo pueden ser aquellas circunstancias previstas en la ley para la eficiencia procesal de su contenido, mas no el contenido mismo. Con ello se entiende que lo regulado en los artículos 349º y 135º.1 del NCPP constituyen los requisitos formales exigidos en la acusación. Así, por ejemplo, si falta algún dato de la persona, esto sólo será un defecto formal susceptible de ser subsanado.

<sup>179</sup> CLARIÁ OLMEDO J. A. Principio de Congruencia en el Proceso penal . En XI Congreso Nacional de Derecho Procesal, La Plata , 1981 . Tomo I. Pág. 363

<sup>180</sup> “Las partes podrán observar la acusación del Fiscal por defectos formales, requiriendo su corrección”.

<sup>181</sup> Para mejor comprender este suceso, es preciso aclarar algunos conceptos, así por ejemplo, la nulidad procesal, debe ser entendida como la “sanción” expresa, implícita o virtual, que la ley establece cuando se han violado u omitido las formas, por ella preordenadas, para la realización de un acto jurídico al que se priva de producir sus efectos normales; en tal sentido constituyen requisitos y exigencias fundamentales para su declaración, el interés y el perjuicio. Por interés, debe entenderse a la actividad procesal desarrollada por conveniencia o necesidad por alguna de las partes con el fin de obtener algún provecho. Por su parte, el perjuicio, se circunscribe a la limitación de un derecho de las partes vinculado en forma inmediata al buen orden del proceso y en forma mediata a las garantías que son su causa. Por otro lado, el saneamiento es la actividad que se da dentro del posible desarrollo de nulidad de un acto procesal, por el saneamiento un acto posterior a la nulidad “limpia” el inicial vicio, es decir este acto anula el vicio original. De esa forma, si la acusación ha incurrido en vicio formal, este puede ser saneado por el fiscal, incluyendo lo omitido, una vez que el juez ha devuelto la acusación.

<sup>182</sup> GIMENO SENDRA, Vicente. Derecho Procesal Penal. 2ª Edición. 2007. Editorial Colex. Pág. 616.

### V.5 Aplicación del sobreseimiento por defectos sustanciales en la acusación

Pasamos ahora a abordar el segundo problema que se planteó al inicio del presente trabajo.

En principio, es preciso tener presente que el control que se realiza de los requisitos formales de la acusación es previo a toda posibilidad de análisis de mérito de la acusación. Es así que el artículo 352°.2 NCPP precisa que si se advierten defectos que importan el incumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 349°.1 NCPP –en una discusión que antecede o debe anteceder al análisis de los demás aspectos que se traten en la audiencia preliminar- corresponde en tal caso suspender la audiencia para la debida subsanación de aquel o aquellos defectos, luego de lo cual la audiencia debe reanudarse.

En tal sentido, se entiende que la decisión de formular observaciones a la acusación es una causal de suspensión de la audiencia, que será del caso instar sólo cuando el defecto detectado requiera de un nuevo análisis del Ministerio Público. De no corresponder la suspensión, siempre será del caso decidirla y proseguir con la audiencia para dar paso a la discusión de las demás observaciones.

Lo explicado sucede pues, ante defectos formales de la acusación, eso es claro y no se presta a mayor discusión; sin embargo, ¿qué es lo que ocurre si nos encontramos ante defectos sustanciales en la acusación? Para responder tal interrogante, debemos tener presente, que el contenido sustancial de la acusación, está constituido por los hechos que se atribuyen al acusado y su significación jurídica, es decir que el hecho sea delictivo y atribuible a alguien determinado.

Por otro lado, demos tener en cuenta también que son causales de sobreseimiento las señaladas en el art. 344°.2 del NCPP<sup>183</sup>. En consecuencia, la no existencia del hecho delictivo o que el hecho investigado no revista la calidad de delictivo, así como la no individualización de la persona sindicada como autor, configura el primer y segundo supuesto de sobreseimiento, por ello de presentarse un defecto sustancial en la acusación, siempre estaremos ante un supuesto de aplicación del sobreseimiento.

## VI. LA IMPARCIALIDAD DEL JUEZ DE JUZGAMIENTO ANTE LA REMISIÓN DE ACTUADOS POR EL JUEZ DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA AL TÉRMINO DE LA ETAPA INTERMEDIA ¿AFECTAN SU IMPARCIALIDAD?

### VI.1 El principio de imparcialidad como principio fundamental de la reforma procesal penal

El principio de imparcialidad garantiza que el juez sea un tercero entre las partes, toda vez que resolverá la causa sin ningún tipo de interés en el resultado del proceso sea por una vinculación subjetiva con algunas de las partes o por alguna vinculación con los elementos de convicción del proceso que hayan formado en su interior un pre-juicio con respecto a la causa en concreto<sup>184</sup>.

---

<sup>183</sup> a) El hecho objeto de la causa no se realizó o no puede atribuírsele al imputado. En este caso existe certeza negativa, es decir hay una absoluta convicción que el hecho que dio origen al proceso nunca ha existido, por tanto es un juicio exclusivamente fáctico, b) El hecho imputado no es típico o concurre una causa de justificación, de inculpabilidad o de no punibilidad. En este caso si bien el hecho imputado existe, éste es atípico, justificado o no punible, estando esto demostrado con grado de certeza absoluta, aquí el juicio es tanto fáctico como jurídico, c) La acción penal se ha extinguido. Es decir cuando de oficio o a pedido de parte el juez cae en la cuenta que ha operado la prescripción, que existe un indulto o amnistía, el imputado ha fallecido, existe cosa juzgada respecto a este hecho, d) No existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y no haya elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado. Es un examen probatorio en base a la imposibilidad de llevar a cabo un juicio oral.

<sup>184</sup> En ese sentido el estado moderno se rige por la máxima de la división de funciones, lo cual llevado al proceso penal configura la división de roles entre juzgador, acusador y defensa. Pues es impensable que un solo funcionario tenga la carga de ser juzgador y acusador a la vez, así como sería ilógico que sea acusador y defensa en un mismo momento. Por ello el Estado moderno para la dación de la justicia penal crea un funcionario que va a perseguir los delitos, este es el Fiscal, a su vez reconoce que la defensa debe, por la igualdad de armas, tener una defensa técnica, siendo esta la del abogado defensor que se erige como contrapartida del primer funcionario y como tercer funcionario que va a decidir cuál de las partes tiene la razón, el Estado crea al juzgador que se debe mantener alejado de las demás partes para así poder cumplir con su rol, por ello es que este funcionario público debe ser imparcial.

Como lo reconoce Maier<sup>185</sup> “el sustantivo imparcial refiere directamente por su sentido etimológico –in parcial–, a aquel que no es parte en un asunto que debe decidir, esto es, que lo ataca sin interés personal alguno”.

Este principio ha sido reconocido en los Instrumentos de Derecho Internacional<sup>186</sup>, la Constitución<sup>187</sup> y en el Título Preliminar del Código Procesal Penal de 2004<sup>188</sup>, es un principio básico de la configuración de la actuación jurisdiccional, llegándose a decir que sin el respeto a este principio no existiría ningún proceso propiamente dicho. También ha tenido reconocimiento jurisprudencial, como se ve de las sentencias del Tribunal Constitucional y en el ámbito internacional la de La Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>189</sup> y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de donde se ha desarrollado la división de la imparcialidad en dos aspectos: subjetivo y objetivo.

### VI.1.1 Imparcialidad objetiva

La imparcialidad objetiva está referida a que el sistema judicial debe brindar las condiciones necesarias para evitar que el juez caiga en el vicio de

la parcialidad, es decir que las normas que regulan su actuación deben de buscar que el juez no tenga prejuicios o favorezca a alguna parte sobre otra en base al contacto que ha tenido con la causa<sup>190</sup>.

La imparcialidad objetiva asegura que el juez se acerque al *thema decidendi* sin haber tomado postura en relación con él. Lo contrario ocurre cuando el juez ha podido tener antes y fuera del ámbito estricto de enjuiciamiento un contacto relevante o de cierta intensidad con informaciones o materiales que después pudieran ser prueba<sup>191</sup>.

En ese sentido, se puede afirmar de manera certera que una manifestación de lo que se acaba de describir como pérdida de la imparcialidad objetiva, la constituye el hecho de que el juez antes de la audiencia de enjuiciamiento en la que escuchará a las partes y podrá decidir si condena o absuelve al acusado; lea el expediente conteniendo los actuados durante la investigación, que le haya sido remitido por el juez de la investigación preparatoria. Dado que, de esa manera estaría tomando contacto de manera relevante con información que luego se convertirá en prueba<sup>192</sup>.

<sup>185</sup> MAIER, Julio. Derecho Procesal Penal: Fundamentos. T.I. Editores del Puerto. Buenos Aires. 1996 Pág. 739

<sup>186</sup> CADH: “1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un Juez o Tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

<sup>187</sup> Artículo 139°. Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.

<sup>188</sup> Artículo I.- Justicia Penal (NCP 2004):

1. La justicia penal es gratuita (...). Se imparte con imparcialidad por los órganos jurisdiccionales competentes y en un plazo razonable.

<sup>189</sup> Caso Herrera Ulloa Vs Costa Rica. Sentencia del 2 de Julio de 2004. “La Corte considera que el derecho a ser juzgado por un Juez o Tribunal Imparcial en el ejercicio de su función cuenta con la mayor objetividad para enfrentar el Juicio, esto permite a su vez, que los tribunales inspiren confianza necesaria a las partes en el caso, así como a los ciudadanos en una sociedad democrática”.

<sup>190</sup> Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 26 de octubre de 1986 recaído en el caso De Cubber Vs Bélgica. (Cit) MAIER, Julio. Op. Cit. Pág. 756.

<sup>191</sup> Por eso la sentencia emitida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso De Cubber Vs. Bélgica señala que “por la propia dirección, prácticamente exclusiva, de la instrucción preparatoria de las acciones penales emprendidas contra el requirente, el citado magistrado se había formado ya en esta fase del proceso, según toda verosimilitud, una idea sobre la culpabilidad de aquel. En estas condiciones, es legítimo temer que, cuando comenzaron los debates, el Magistrado no dispondría de una entera libertad de juicio y no ofrecería en consecuencia, las garantías de imparcialidad necesarias”. Sentencia del Tribunal Supremo Español, Sala de lo Penal, 1260/2003, DE 3 DE Octubre - RJ 2003/7217-.

<sup>192</sup> Son manifestaciones de este principio: **1. El juez que instruye no juzga**, es uno de los postulados de la imparcialidad objetiva y señala que el juez que lleva a cabo la investigación o que ha participado en ella como juez de garantías no puede ser el mismo que llevará adelante el juzgamiento y sentenciará. Está relacionado con el principio de división de poderes, que restringe la tarea de los jueces penales a funciones meramente decisorias y **2. El principio del juez no prevenido, este principio tiene directa relación con la formulación anterior**, pues es su lógica consecuencia toda vez que como señala SAN MARTÍN CASTRO “la dualidad de fases en el proceso penal determina la intervención de diferentes jueces, en tanto en la primera etapa haya sido ordenada y dirigida por un juez. Ello es así [...], por la convicción que solo se administra justicia penal con garantía de acierto si el juez o los magistrados que han de dictar sentencia tras la vista oral no han intervenido en la fase de instrucción o preliminar y carecen, por tanto, de las prevenciones o prejuicios que se suponen prácticamente inevitables como consecuencia de una labor de instrucción o investigación”.

Es decir, lo que se busca es que el juez de juzgamiento no esté en contacto con los actos de investigación y lo actuado en la etapa anterior para que no tenga dentro de sí el influjo de la investigación en la formación de su convicción.

## VI.2 El expediente judicial

El Nuevo Código Procesal Penal establece en el Art. 136º que iniciada la etapa de juzgamiento después de dictado el auto de citación al juicio, el Juez Penal deberá formar el respectivo expediente judicial.

Sin embargo, tal como lo señala Víctor Reyes<sup>193</sup> la denominación de “expediente judicial” es un término que hace referencia al antiguo sistema mixto o sistema inquisitivo reformado propio del Código de Procedimientos Penales, en el que predomina la escrituralidad de las actuaciones, diferente al nuevo modelo de corte acusatorio, cuya principal característica es la oralidad.

### VI.2.1 ¿Qué debe entenderse por actuados?

La problemática gira en torno a lo regulado por el artículo 353º, inciso 2, literal e) del Nuevo Código Procesal, el cual señala que el auto de enjuiciamiento deberá indicar la orden de remisión de los actuados al Juez encargado del juicio oral” y el artículo 354º, inciso 2 establece de la misma manera que dentro de las cuarenta y ocho horas de la notificación, el Juez de la Investigación Preparatoria hará llegar al Juez Penal que corresponda dicha resolución y los actuados correspondientes, así como los documentos y los objetos incautados, y se pondrá a su orden a los presos prevenidos”

En este sentido, la pregunta es ¿qué debe entenderse por actuados? ¿A la remisión de los cuadernos jurisdiccionales, así como al expediente fiscal? Siendo que la carpeta fiscal tiene como finalidad ordenar y conservar todas las actuaciones realizadas por el Ministerio Público para que una vez concluida la investigación preparatoria este pueda decidir, con el estudio y análisis de los actos de investigación su acusación o no con los elementos de convicción necesarios, de ahí que esta carpeta resulte irrelevante para la etapa de juzgamiento y no se justifica su remisión, pues ya cumplió su finalidad en la audiencia de control de la acusación.

Pese a lo explicado en el párrafo anterior el Código Procesal Penal señala en su artículo 136º que el expediente judicial debe formarse con todos los actuados relativos al ejercicio de la acción penal y de la acción civil derivada del delito, y las actuaciones complementarias realizadas por el Ministerio Público; es decir con todos los actuados recabados e incorporados en el expediente fiscal durante la investigación.

Pero un expediente judicial formado de esta manera constituye un modelo fiel de lo que fue el expediente judicial del antiguo modelo mixto con tendencia inquisitiva, cuyas características principales eran la ritualidad, escrituralidad y formalidad, lo que contraviene notoriamente el Sistema Acusatorio Adversarial en la que la solución de los conflictos, la convicción del juzgador, así como la información de primera calidad se rigen por los principios de contradicción, oralidad, inmediación y publicidad.

## VI.3 La remisión de los actuados al juez penal al culminar la etapa intermedia afecta su imparcialidad: la discusión del pleno de Arequipa

En el Pleno Regional de Arequipa se planteo dos posturas de cara a la remisión de los actuados:

### Primera posición:

La remisión de los actuados al juez de juzgamiento, al término de la etapa intermedia, sí afecta su imparcialidad.

### Segunda posición:

La remisión de los actuados al juez de juzgamiento, al término de la etapa intermedia, no afecta su imparcialidad.

### VI.3.1 Afectación del principio del juez no prevenido

El uso del expediente judicial trae como consecuencia la posibilidad que el juez de juzgamiento se vea tentado a dejar de lado la misión que la sociedad le ha conferido a través de este nuevo proceso penal acusatorio adversarial de formar su convicción en base a pruebas (que solo serán tales si se dan en el

---

<sup>193</sup> REYES ALVARADO, Víctor Raúl. “Formación del Expediente Judicial y Cuadernos en el Nuevo Modelo de Proceso Penal”. (En) Actualidad Jurídica. Lima. N° 179. Octubre de 2008. Pág. 181.

juicio oral bajo la actuación en base a los principios de inmediación, oralidad, concentración, continuidad, contradicción, publicidad, presunción de inocencia e imparcialidad<sup>194</sup>); y que sólo la construya en base a la lectura de los actuados.

Pues el enjuiciamiento oral y público tiene una estructura simple y concreta: jueces imparciales (no jueces que hayan leído el caso con anterioridad en el “expediente”) que atienden el litigio con inmediación y de un modo concentrado (no separado en decenas de audiencias que fraccionan la producción de la prueba o la “escriturizan” mediante incorporaciones “por lectura” del expediente); acusadores (fiscales o privados) que han preparado el caso y pueden presentar la prueba de cargo en ese juicio, tomando sobre sí el deber de probar (y no el juego de presunciones encubiertas), imputados que han tenido tiempo de preparar su defensa con un adecuado asesoramiento técnico y respecto de los cuales se presume su inocencia y son tratados como tales hasta que se pruebe lo contrario. Todo esto realizado mediante una dinámica de litigio sencilla (presentación del caso, producción de la prueba, interrogatorios directos, conclusiones, etc.) luego de la cual los jueces deliberan y dictan sentencia de inmediato. Todo esto, por supuesto, desarrollado de manera pública<sup>195</sup>.

Por ello, la remisión de los actuados al juez de juzgamiento a través del expediente judicial hace posible que el juez trate de buscar la verdad material o histórica a través de la lectura del expediente, que si

bien es reflejo de lo que se ha hecho en la investigación son solo actos de investigación y por tanto por definición no pueden fundamentar una sentencia, sino solo una medida temporal, como la acusación o una medida de coerción.

En ese sentido, señala Víctor Reyes: “carece de utilidad que el juez de conocimiento tenga acceso a los actos de investigación ya que esto vulnera la garantía de la imparcialidad, pues su decisión debe producirse tras examinar lo que vio y escuchó en juicio, y no en mérito a la lectura de las actas, que bien puede realizar antes del juicio; lo que contraviene además los principios y garantías de oralidad, publicidad, inmediación, concentración y contradicción en la actuación probatoria”<sup>196</sup>.

Además, el juez está asumiendo un rol meramente administrativo<sup>197</sup> al mandar que se confeccione el expediente, no profesionalizándose en su rol de juzgador que es el importante<sup>198</sup>, esta administrativización del rol del juez hace más dificultosa la función del juez de buscar su convicción<sup>199</sup>, pues el juez de juzgamiento no es un funcionario que deba revisar la actividad de los funcionarios encargados de la investigación, como si de un superior se tratase.

Esto se debe a que estas actividades administrativas van de la mano con la tendencia inquisitiva referida al control jerárquico que en ese sistema por definición existía, pues el poder al ser dado por Dios al monarca, conferían a este todos los derechos y a él volvían todas las

<sup>194</sup> En el mismo sentido refiere BURGOS MARIÑO: “El modelo acusatorio, al ser un modelo más compatible con la constitución, convierte al Modelo y a la audiencia en un valor de jerarquía constitucional, pues refleja el diseño constitucional de proceso penal. Por ello, cuando se afecta la oralidad de las audiencias, la contradicción, la inmediación o la publicidad, en el nuevo proceso penal, se afecta a la Constitución. Consiguientemente, es deber de los jueces garantizar la real y plena vigencia del modelo acusatorio y su sistema de audiencias”. BURGOS MARIÑO, Víctor. Las Nuevas y Buenas Prácticas en el Proceso de Implementación del NCPP y la Contrarreforma. (en línea).

<sup>195</sup> BINDER, Alberto. La Fuerza de la Inquisición y la Debilidad de la Republica. Pág. 18 (en línea) [http://www.inecip.org/index.php?option=com\\_docman&task=doc\\_download&gid=100&Itemid=14&mode=view](http://www.inecip.org/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=100&Itemid=14&mode=view)

<sup>196</sup> REYES ALVARADO, Víctor Raúl. Op. Cit. Pág. 184.

<sup>197</sup> Señala BINDER: “La creación de un adecuado sistema de administración, específicamente orientado a la realización del juicio oral es un tema ineludible para sostener esta principal estructura dentro de los sistemas procesales. Mucho más aún en los primeros años del cambio, donde no se puede esperar que se supla con “sentido común” muchos de los problemas que genera una inadecuada administración de los recursos para el juicio oral. Al contrario las lagunas y problemas que genera esta dimensión administrativa son llenadas por las viejas prácticas inquisitoriales o utilizadas para demostrar, siempre con una premura inusitada, que el juicio oral “no funciona”. BINDER, Alberto. Op. Cit. Pág. 24.

<sup>198</sup> Pues el principio de división de poderes, en este contexto, restringe la tarea de los jueces penales a funciones estrictamente decisorias, propias del poder judicial. La obligación de proteger los derechos humanos del imputado surge del contenido mismo de la función judicial y, además de las obligaciones internacionales del estado establecidas en los pactos de derechos humanos. BOVINO, Alberto. “El Principio Acusatorio como Garantía de Imparcialidad en el Proceso de Reforma de la Administración de Justicia Penal”. (en) Pleno Jurisdiccional sobre Código Procesal Penal: Material de lectura. Centro de Investigaciones Judiciales. Lima. 2009. Pág. 14.

<sup>199</sup> Por ello señal Víctor BURGOS: “La separación de funciones es clave para fortalecer el sistema del NCPP, y tiene su fundamento en la propia Constitución como ya se ha sostenido en líneas anteriores. Por ello debemos advertir, que los procesos de implementación en nuestro país deben de esforzarse en consolidar y respetar la separación de funciones, caso contrario, no se consolidará el sistema de audiencias, el despacho del viejo modelo inquisitivo permanecerá, manteniendo el trámite de papeles y del expediente, afectando con ello el diseño constitucional del proceso penal acusatorio”. BURGOS MARIÑO, Víctor. Op. Cit.

funciones que hubiere delegado en los funcionarios de bajo rango, por ella también la creación de los recursos en el sistema inquisitivo como señala BINDER<sup>200</sup>: “La idea central de este modelo verticalizado, que confunde las distintas funciones jurisdiccionales (control de la investigación, juzgamiento, control de la sentencia, etc.) con un esquema de jerarquías, es una de los resabios más fuertes y sólidos del modelo inquisitorial y uno de los mayores reservorios de cultura inquisitiva. Por otra parte, la vieja función de este diseño (recordemos que se trata de un diseño de una “casualidad histórica”) al servicio de la debilidad de la judicatura, de la concentración del poder en las cúpulas judiciales (luego vinculadas a las cúpulas políticas), de las afectaciones “internas” a la independencia judicial, del carácter “provisional” de las sentencias y el aumento de la arbitrariedad judicial y el decisionismo sigue tan vigente como antes”.

Implica, además, el uso del expediente, una connotación ideológica de cuño inquisitivo, toda vez que el expediente judicial está íntimamente ligado al estilo de enjuiciar inquisitivo que se caracteriza por el secreto y prolongado de las actuaciones, por ello señala BINDER<sup>201</sup> que en el sistema inquisitivo el conflicto no se da ya en relación a la víctima y el ofensor sino entre el Estado y el delincuente, “el duelo será entre el infractor y el restaurador del orden (el inquisidor, representante del monarca o de su orden público). Este duelo se desarrollará a través de un trámite (sin duda desigual) cuyo objetivo no será la decisión final (la sentencia) sino restaurar durante el trámite y gracias a él, la relación de obediencia (confesión como sumisión). Desde entonces se ha establecido la primacía del trámite y ese trámite como ejercicio de poder. Nuestros actuales sistemas de justicia penal conservan todavía esta característica y ello explica la persistencia del expediente como práctica fundamental y fundacional de nuestros sistemas judiciales. El trámite es la expresión material del conflicto secundario”.

Es por ello que el expediente judicial no debe estar en las manos del juez de juzgamiento pues al existir la posibilidad de su uso indebido se está configurando la causal de parcialidad objetiva en el sentido que el Estado a través de la dación de la normativa procesal esta posibilitando que se sentencie en base a actos

de investigación, que se formen pre-juicios en base a ellos y por tanto que la función del juez en el sistema adversarial cambie a una búsqueda de la verdad histórica, lo que es contrario al espíritu de la reforma procesal penal peruana.

Pero el expediente sigue siendo necesario en tanto las actuaciones están reflejadas en él y de hecho sirven para el desarrollo del juicio en la medida que se tiene certeza de que lo que se ha actuado en la investigación está reflejado en el expediente y será materia de la actuación probatoria, recuérdese que la diferencia entre actos de investigación y actos de prueba no está en la materialidad de los actos sino en las funciones y las etapas en las cuales se han dado.

Como se ve de lo anterior, la remisión del expediente judicial al juez penal afecta seriamente la imparcialidad objetiva del juez<sup>202</sup>, desnaturalizando su función en el proceso penal acusatorio adversarial, confundiendo actos de prueba con actos de investigación y dándole funciones administrativas cuando lo esencial a él es la función decisoria.

Pero esto no quiere decir que el expediente judicial tenga que desaparecer, pues es necesario que el expediente exista en la medida que los litigantes tengan la oportunidad de poner en práctica su teoría del caso con todas las herramientas posibles, teniendo como base el expediente judicial donde se encuentran los actuados, sustento probatorio de la teoría del caso.

Por esto el expediente debe estar en las manos de las partes, mas no del juez de juzgamiento que vería afectada su imparcialidad. En ese sentido una vez que el juez de la etapa intermedia acabe su labor, debe remitir al juez de juzgamiento el auto de enjuiciamiento para que conozca del caso y la imputación concreta que se hace al procesado, es decir se le puede remitir como expediente judicial el cuaderno de la etapa intermedia (no siendo tampoco tan relevante en la medida que la acusación se hará de forma oral en el alegato de apertura y de clausura que deben ser valorados por el juez de juzgamiento).

El llamado expediente judicial debe ser elaborado por el juez de la etapa intermedia y debe ser enviado

---

<sup>200</sup> IBIDEM.

<sup>201</sup> BINDER, Alberto. Op. Cit. Pág. 5.

<sup>202</sup> Por ello BOVINO comentó una Sentencia del Tribunal Constitucional Español señala: “Es precisamente el hecho de haber reunido el material necesario para que se celebre el juicio... y el hecho de haber estado en contacto con las fuentes de donde procede ese material lo que puede hacer nacer en el ánimo del instructor prevenciones y prejuicios respecto a la culpabilidad del encartado, quebrantándose la imparcialidad objetiva que intenta asegurar la separación entre la función instructora y la juzgadora”. Sentencia n° 145/88, del 12/7/88 (cit.) BOVINO, Alberto. “Imparcialidad de los Jueces y Causales de Recusación No Escritas en el Nuevo Código Procesal Penal de la Nación”. (en) Problemas del derecho procesal penal contemporáneo. Editores del Puerto. Buenos aires. 1998. Pág. 56.

a las partes para que hagan uso de su derecho según el artículo 137.1 correspondiente al pedido de incorporación o exclusión de alguna actuación que obre en el expediente judicial, tramitándose esto como un incidente de la etapa intermedia.

Esto no implica una vulneración de la legalidad ni una aplicación difusa de la Constitución, como se podría pensar a raíz de una polémica suscitada por la aplicación de las llamadas buenas prácticas en el proceso de implementación del Código Procesal Penal<sup>203 204</sup>.

Entonces lo que se hace no es un control difuso de la Constitución sobre la normativa procesal penal (pues este tiene sus propios postulados y reglas), sino hacer lo que es función del juez: interpretar de la mejor forma el Código Procesal Penal y no puede ser de otra manera que respetando la Constitución y orientando hacia ella la interpretación que se haga.

Por ello si la normativa entiende que se debe de enviar los actuados al juez de juzgamiento, este envío no puede afectar la imparcialidad judicial que está reconocida en la constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos, por ello la mejor forma de interpretar esta norma es enviando el cuaderno de etapa intermedia al juez de juzgamiento y el cuaderno con las piezas de convicción a las partes quienes tendrán que litigar y hacer llegar al juez información de calidad para que él pueda resolver<sup>205</sup>.

Lamentablemente el Pleno adoptó por mayoría la segunda postura que enuncia lo siguiente: “La remisión de los actuados al juez de juzgamiento, al término de la etapa intermedia, no afecta su imparcialidad”. Siempre que sea para las partes y el auxiliar se haga cargo de él, lo cual como hemos visto no es cierto.

## VII. CONCLUSIONES

1. De lo analizado hemos visto cómo las prácticas acusatorias se van imponiendo en el criterio de los jueces, toda vez que es necesario para poder llevar de forma exitosa este proceso de reforma que en esta etapa se encuentra en plena lucha de prácticas (inquisitivas vs. acusatorias), a pesar de ello existen aún rasgos inquisitivos pero que auguramos van a desaparecer por el bien del proceso penal acusatorio peruano, al menos esa es la tendencia que reflejó el Pleno Regional sobre el NCPP de Arequipa.
2. La reforma procesal penal privilegia la oralidad como herramienta para desarrollar las audiencias, al ser la mejor forma de brindar información de alta calidad al juez y a las partes, propia de una metodología acusatoria, por ello el uso de actas puede ser fácilmente reemplazado por audio o videos, no siendo necesario que todo esté objetivado en actas.
3. La audiencia representa el escenario básico y fundamental de toma de decisiones en un sistema acusatorio de tendencia adversarial, el decidir una apelación sin respetar la contradicción, publicidad e inmediación propia de la audiencia implica renunciar al nuevo sistema procesal penal por uno inquisitivo, por ello se hace necesario que en la apelación de autos se realice una audiencia, si no, no se debe admitir este recurso.
4. Los defectos formales de la acusación son aquellos vicios que vayan en contra de los requisitos establecidos en los artículos 135° y 349° del Nuevo Código Procesal Penal. Estos defectos, según lo establecido en el artículo 352.2 del mismo código, son pasibles de observación durante la audiencia

<sup>203</sup> SALAS ARENAS, Jorge Luis. Bases para la Determinación Racional de los límites del Procesamiento Penal Acusatorio. (en línea) <http://www.incipp.org.pe/index.php?mod=documento&com=documento-busqueda&secID=1&search=salas&catID=8>. “Se ha producido en los Distritos Judiciales del Perú en que se halla vigente el nuevo modelo procesal penal, una divergencia entre lo que normativamente se halla previsto respecto de varias instituciones procesales y la conducta judicial que materializa dichas instituciones, bajo el sistema de las denominadas “buenas prácticas” que monitorean diversos organismos especializados de carácter internacional”.

<sup>204</sup> BURGOS MARIÑO, Víctor. Op. Cit.. “Algún sector contrareformista ha señalado que el proceso penal obedece únicamente a la ley ordinaria, y no a la constitución, y, que para aplicar la norma constitucional de forma directa, el código procesal tiene que autorizarlo expresamente. Ello no es cierto, pues las normas constitucionales que regulan derechos constitucionales tienen valor directo y no son normas que requieran para su valor, de una norma programática o de desarrollo”.

<sup>205</sup> En sentido similar dice Víctor REYES: “el juez de la investigación preparatoria después de de realizar la audiencia preliminar de control de la acusación fiscal, dicta el auto de enjuiciamiento y debe remitir este instrumental y el registro de la audiencia respectiva, es decir al grabación de audio o video, al juzgado penal que llevara a cabo el juicio, y esto debe servir para formar el expediente judicial... de esta manera se garantiza que el juez al recibir los actuados no tenga contacto con las actuaciones efectuadas en la etapa de investigación preparatoria, ya que las pruebas personales y documentales admitidas, se actuaran en el juicio oral, debiendo las partes procesales que ofrecieron la prueba, coadyuvar para la concurrencia del testigo y el perito”. REYES ALVARADO, Víctor Raúl. Op. Cit. Pág. 183.

preliminar, y de ser el caso acarrear la suspensión de dicha audiencia, con la exigencia de subsanar el o los defectos identificados; sin embargo, de apreciarse defectos sustanciales en la acusación, procede el sobreseimiento de la causa.

5. El hecho que el expediente se forme en el despacho judicial hace que se ponga en riesgo la imparcialidad judicial, pues está latente la posibilidad que el juez lea lo actuado, es verdad que esto depende de cada juez y su compromiso con las prácticas acusatorias, pero mientras estemos en esta época de lucha de prácticas, dejar el expediente en el juzgado implica un riesgo demasiado grande que configura una vulneración a la imparcialidad objetiva, pues esta no se debe de verificar en el caso concreto sino que basta que el Estado no asegure la manutención de la imparcialidad para que se configure.

## BIBLIOGRAFIA.

- Binder, Alberto.** La Fuerza de la Inquisición y la Debilidad de la Republica. Pág. 18 (en línea) [http://www.inecip.org/index.php?option=com\\_docman&task=doc\\_download&gid=100&Itemid=14&mode=view](http://www.inecip.org/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=100&Itemid=14&mode=view)
- Blanco Suarez, Rafael.** y otros. Litigación Estratégica en el Nuevo Proceso Penal. Lexis Nexis. Santiago de Chile. 2005.
- Bovino, Alberto.** “El Principio Acusatorio como Garantía de Imparcialidad en el Proceso de Reforma de la Administración de Justicia Penal”. (en) Pleno Jurisdiccional sobre Código Procesal Penal: Material de lectura. Centro de Investigaciones Judiciales. Lima. 2009.
- Bovino, Alberto.** “Imparcialidad de los Jueces y Causales de Recusación No Escritas en el Nuevo Código Procesal Penal de la Nación”. (en) Problemas del derecho procesal penal contemporáneo. Editores del Puerto. Buenos aires. 1998.
- Burgos Mariño, Víctor.** Las Nuevas y Buenas Prácticas en el Proceso de Implementación del NCPP y la Contrarreforma. (en línea) <http://www.incipp.org.pe/index.php?mod=documento&com=documento&id=86>
- Burgos Mariños, Víctor.** Tribunal Constitucional Respalda Buenas Prácticas de la Corte de Justicia de La Libertad y Acuerdo Plenario de Arequipa sobre la Oralidad. Inédito.
- Clariá Olmedo J. A.** Principio de Congruencia en el Proceso penal . En XI Congreso Nacional de Derecho Procesal, La Plata , 1981 . Tomo I.
- Doig Díaz Yolanda.** El Recurso de Apelación contra Sentencias (en) el Nuevo Proceso Penal: Estudios Fundamentales. Palestra. Lima 2005.
- Duce, Mauricio.** Audiencias Orales en las Etapas Previas al Juicio: La Experiencia del Circuito Judicial de Guanacaste en Costa Rica. (en) <http://www.cejamericas.org/doc/eventos/RSolorzano-CostaRica-InformeVisitaGuanacaste.pdf>
- Duce, Mauricio.** “La Oralización de los Procesos en las Etapas Previas al Juicio: ¿Qué es una Audiencia?”. Modulo 1 del Curso Intermedio del Programa Interamericano de Formación de Capacitadores para la Reforma Procesal Penal 2008, Organizado por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas.
- Franco de la Cuba, Carlos Miguel.** “La Interpretación de la Norma Jurídica”. En Revista Derecho y Cambio Social. <http://www.derechoycambiosocial.com/revista002/CARATULA.htm>
- García Toma, Víctor.** “El Tribunal Constitucional, la Interpretación Constitucional y las Sentencias Manipulativas Interpretativas (Normativas). Gaceta del Tribunal Constitucional. [http://gaceta.tc.gob.pe/img\\_upload/2b3dbc748b6bb62663f59958d6207845/LA\\_INTERPRETACION\\_CONSTITUCIONAL\\_3.pdf](http://gaceta.tc.gob.pe/img_upload/2b3dbc748b6bb62663f59958d6207845/LA_INTERPRETACION_CONSTITUCIONAL_3.pdf).
- Gimeno Sendra, Vicente.** Derecho Procesal Penal. 2ª Edición. 2007. Editorial Colex.
- Maier, Julio.** Derecho Procesal Penal: Fundamentos. T.I. Editores del Puerto. Buenos Aires. 1996.
- Mixán Mass, Florencio.** “Necesaria Correlación entre Teoría y Práctica en el Quehacer Procesal”. AA. VV. Como Prepararse para el Nuevo Código Procesal Penal. BLG ediciones. Trujillo. 2006.
- Reyes Alvarado, Víctor Raúl.** “Formación del Expediente Judicial y Cuadernos en el Nuevo Modelo de Proceso Penal”. (En) Actualidad Jurídica. Lima. N° 179. Octubre de 2008.
- San Martín Castro, Cesar.** Derechos Procesal Penal. Vol. I. GRIJLEY. Lima. 2003.
- Salas Arenas, Jorge Luis.** Bases para la Determinación Racional de los límites del Procesamiento Penal Acusatorio. (en línea) <http://www.incipp.org.pe/index.php?mod=documento&com=documento-Busqueda&secID=1&search=salas&catID=8>.