

EL RETIRO DE LA ACUSACIÓN EN LA ETAPA INTERMEDIA: ¿MALA PRÁCTICA FISCAL O AFECTACIÓN AL DEBIDO PROCESO?

Por Ángel Gómez Vargas**

I. INTRODUCCIÓN

En nuestro país se viene implementando progresivamente¹ el Código Procesal Penal de 2004 –en adelante, CPP–; habiendo entrado en vigencia en todos los distritos judiciales², a excepción de Lima y Callao, donde según el calendario oficial de aplicación progresiva, modificado por el Decreto Supremo N° 002-2016-JUS, entrará en vigencia para todos los delitos³; el 1 de mayo de 2016 en Ventanilla; el 1 de julio de 2017 en el Callao, Lima Este y Lima Norte; y el 1 de julio de 2018 en Lima Sur y Lima.

La implementación progresiva del CPP ha sido una medida acertada para la consolidación del nuevo modelo procesal penal, porque ha permitido corregir algunos problemas iniciales propios de toda reforma judicial. Problemas que a mi juicio tienen su origen principal en los diferentes criterios de interpretación de los operadores jurídicos y, en otros casos, debido a los errores materiales⁴, contradicciones⁵ y vacíos⁶ de la norma procesal penal vigente.

* Página web: <http://angelgomez3.wix.com/derecho>.

* Juez titular del Primer Juzgado de la Investigación Preparatoria de Flagrancia, Omisión de Asistencia Familiar, y Conducción en Estado de Ebriedad o Drogadicción de la Corte Superior de Justicia de Huánuco. Exjuez supernumerario del Juzgado Penal Colegiado Transitorio Supraprovincial de Huánuco. Exjuez supernumerario del Tercer Juzgado Penal Unipersonal de Huánuco. Exjuez supernumerario del Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria de Huánuco. Con estudios de especialización en: "Procesal Penal y Garantismo" por la Universidad de Girona de España, "Diplomatura Internacional de Formación Superior Especializada en el Nuevo Modelo Procesal Penal" por la Academia de la Magistratura – AMAG, "Taller Especializado en Litigación Oral" por ABA RULA OF LAW INITIATIVE, y "Argumentación Jurídica" por el Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional.

¹ García Caveró respecto a la implementación progresiva refiere que: "Por el cambio radical que supone este nuevo cuerpo legal, se ha seguido un proceso gradual de implementación, siguiendo la experiencia alcanzada en otros países de nuestro entorno jurídico-cultural. Con ello se pretende que el paso al nuevo sistema procesal penal no sea tan traumático que genere finalmente el fracaso de la reforma pretendida, pues no se trata solamente de cambiar un Código, sino de cambiar una forma de comprender y vivir el proceso penal. De alguna manera, no se quiere volver a sufrir la frustración que tuvo lugar con la reforma del Código Procesal Penal de 1991"; AMBOS Kay, GARCÍA CAVERO Percy; REYNA ALFARO Luis Miguel; ZAMBRANO PASQUEL Alfonso; ZAVALETA ROGRIGUEZ Roger E; AVILA HERRERA José; VALDEZ ROCA Raúl; VÉLEZ RODRIGUEZ Enrique y PIZARRO GUERRERO Miguel. *El Derecho Procesal Penal frente a los retos del Nuevo Código Procesal Penal*. ARA Editores, Lima, 2009, p. 17.

² Huaura (2006), La Libertad (2007), Tacna, Moquegua, Arequipa (2008), Tumbes, Piura, Lambayeque, Cusco, Puno, Madre de Dios, Ica, Cañete (2009), Cajamarca, Amazonas, San Martín (2010), Santa, Pasco, Ancash, Loreto, Ucayali, Huánuco (2012), Apurímac, Huancavelica, Ayacucho, Junín (2015), y Ventanilla (2016).

³ El CPP se encuentra vigente a nivel nacional para los delitos de corrupción de funcionarios públicos, desde el 1 de abril de 2011 por Ley N° 29574.

⁴ El artículo 287.1 CPP modificado por Ley 30076, remite a un artículo (167) que no corresponde a las restricciones de la comparecencia.

⁵ El artículo 345.3 CPP señala que la resolución de sobreseimiento se emitirá en el plazo de tres días; sin embargo, el artículo 346.1 CPP establece que el juez se pronunciará en el plazo de quince días. El artículo 11.1 CPP prevé que si el perjudicado por el delito se apersona al proceso y se constituye en actor civil, cesa definitivamente –según el Acuerdo Plenario N° 5-2011/CJ-116, fundamento jurídico 7– la legitimación del Ministerio Público para intervenir en el objeto civil del proceso; sin embargo, el artículo 349.1.g) CPP exige que la acusación contenga una pretensión civil, para que el actor civil conforme al artículo 350.1.º.g) CPP la objete o reclame su incremento y ofrezca medios de prueba para su actuación en juicio oral. El artículo 268.1, b) CPP establece que el juez a solicitud del Ministerio Público podrá dictar mandato de prisión preventiva, si la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad. Sin embargo, el artículo 485.2 CPP

En efecto, si bien nuestro Código adjetivo presenta algunas imperfecciones propias de su creación humana, sin embargo, considero que la principal problemática que viene afrontando el proceso de implementación en nuestro país es la falta de unificación de criterios de los operadores jurídicos respecto a un mismo instituto procesal; razón por la cual en la comunidad jurídica se ha asentado la idea de que existe un criterio de interpretación⁷ del norte, del centro y del sur⁸.

Si bien la Corte Suprema ha dictado acuerdos plenarios para unificar los diversos criterios de interpretación que se presentan en los distritos judiciales donde se encuentra vigente el nuevo modelo procesal penal, sin embargo, algunos operadores jurídicos mantienen su criterio de interpretación, negando la fuerza vinculante de los acuerdos plenarios⁹.

Un caso práctico de lo expuesto precedentemente es la admisión del proceso especial de terminación anticipada en la etapa intermedia por razones de economía, celeridad y elasticidad procesal¹⁰, no obstante que existe prohibición legal (Artículo 468.1 CPP¹¹) y prohibición doctrinal (Acuerdo Plenario N° 5-2009/CJ-116 del 13 de noviembre de 2009).

Otro caso práctico de la problemática planteada es respecto al retiro de la acusación en la etapa intermedia; requerimiento fiscal que es admitido por algunos jueces de la investigación preparatoria, bajo el argumento de que el desistimiento de la pretensión penal (retiro de acusación) sería una facultad del fiscal en aplicación del principio acusatorio, y que este requerimiento vincularía al juez de la investigación preparatoria, porque –en aplicación del principio acusatorio– no tendría la competencia funcional de obligar al fiscal a formular acusación.

faculta al juez de paz letrado de oficio ordenar la prisión preventiva en un proceso por faltas, cuya pena es de prestación de servicios comunitarios y/o días multa.

⁶ El artículo 334.2 CPP faculta al fiscal fijar un plazo distinto para las diligencias preliminares en casos complejos, empero no establece cuál es el plazo límite temporal; habiendo establecido la Corte Suprema un plazo de 8 meses en la Casación N° 144-2012-Áncash. Así también, en el CPP no se encuentra regulado las técnicas de litigación oral pero se utilizan en el proceso, especialmente en la etapa de juzgamiento.

⁷ Respecto a los criterios de interpretación, Arana Angulo señala: "Luego de los impactos producidos por el cambio, en las regiones donde aquel ocurrió primero, y luego de que los ciudadanos de tales zonas, pagaran un alto precio, a partir de las interpretaciones normativas realizadas por quienes, por esa vía pretendieron instaurar un modelo que imaginaban perfecto, se aprecia que se viene fortaleciendo, en los últimos tiempos, la idea de que nuestro modelo posee una identidad propia o un singular sentido acusatorio y, en todo caso, rasgos o tendencias hacia lo adversarial (...); ANGULO ARANA, Pedro. *El caso penal, base de la litigación en el juicio oral*. Gaceta jurídica, Lima, 2014, p. 13.

⁸ En ese sentido, Salinas Siccha refiere: "pese que se viene aplicando el mismo Código Procesal Penal, existe una marcada forma de hacer proceso penal en el norte y otra diferente en el sur del país"; SALINAS SICCHA, Ramiro. El modelo acusatorio recogido y desarrollado en el Código Procesal Penal de 2004". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 61, Gaceta Jurídica, Lima, julio de 2014, p. 255.

⁹ Taboada Pilco considera que la interpretación contenida en los acuerdos plenarios penales emitidos anualmente por las Salas de la Corte Suprema de Justicia, tendría la fuerza jurídica de doctrina, por tanto su fuerza sería persuasiva e ilustrativa pero no vinculante u obligatoria para la judicatura nacional, en la medida que no serían ejecutorias supremas, como lo exige los artículos 22° y 116° de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Léase resolución recaída en el Exp. N° 3356-2011-43, fundamento jurídico 1.8. Disponible en: <www.cedpe.com/centro_info/archivos/juris/doc08.pdf>. Anteriormente señaló que, en rigor, el pleno no es más que una reunión oficial de magistrados con fines académicos en la que discuten cuestiones penales y procesales controvertidas, pero que no tiene sus acuerdos el valor de jurisprudencia al no ejercer ninguno de ellos en ese momento función jurisdiccional, entendido en su acepción elemental de resolver un conflicto jurídico penal real con 'personas de carne y hueso', aplicando el derecho al hecho punible, como instancia máxima y definitiva vía la interposición de los recursos legales que permitan su conocimiento y decisión (...). TABOADA PILCO, Giammpol. "Análisis del Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116 sobre la suspensión de la prescripción en el nuevo Código procesal penal". En AEquITAS – Revista jurídica de la Corte Superior de Justicia de Piura. Año III N° 5, enero 2012, pp. 89-111.

¹⁰ Exp. N° 3356-2011-43. Tercer Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de Trujillo.

¹¹ Los procesos podrán terminar anticipadamente hasta antes de formularse acusación fiscal.

Criterio de interpretación que no comparto por los fundamentos que serán expuestos en el presente trabajo, en el que determinaremos si dicho procedimiento (retiro de acusación en la etapa intermedia), es una mala práctica fiscal o es una afectación al debido proceso.

II. Consideraciones preliminares

Antes de analizar la resolución transcrita líneas arriba, considero pertinente citar conceptos de la etapa intermedia y de la acusación fiscal, así como exponer algunas problemáticas que se presentan en la audiencia de control preliminar por defectos formales de la acusación, que luego –ante la observación de la defensa o de oficio por el juez de la investigación preparatoria– motivan la presentación de requerimientos fiscales que no se encuentran regulados en la etapa intermedia, como el retiro de la acusación y/o desistimiento de la acusación.

1. La etapa intermedia

Según Neyra Flores, “la etapa intermedia en el NCPP aparece como una etapa autónoma, bien delimitada y con funciones definidas, dejándose de lado aquella etapa incierta y confusa que ni siquiera se preveía en Código de Procedimientos Penales de 1940 y que la doctrina reconocía como etapa intermedia”¹².

Para Rosas Yataco: “La etapa intermedia, como su nombre lo indica, es una etapa procedimental, situada entre la instrucción (hoy investigación preparatoria) y el juicio oral (hoy juzgamiento), cuya función esencial radica en determinar si concurren o no los presupuestos para la apertura del Juzgamiento o juicio oral. Es como una especie de saneamiento y evaluación de todo el material probatorio reunido en la etapa de investigación preparatoria o postulatoria”¹³.

Sánchez Velarde, respecto a la naturaleza jurídica de la etapa intermedia señala lo siguiente: “la fase intermedia constituye una fase ya reconocida por nuestra doctrina y el derecho comparado, que aparece expresamente en el nuevo proceso penal y que constituye el espacio procesal adecuado dirigido por el órgano jurisdiccional –juez de la investigación preparatoria– para preparar el paso a la siguiente fase de juzgamiento o tomar la decisión de archivar el proceso o también para plantear algunas incidencias, que es el caso de las excepciones –si no hubieran sido deducidas antes– o realizar algunas diligencias como puede ser la prueba anticipada”¹⁴.

En esa línea de pensamiento podemos afirmar que en el nuevo modelo procesal penal –a diferencia del antiguo–, la etapa intermedia se encuentra debidamente regulada. Se inicia con la disposición fiscal de conclusión de la investigación preparatoria y, concluye con el auto de enjuiciamiento o auto de sobreseimiento dictado por el juez de la investigación preparatoria.

La regulación de esta etapa como una fase autónoma y debidamente estructurada, ha sido una de las innovaciones más importantes del nuevo modelo procesal penal; porque permite sanear el proceso a través del control de la acusación por la defensa del acusado, actor civil, tercero civilmente responsable o de oficio por el juez de la investigación preparatoria. Evitando con ello –según Julio Maier¹⁵– la realización de juicios mal provocados por acusaciones con defectos formales (control formal) o insuficientemente fundada (control material).

¹² NEYRA FLORES, José Antonio. *Manual del Nuevo Código Procesal Penal y de Litigación Oral*. Idemsa, Lima, 2010, p. 300.

¹³ ROSAS YATACO, Jorge. *Manual de Derecho Procesal Penal: Doctrina, Legislación, Jurisprudencia, Modelos Procesales*. Jurista Editores, Lima, mayo 2009, p. 571.

¹⁴ SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *El Nuevo Proceso Penal*. Idemsa, Lima, 2009, p. 157.

¹⁵ Citado por GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. RABANAL PALACIOS, William. CASTRO TRIGOSO, Hamilton. *El Código Procesal Penal: Comentarios Descriptivos, explicativos y críticos*. Jurista Editores, Lima, 2010, p. 687.

Por ello, Alberto Binder afirma que: “esta fase intermedia se funda en la idea de que los juicios deben ser preparados convenientemente y se debe llegar a ellos luego de un actividad responsable (...). Así como la publicidad implica una garantía en la estructuración del proceso penal, también tiene un costo: por más que la persona sea absuelta y se compruebe su absoluta inocencia, el solo sometimiento a juicio siempre habrá significado una cuota considerable de sufrimiento, gastos y aun de descrito público. Por tal razón, un proceso correctamente estructurado tiene que garantizar, también, que la decisión de someter a juicio al imputado no sea apresurada, superficial o arbitraria (...)”¹⁶.

Afirmación que se justifica, porque a partir de la vigencia del nuevo modelo procesal penal, el fiscal no puede actuar en forma apresurada o superficial, menos arbitrariamente. La actuación del fiscal tiene que ser objetiva, diligente y responsable¹⁷ desde que toma conocimiento de la noticia criminal, para lo cual, debe trabajar desde la fase inicial con una estrategia de investigación –o como en Colombia se dice, un planteamiento metodológico– que le oriente en sus indagaciones¹⁸, y concluido la investigación preparatoria requerir el sobreseimiento o acusación debidamente fundamentado.

Sin embargo, en la práctica judicial se observa que algunas acusaciones no cumplen los presupuestos que exige la normatividad procesal penal vigente (artículo 349 del CPP); pues en muchos casos presentan defectos formales y sustanciales que impiden pasar a la siguiente etapa del proceso. Prueba de ello es que ante la observación formal de la acusación por la defensa del acusado o de oficio por el juez de la investigación preparatoria, algunos fiscales retiran su acusación y la sustituyen por un requerimiento de sobreseimiento¹⁹.

Es decir, recién el fiscal –luego de las observaciones formales realizadas por la defensa o de oficio por el juez de la investigación preparatoria– advierte que no tiene caso para pasar a juicio oral por la imposibilidad de construir una imputación necesaria²⁰; entonces como no puede subsanar la observación formal respecto a la imputación fáctica, retira su acusación y la sustituye por un requerimiento de sobreseimiento. Solicitando al juzgado amparar su pedido y correr traslado a los demás sujetos procesales, sin tener en cuenta que dicho procedimiento no tiene base legal en la etapa intermedia²¹ y, que el estado del proceso no es la de presentar un nuevo requerimiento fiscal sino la de subsanar las omisiones formales.

Actuación funcional que no resulta acorde con la actuación diligente y responsable del fiscal en el nuevo modelo procesal penal²², porque incrementa innecesariamente su carga procesal y la de los

¹⁶ BINDER, Alberto M. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. 2ª edición actualizada y aumentada. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 245.

¹⁷ Conforme a sus deberes establecidos en su Código de Ética del Ministerio Público aprobado por Resolución de Junta de Fiscales Supremos N° 018-2011-MP-FN-JFS del 18 de marzo de 2011

¹⁸ GACETA JURIDICA. *Instrucción e Investigación Preparatoria. Lo nuevo del Código Procesal Penal de 2004 sobre la etapa de la investigación del delito*. Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 73.

¹⁹ Un caso particular se presentó en la ciudad de Huánuco, en el Exp. N° 02240-2011-22-1201-JR-JE-01, donde la fiscal provincial Luz Mercedes Sánchez Figueroa –luego de formular acusación y que ésta fuera devuelta hasta en tres oportunidades por presentar defectos formales en la imputación fáctica– presentó un nuevo requerimiento mixto (sobreseimiento y acusación), solicitando al juzgado declarar fundada el retiro de la acusación por el delito de falsificación de documentos y sustituirla por el requerimiento de sobreseimiento. Es decir, pretendía que el juez de garantías desconozca todo lo actuado respecto al primer requerimiento acusatorio (presentación de la acusación, traslado a los demás sujetos procesales, observaciones formales de la defensa, devolución de la acusación a la fiscalía (...)), y como si recién estariamos iniciando la fase intermedia, pretendía que se admita un nuevo requerimiento mixto, corriendo traslado a los demás sujetos procesales por el plazo de diez días.

²⁰ Caso citado líneas arriba (Exp. N° 02240-2011-22-1201-JR-JE-01 – Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria de Huánuco).

²¹ El retiro de la acusación se encuentra regulado en la etapa de juzgamiento y requiere como presupuesto para su admisión que los medios de prueba actuados en juicio hayan debilitado los cargos formulados contra el acusado (artículo 387.4 CPP).

²² Respecto a la actuación del fiscal en el nuevo modelo procesal penal, léase: GÓMEZ VARGAS, ÁNGEL. “La predictibilidad de las resoluciones judiciales, el plazo razonable y la actuación fiscal en el nuevo modelo

demás sujetos procesales (abogados y jueces). Pero sobre todo, esta incongruente actuación fiscal – a mi juicio– deslegitima el nuevo modelo procesal penal ante la sociedad, porque el agraviado que no tiene conocimientos de derecho, no va entender el retiro de la acusación como un error funcional del fiscal por su inexperiencia o falta de preparación académica, sino como un acto indebido.

En tal sentido, a fin de superar esta problemática que incide en el incremento de la carga procesal y en la deslegitimación del nuevo modelo procesal penal ante la sociedad; considero que todos los sujetos procesales (especialmente el fiscal por ser el encargado de dirigir la investigación preparatoria), deben cumplir su rol eficientemente. El fiscal presentando la acusación debidamente fundamentada, y solo cuando los medios de prueba aportados le permitan probar su acusación²³. La defensa del imputado, observar la acusación si presenta defectos formales o sustanciales²⁴.

Y si la defensa del acusado no realiza ninguna observación formal o sustancial dentro del plazo de ley²⁵, le corresponde de oficio al juez de la investigación preparatoria realizar el control de la acusación fiscal, a fin de verificar la concurrencia de los presupuestos legales que autorizan la acusación. En caso advierta que la acusación presenta defectos formales, tiene la facultad de devolver la acusación; y si los defectos son sustanciales, debe sobreseer de oficio el proceso, cuando: a) el hecho objeto de la causa no se realizó o no puede atribuírsele al imputado, b) el hecho imputado no es típico o concurre una causa de justificación, de inculpabilidad o de no punibilidad; c) la acción penal se ha extinguido; y d) no exista razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y no haya elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado²⁶.

Además, la etapa intermedia es importante porque permite el control de los medios de prueba ofrecidos por los sujetos procesales, admitiéndose solo los que sean pertinentes²⁷, conducentes²⁸ y

procesal: A propósito de la Casación N° 144-2012-Áncash". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 61, Gaceta Jurídica, Lima, julio de 2014, pp. 34-42.

²³ Al respecto Frank Almanza señala: "El sistema acusatorio, por su condición netamente adversarial, impone una obligación más fuerte al fiscal, en la medida que le exige que sea más responsable y entienda que cuando decide acusar, es porque sabe cómo probar esa acusación y que será a través de los elementos que aportará y que se convertirán en pruebas en el juicio que podrá tener éxito. Nadie le exige a un fiscal que acuse, pero si lo hace, debe poder sostener probatoriamente esa acusación y para ello será vital que haya elaborado con total rigurosidad la teoría del caso"; ALMANZA ALTAMIRANO, Frank Robert. *Técnicas de Litigación Oral y Argumentación en Juicio*. ARA Editores, Lima, 2015, p. 42.

²⁴ Artículo 350.1 del CPP.

²⁵ Al respecto, la Corte Suprema en la Casación N° 53-2010-Piura ha establecido que: "(...), la norma señala de manera expresa que los demás sujetos procesales –entendiendo por ello a todos los intervinientes con excepción del fiscal quien es que justamente plantea la tesis acusatoria– tienen un plazo perentorio de diez días para formular las observaciones previstas en los acápite del a) hasta el h) del numeral uno; (...), asimismo, el artículo trescientos cincuenta y uno regula el desarrollo de la Audiencia preliminar –de control de acusación–, estadio en el que se debatirá, en virtud a los principios de oralidad y contradicción, sobre la procedencia o admisibilidad de cada una de las cuestiones planteadas y la pertinencia de la prueba ofrecida, debiéndose entender que dichas observaciones deben ser formuladas en forma escrita dentro del plazo mencionado –diez días–, a fin que los puntos allí consignados sean los que deban ser debatidos por las partes y resueltos por el Juez de la investigación preparatoria en la audiencia preliminar" (fundamento jurídico 3).

²⁶ Artículo 344.2 del CPP.

²⁷ "Es la relación lógica entre el medio y el hecho por probar. En consecuencia, prueba pertinente es aquella que de alguna manera hace referencia al hecho que constituye objeto del proceso. Prueba impertinente es la que evidentemente no tiene vinculación alguna con el objeto del proceso, en razón de no poder inferirse de la misma ninguna referencia directa ni indirecta con el mismo o con un objeto accesorio o incidental que sea menester resolver para decidir sobre el principal"; TALAVERA ELGUERA, Pablo. *La prueba en el Nuevo Proceso Penal. Manual del Derecho Probatorio y de la Valoración de las Pruebas*. Academia de la Magistratura - AMAGE, Lima, 2009, p. 54.

²⁸ "La conducencia es una cuestión de derecho, porque se trata de determinar si el medio utilizado, presentado o solicitado es legalmente apto para probar el hecho. La prueba inconducente es rechazada *in limine* en la mayoría de los códigos"; TALAVERA ELGUERA, Pablo. Ob. cit., p. 57.

útiles²⁹ para su actuación en el juicio oral; procedimiento que garantiza la celeridad del juzgamiento porque evita la actuación de medios de prueba sobreabundantes, impertinentes o ilícitas³⁰.

Así también, en esta etapa los sujetos procesales pueden proponer convenciones probatorias³¹ sobre hechos probados y acuerdos sobre determinado medio de prueba que no requiere actuación en el plenario; lo que permitiría resolver con celeridad la situación jurídica del acusado, porque en el juicio oral solo se debatirían los hechos y medios de prueba controvertidos por las partes. Sin embargo, esta finalidad de la etapa intermedia no se cumple en la práctica –no obstante que en el proceso penal no existe cuestionamiento de la defensa respecto a un determinado hecho o medio de prueba³²–, porque los sujetos procesales (fiscal, acusado y su defensa) no proponen convenciones probatorias.

Las razones que exponen como justificación los sujetos procesales son diversas, en algunos casos válidos como la del fiscal sustentada en la negativa de la defensa del acusado. De los defensores públicos porque participan en la audiencia preliminar como defensa necesaria (que en nuestra opinión no les impide celebrar acuerdos sobre convenciones probatorias, porque en su condición de abogados se encuentran a cargo de la estrategia de defensa). Sin embargo, lo que no resulta justificado es la actuación de algunos abogados particulares, quienes no aceptan las convenciones probatorias en la creencia errónea que sería perjudicial para su teoría del caso, o porque económicamente les conviene la prolongación del proceso³³.

2. La acusación fiscal

Para Salas Beteta, "la acusación es el acto por el cual el Ministerio Público ejercita la acción penal pública, cuando cuente con suficientes elementos de convicción que acrediten la existencia del hecho punible y vinculen la conducta del imputado con su comisión, el hecho sea típico, no exista causa de justificación, de inculpabilidad o de no punibilidad y la acción penal no haya prescrito"³⁴.

²⁹ "La utilidad puede ser definida como aquella cualidad del medio de prueba que hace que éste sea adecuado para probar un hecho. La prueba, además de ser pertinente, debe ser útil. Un ejemplo de prueba inútil es el siguiente: en el caso de proponerse una prueba testifical para averiguar si el agua de un determinado pozo es o no potable. Los criterios que determinan la potabilidad del agua constituyen máximas de experiencia de carácter técnico y sólo un perito en la materia podrá aportarlas con la fiabilidad necesaria"; TALAVERA ELGUERA, Pablo. Ob. cit., p. 57.

³⁰ Manuel Miranda entiende a la prueba ilícita como: "equivalente a prueba obtenida y/o producida con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales (por ejemplo, el derecho a la inviolabilidad domiciliaria, al secreto de las comunicaciones, a la intimidad personal....), -incluyendo tanto a los derechos fundamentales materiales como a los procesales-, mientras que el término de prueba prohibida se reserva para identificar los efectos procesales que derivan de la ilicitud probatoria de dicha prueba. Es cierto que la prueba ilícita no es el único supuesto de prueba prohibida pero, también, hay que destacar que toda prueba ilícita, en cuanto obtenida con violación de derechos fundamentales, es una prueba prohibida, La prueba ilícita es, por tanto, una modalidad de prueba inconstitucional, y como tal de admisión y valoración prohibida"; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La prueba en el Proceso Penal Acusatorio (Reflexiones adaptadas al Código Procesal Peruano de 2004)*. Jurista Editores, Lima, 2012, p. 66.

³¹ Artículo 350.2 CPP.

³² Por ejemplo, en un juicio oral que participe como juez del Juzgado Penal Colegiado de la Provincia de Ambo - Corte Superior de Justicia de Huánuco, el fiscal le atribuía al acusado el delito de violación sexual de una menor de catorce años de edad. El abogado de la defensa aceptaba los hechos de la acusación, pero alegaba que su patrocinado había actuado en error de tipo invencible; sin embargo los sujetos procesales no arribaron a ninguna convención probatoria en la etapa intermedia, respecto a la relación sexual entre el acusado y la menor agraviada, la edad de la agraviada y la desfloración himeneal antigua que presentaba la menor agraviada.

³³ Esta es una de las problemáticas que aún se observa en la práctica judicial que perjudica al imputado y que repercute en la dilación de un proceso penal, pues algunos abogados de la defensa privada que pactan sus honorarios profesionales por la duración del proceso y no por el caso concreto; se niegan arribar a acuerdos con el fiscal para que el proceso concluya céleramente mediante salidas alternativas (principio de oportunidad y acuerdo reparatorio) o mecanismos de simplificación procesal (acusación directa, proceso inmediato, terminación anticipada, conclusión anticipada del juicio y colaboración eficaz).

³⁴ SALAS BETETA, Christian. *El proceso penal común*. Gaceta Jurídica, Lima 2011. p. 219

La Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N° 06-2009/CJ-116 ha establecido como doctrina legal, que:

- La acusación fiscal es un acto de postulación del Ministerio Público que promueve en régimen de monopolio en los delitos sujetos a persecución pública (artículos 159.5 de la Constitución, 1 y 92 de la Ley Orgánica del Ministerio Público –en adelante, LOMP, 219 ACPP y 1, 60 y 344.1 NCPP). Mediante la acusación la Fiscalía fundamenta y deduce la pretensión penal; esto es, la petición fundamentada dirigida al órgano jurisdiccional para que imponga una sanción penal a una persona por la comisión de un hecho punible que se afirma que ha cometido. La Fiscalía, como se sabe, en virtud del principio de legalidad u obligatoriedad, está obligada a acusar cuando las investigaciones ofrecen base suficiente sobre la comisión del hecho punible atribuido al imputado (expresamente, artículo 344.1 NCPP)³⁵.
- Como todo acto postulatorio, más aún cuando constituye la base y el límite del juicio oral, la acusación fiscal, en cuanto debe cumplir determinados requisitos subjetivos y objetivos legalmente previstos, está sujeta al control jurisdiccional, incluso de oficio, imprescindible para evitar nulidad de actuaciones³⁶.

Por su parte, el artículo 349.1 del CPP establece: “La acusación fiscal será debidamente motivada³⁷ y contendrá:

- a) Los datos que sirvan para identificar al imputado, de conformidad con lo previsto en el numeral 1 del artículo 88.
- 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;
- c) Los elementos de convicción que fundamenten el requerimiento acusatorio;
- d) La participación que se atribuye al imputado;
- e) La relación de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que concurren;
- f) El artículo de la Ley penal que tipifique el hecho, así como la cuantía de la pena que se solicite y las consecuencias accesorias;
- 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; y,
- 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.

De lo expuesto precedentemente se observa que a partir de la vigencia del nuevo modelo procesal penal, el requerimiento de acusación tiene que ser presentado debidamente fundamentado y solo cuando las pruebas aportadas por el fiscal le permitan probar su acusación. Sin embargo, en la práctica judicial se observa que algunos requerimientos presentan defectos formales que impiden pasar a la siguiente etapa; siendo uno de ellos, la falta de imputación de los hechos en forma clara y precisa.

Respecto a los hechos materia de acusación, nuestra normatividad procesal penal vigente –a fin de garantizar el derecho del imputado a ser informado de la acusación en forma “previa y detallada”³⁸–

³⁵ Fundamento 6

³⁶ Fundamento 9

³⁷ Concordante con el artículo 64.1 CPP que prevé: “El Ministerio Público formulara sus Disposiciones, Requerimientos y Conclusiones en forma motivada y la específica, de manera que se basten a sí mismos, sin remitirse a las decisiones del juez, ni a Disposiciones o Requerimientos anteriores.”

³⁸ Artículo 8.2,b) de la Convención Americana.

ha establecido que la acusación debe contener la relación clara y precisa del hecho que se atribuye al imputado, con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores.

El Tribunal Constitucional (citando la sentencia de la Corte Interamericana - Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, del 17 de noviembre de 2009) ha establecido que el ejercicio de este derecho se satisface cuando: a) Se le informa al interesado no solamente de la causa de la acusación, esto es, las acciones u omisiones que se le imputan (tiempo, lugar y circunstancias), sino también las razones que llevan al Estado a formular la imputación, los fundamentos probatorios de ésta y la caracterización legal que se da a estos; b) La información es expresa, clara, integral y suficientemente detallada para permitir que el acusado ejerza plenamente su derecho de defensa y muestre al juez su versión de los hechos. Esto quiere decir que la acusación no puede ser ambigua o genérica³⁹.

Así también, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República en el R.N. N° 956-2011-Ucayali ha establecido como precedente vinculante respecto al principio de imputación necesaria:

- (...) el texto constitucional en el artículo ciento cincuenta y nueve establece que el Ministerio Público es el titular del ejercicio de la acción penal pública y tiene el deber de la carga de la prueba, bajo el principio de la **imputación necesaria** como una manifestación del principio de legalidad y del principio de la defensa procesal (art. 2. 24 "d" y 139.14)⁴⁰.
- La imputación que se alude, supone la atribución de un hecho punible, fundado en el *factum* correspondiente, así como en la *legis* atinente y sostenido en la prueba, presupuestos que deben ser inescrupulosamente verificados por el órgano jurisdiccional que ejerciendo la facultad de control debe exigir que la labor fiscal sea cabal, que la presentación de los cargos, sea puntual y exhaustiva, que permita desarrollar juicios razonables⁴¹.
- No es suficiente la simple enunciación de los supuestos de hecho contenidos en las normas penales; estos deben tener su correlato fáctico concreto, debidamente diferenciado y limitado respecto de cada uno de los encausados, tanto más cuando se trate de delitos de infracción de deber, donde las conductas están íntimamente vinculadas al cargo que desempeñan y la función que les es confiada⁴².

Empero, no obstante a la trascendencia de la imputación necesaria para el proceso penal, en la práctica se observa que los hechos son presentados en forma genérica o imprecisa, sin tener en cuenta que: "los hechos contienen la acción y circunstancias de tiempo, modo o lugar, los instrumentos utilizados, y el resultado de la acción o acciones realizadas"⁴³. Prueba de ello, omiten describir los presupuestos objetivos del tipo penal: violencia o amenaza en el delito de robo agravado. En otros casos, si bien señalan el presupuesto objetivo (violencia) pero omiten describir las circunstancias de cómo se realizó la conducta violenta (cogoteo, arrastre del agraviado, golpe de puño, empujón, etc.).

Por la importancia de esta problemática que incide en el proceso penal por la vulneración del principio de legalidad y defensa procesal, transcribo los casos prácticos expuestos por Francisco Celis Mendoza Ayma respecto a la deficiente imputación concreta:

▪ Profesor violador

El profesor de 35 años concurre con una menor de 13 años –su alumna– a un hostel, a eso de la 6 de la tarde; el cuartelero no hace mayor observación y tan solo registra al profesor.

³⁹ STC Exp .N° 00156-2012-PHC/TC, fundamento 17.

⁴⁰ Fundamento 3. II.

⁴¹ Fundamento 3. IV.

⁴² Fundamento 3. V.

⁴³ ALMANZA ALTAMIRANO, Frank. Op. cit., p. 37.

Aproximadamente a las 12 de la noche escucha el llanto de la menor, por esa razón da cuenta a la policía y esta comunica al Ministerio Público, e intervienen la habitación donde estaba el profesor y la alumna. Se practica el examen de indemnidad sexual a la menor, arroja desfloración reciente. Se practica el examen biológico y se detecta líquido prostático y cabezas incompletas de espermatozoides en el interior de la vagina de la menor.

No existe imputación, porque no se hace referencia al hecho imputado. No existe ninguna proposición que configure o realice el elemento del tipo que supone el acceso carnal por vía vaginal, por vía anal o vía bucal.

- **Hurto en la avenida**

El patrullero número tantos, de matrícula número tantos, intervino por la calle 5 de la Av. Abancay a un vehículo a las 12 de la noche, y en su interior se encontraban 2 personas, el conductor y otra, con cizalla, con pasamontañas y dentro se encontraban instrumentos electrodomésticos: una laptop y un televisor. En ese mismo momento les informaron que a comisaría de San Andrés, concurren los agraviados, que daban cuenta de que les habían sustraído sus bienes.

No estamos ante una imputación de hurto, porque falta la realización de cada uno de los componentes del delito: sustracción y apoderamiento.

- **Tío violador**

El tío concurre a una choza en la zona alta de Arequipa, en Chivay. En esa choza estaba la menor de 12 años que pasteaba el ganado; ingresa, le baja el calzoncito a la menor para dar rienda suelta a sus bajos instintos.

¿De qué manera podría dar rienda suelta a sus bajos instintos? ¿era un voyerista contumaz? ¿que tipo de parafilia tenía? ¿se masturbó, hizo que la menor bailara desnuda? ¿él se puso a bailar? El tipo penal no dice “quién dé rienda suelta a sus bajos instintos”, dice acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal. Si esa es la proposición fáctica, de esa proposición fáctica se defenderá el imputado para generar el contradictorio procesal. Pero lo que encontramos es esa suerte de generalidades, como decir abuso sexual ¿de cuantas formas podemos interpretar que es un abuso sexual? Hay más una connotación de valoración que una descripción fáctica, y de lo que se trata es que existan hechos para que sean susceptibles de verificación o confrontación.

- **Tico asesino**

El conductor de un automóvil Tico conduce por la Av. Independencia que colinda con el coliseo Arequipa, de pronto colisiona con la parte trasera de un vehículo menor, motocicleta; el conductor de la motocicleta es lanzado y cae de cabeza, se fractura el cráneo y muere.

La imputación describe lo que estoy indicando, solamente adiciona algo más: el conductor del vehículo Tico conduce este vehículo por la avenida, y en el cruce o intersección con el coliseo Arequipa, colisiona por culpa –pudo haber dicho negligencia, impericia o imprudencia, pero se emplea el término por culpa– con la parte trasera del vehículo menor. De pronto la impresión del resultado lesivo puede alarmar, pues murió una persona y tenemos un Tico que normalmente está vinculado a ese tipo de hechos. Pero ¿qué es culpa? qué es negligencia, qué es gran velocidad, qué es falta de atención, si es que no tiene un punto de referencia específico. ¿Cuál es esa proposición fáctica que tiene que ser objeto de una formulación de proposición fáctica y luego obviamente de verificación o confrontación?

La madre del agraviado en plena audiencia de control de acusación, alza la mano y le dice al juez: “el vehículo que conducía el imputado se desplazaba cerca de 45 kilómetros por hora y el máximo de velocidad permitida en esa avenida era 30 kilómetros por hora”. Esa es la proposición fáctica: conducir un vehículo a más de 45 kilómetros no obstante que el máximo era 30 kilómetros. Entonces, eso sí es una proposición fáctica verificable o confutable y falseable que pueda generar contradictorio, porque si soy fiscal y estoy proponiendo, obviamente mi diseño de investigación, mis actos de investigación están orientados a ello, probar con una pericia física que el vehículo se desplazaba a determinada velocidad, probar con un informe de la municipalidad que el máximo de velocidad permitido en ese lugar era 30 kilómetros por hora⁴⁴.

Finalmente, es necesario precisar que las observaciones de la defensa o de oficio por el juez de la investigación preparatoria respecto a la imputación concreta, no solo se realizan por omisión de las proposiciones fácticas sino también por exceso. Me explico, en algunos casos el fiscal para cumplir el requisito de motivación, presenta la acusación con hechos irrelevantes para el proceso penal. Por ejemplo, en un caso práctico, el fiscal señalaba como hechos precedentes, las actuaciones fiscales realizadas a nivel preliminar, como el archivamiento de la denuncia de parte, la interposición del recurso de queja, y la disposición del fiscal superior que declaró fundada la queja y ordenó formalizar y continuar la investigación preparatoria.

Para cumplir este requisito no se requiere que el fiscal describa hechos intrascendentes para el proceso o repita los hechos reiteradamente, menos que cite actuaciones fiscales previas a la formalización de la investigación preparatoria. La finalidad de este requisito es que el fiscal informe en forma clara y precisa los hechos que le atribuye al acusado, para que prepare su defensa en el juicio oral; por lo que a modo de ejemplo, los hechos podrían presentarse de la siguiente forma:

<p>HECHO QUE SE LE ATRIBUYE AL ACUSADO</p> <p>Haber sustraído a la agraviada Zoila Baca del Campo, 1,300.00 soles mediante amenaza de arma de fuego; robo que no se consumó porque el acusado fue detenido por la policía cuando se daba a la fuga.</p>	<p>Circunstancias precedentes</p> <p>El día 5 de mayo de 2015, siendo aproximadamente las 8:30 de la mañana, la agraviada Zoila Baca del Campo, se constituyó a la agencia del Banco de la Nación ubicado en el Jr. 28 de Julio N° 1970 – Huánuco, con la finalidad de cobrar su remuneración mensual que percibe como profesora de la Institución Educativa “Leoncio Prado”.</p>
	<p>Circunstancias concomitantes</p> <p>En circunstancias que la agraviada se dirigía a su casa – luego de cobrar su remuneración mensual ascendente a 1,300.00 soles–, cuando se encontraba en las inmediaciones de la plaza mayor de Huánuco, fue interceptada por el acusado Wily Manos Ligeras, quien mediante amenaza de muerte con el arma de fuego que portaba, le sustrajo su cartera de cuero color negro conteniendo 1,300.00 soles.</p>
	<p>Circunstancias posteriores</p>

⁴⁴ Véase SESION 24 Diplomado NCPP - Audiencia de Control de Sobreseimiento. Disponible en: <<https://www.youtube.com/watch?v=Mjb4TTi1oe0>>.

	Luego del robo, el acusado se dio a la fuga por el jirón Dámaso Beraún, siendo intervenido por el SO3 PNP Juan Camino Seguro, quien transitaba circunstancialmente por el lugar. Al realizarse el registro personal se le incautó un arma de fuego marca Smith & Wesson color plateado, calibre 38 special, número de serie V y J 7840 modelo 5946, y una cartera de cuero color negro conteniendo 1,300.00 soles de la agraviada.
--	--

Del ejemplo citado precedentemente, podemos observar que para cumplir el requisito de la imputación concreta respecto a los hechos, no es necesario que el fiscal los presente en forma extensa, siendo suficiente que contenga en forma clara y precisa las proposiciones fácticas de los presupuestos objetivos y subjetivos del tipo penal objeto de acusación, así como el grado desarrollo del delito (tentativa o consumación).

III. Retiro de la Acusación

El retiro de la acusación se encuentra regulado en el artículo 387.4 del CPP que establece: “Si el Fiscal considera que los cargos formulados contra el acusado han sido enervados en el juicio, retirará la acusación (...)”.

El profesor San Martín Castro, respecto a este instituto procesal ha señalado que: “(...) en el caso de retiro de la acusación escrita, el fiscal puede hacerlo cuando, como consecuencia de la actividad probatoria del plenario resulta evidente para el Ministerio Público que el acusado no ha intervenido en el delito objeto de proceso o que éste no ocurrió; la duda no puede fundar el retiro de la acusación, sino el convencimiento de la inculpabilidad del acusado”⁴⁵.

De lo expuesto precedentemente, se colige que la facultad del fiscal de retirar la acusación contra el imputado, se encuentra regulada para el juicio oral y no para la etapa intermedia. Además requiere como presupuesto que se hayan actuado todos los medios de prueba en el juzgamiento, y que estos, hayan debilitado –más allá de toda duda razonable– los cargos formulados contra el acusado.

Por ello, Mixán Mass señala: “el retiro de la acusación escrita tiene lugar cuando deviene imposible jurídicamente para el Fiscal formular acusación oral, porque las nuevas pruebas⁴⁶ actuadas en audiencia refutan de modo contundente y convincente la responsabilidad atribuida al acusado en la acusación escrita”⁴⁷.

Debiendo precisar que, el requerimiento de retiro de acusación por sí no vincula al juez de juzgamiento, pues este tiene la facultad de dictar auto dando por retirada la acusación y sobreseer definitivamente la causa, o en caso de discrepar del requerimiento fiscal, elevar los autos al fiscal superior para que en el plazo de tres días decida aprobar o desaprobado la consulta.

1. Retiro de la acusación en la etapa intermedia

⁴⁵ SAN MARTIN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Tomo I, 2ª Edición actualizada y aumentada, Grijley. Lima 2006. p. 704.

⁴⁶ Respecto a las nuevas pruebas, el profesor San Martín Castro ha precisado que: “(...), desde nuestra concepción acusatoria del acto de prueba, lo ‘nuevo’ debe entenderse como todo elemento de prueba, esto es, dato objetivo incorporado legalmente al proceso con capacidad para producir un conocimiento acerca de los extremos de la incriminación delictiva, que introduzca en el debate aportes fácticos relevantes que no estaban presentes cuando el fiscal formuló acusación escrita”. SAN MARTIN CASTRO, Cesar. Ob. cit., p. 705.

⁴⁷ MIXÁN MASS, Florencio. *Juicio Oral*. Reimpresión de la 6ª edición, Ediciones BLG. Trujillo, 2006., p. 290.

Antes de analizar si el retiro de la acusación en la etapa intermedia es una mala práctica fiscal o es una afectación al debido proceso, es necesario citar los antecedentes del caso analizado en el presente artículo y los argumentos en que se sustentó la decisión judicial:

1.1. Antecedentes

El caso materia de análisis, aconteció en el distrito judicial de La Libertad, donde concluida la investigación preparatoria, el fiscal provincial del tercer despacho de la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Trujillo, presentó requerimiento acusatorio. Instalada la audiencia preliminar de control de acusación, la defensa del acusado presentó observaciones formales porque no se había relatado en forma clara y precisa el hecho que se le atribuía a su patrocinado.

El juez declaró fundada la observación formal y ordenó devolver la acusación para que el fiscal subsane su requerimiento; sin embargo, el reexamen de la acusación lo realizó otra fiscal, quien discrepando de la tesis acusatoria retiró la acusación fiscal y presentó requerimiento de sobreseimiento, argumentando que el hecho objeto de la causa no podía atribuírsele al imputado y que la acción penal se había extinguido.

Requerimiento que fue admitido por el juez del Tercer Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de Trujillo, quien: i) declaró el retiro de la acusación oralizado en la audiencia preliminar; ii) archivó el cuaderno sin pronunciamiento sobre la validez (formal y sustancial) de la acusación, por haber operado la sustracción de la materia; y iii) ordenó dar el trámite regular al requerimiento de sobreseimiento presentado por la fiscal, formándose el cuaderno de su propósito y corriéndose traslado a los demás sujetos procesales para su absolución escrita y ulterior debate en la audiencia preliminar, como lo dispone el artículo 345 del CPP.

1.2. Fundamentos de la decisión

El juez del Tercer Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de Trujillo, sustentó su decisión, en los siguientes argumentos:

- El retiro de la acusación constituye un evento sui generis en la medida que nos encontraríamos en estricto ante una laguna del derecho que debe ser objeto de integración jurídica mediante el método de la analogía *in bonam partem* reconocido en el artículo VII.3 del CPP, en aplicación de los argumentos *a pari* ("donde hay la misma razón hay el mismo derecho") *a fortiori* ("con mayor razón") y *ab maioris ad minus* ("quien puede lo más puede lo menos"), al tener una semejanza esencial basada en la manifestación de la voluntad del Ministerio Público de abdicar de la petición de condena contenida en la acusación.
- "El retiro de la acusación no constituye una modificación formal ni tampoco una modificación sustancial de la acusación, sino una suerte de desistimiento de la pretensión penal por el Ministerio Público, que en términos concretos significa el abandono del plan que tenía el fiscal de solicitar al juez la aplicación de una pena para el acusado como producto resultante de una condena en el juicio oral".
- "Así las cosas, al constituir la acusación una decisión autónoma del Ministerio Público, tomada en función al resultado de la información obtenida durante la investigación preparatoria sobre la noticia criminal, nada obsta que en la etapa previa al juicio, el propio titular de la acción penal pública, pueda retractarse razonadamente de su inicial pretensión penal mediante el retiro de la acusación, cuando sea manifiesta la concurrencia de alguna causa legal de sobreseimiento no advertida inicialmente en su formulación, pero sí posteriormente en el debate de la audiencia preliminar. El desistimiento de la pretensión penal (no acusar) no sólo devendría en una facultad inherente al fiscal en función al principio acusatorio, "sin acusación no hay juicio", sino que incluso sería hasta un imperativo en aplicación del principio de objetividad".

- “El retiro de la acusación por el Ministerio Público en rigor no podría ser materia de pronunciamiento jurisdiccional, sea aprobándolo o desaprobándolo; al devenir en un imposible jurídico que el Juez pueda dictar auto de enjuiciamiento (autorización de entrada al juicio), sin la existencia de una acusación formulada, sustentada, debatida, controlada, mantenida y prevalecida en la audiencia preliminar. En otras palabras, el desistimiento del acto jurídico procesal de la acusación por el titular de la persecución oficial resulta vinculante al Juez, desde que excedería su competencia emitir cualquier decisión que le impida a la Fiscal desistirse de la acusación o mejor dicho que la obligue a acusar”.
- “La resolución de recepción del retiro de acusación tiene la calidad de inimpugnable para el agraviado, quien técnicamente sería el único que potencialmente podría verse afectado con la variación del criterio fiscal al evitarse el juicio. El cierre al recurso tiene las siguientes razones; porque en caso el nuevo requerimiento de sobreseimiento cause perjuicio, el agraviado tiene habilitado el traslado por el plazo de diez para que pueda formular oposición conforme a los parámetros del artículo 345.2 del CPP; y porque en caso se dicte auto de sobreseimiento queda facultado a impugnarlo en atención a la facultad concedida por el artículo 95.1.d del CPP”.

1.3. Argumentos en que sustentamos nuestra discrepancia de opinión respecto a la decisión judicial materia de análisis

En primer lugar hay que recordar que en un Estado Constitucional de Derecho, todos los magistrados tienen el deber de interpretar las leyes, desde y para la Constitución. Por ello, Águila Grados refiere que: “la aplicación de forma directa e inmediata de los preceptos constitucionales nos da una idea de la fuerza vinculante de la Constitución: sus preceptos no pueden ser ignorados bajo ningún punto de vista, ya que hacerlo significaría prescindir del sustento básico para la interpretación “adecuada” de las leyes y la futura elaboración de la jurisprudencia”⁴⁸.

En esa línea, el artículo 139.3 de la Constitución Política, reconoce como un principio y derecho de la función jurisdiccional, el debido proceso; por el cual 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 (el resaltado es nuestro).

Conforme se señaló precedentemente, en nuestro CPP el retiro de la acusación se encuentra regulada para la etapa de juzgamiento y no para la etapa intermedia; por tanto, al no existir base legal para admitir el retiro de la acusación en la etapa intermedia, dicho requerimiento debe ser declarado de plano improcedente por vulnerar el debido proceso en su vertiente de afectación del principio de legalidad procesal⁴⁹.

En efecto, si el juez de la investigación preparatoria declara fundada el retiro de la acusación en la etapa intermedia, se estaría afectando el principio de legalidad procesal, porque se estaría sometiendo a los sujetos procesales a un procedimiento distinto al establecido en el CPP; en razón de que dicha normatividad procesal autoriza al fiscal retirar su acusación en el juicio oral previa actuación de los medios de prueba que hayan desvanecido su tesis acusatoria.

Sin embargo, en el caso materia de análisis, el juez de garantías admitió el retiro de la acusación en la etapa intermedia, ordenó archivar el cuaderno sin pronunciamiento sobre la validez (formal o

⁴⁸ ÁGUILA GRADOS, Guido. *La Constitucionalización del Derecho en el Perú*. San Marcos, Lima 2014, p. 36

⁴⁹ “El principio de legalidad procesal garantiza, a toda persona, el estricto respeto de los procedimientos previamente establecidos por la ley, al prohibir que esta sea desviada de la jurisdicción predeterminada, que sea sometida a procedimiento distinto o, que sea juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción o comisiones especiales”. STC Exp. N° 08957-2006-PA/TC. F.J. 15.

sustancial) de la acusación, y ordenó formarse nuevo cuaderno para dar el trámite al requerimiento de sobreseimiento, corriendo traslado a los demás sujetos procesales por el plazo de 10 días, como si recién se estaría iniciando la etapa intermedia.

Si bien, mediante la teoría del Derecho se puede aplicar la interpretación por analogía en casos de vacíos o lagunas del derecho; sin embargo, el profesor español Manuel Atienza enseña que su aplicación requiere los siguientes requisitos:

- ✓ Una norma N que regula el supuesto S_1 al que aplica la consecuencia jurídica C;
- ✓ Un supuesto S_2 no regulado por ninguna norma;
- ✓ Los supuestos S_1 y S_2 son semejantes; y,
- ✓ Entre los supuestos S_1 y S_2 se aprecia identidad de razón⁵⁰.

En esa línea, los jueces supremos en lo penal han establecido como doctrina legal, que: "La viabilidad de la analogía tiene lugar cuando se presenta una laguna jurídica y se da en función a la racionalidad que es sustancialmente igual o semejante entre ambas instituciones procesales, las mismas que están sujetas a una lógica encadenada. En el presente caso se cumple con esta exigencia, en la medida de que existen rasgos esenciales entre conformidad y la terminación anticipada, cuyo fin es la emisión de una sentencia anticipada (...)"⁵¹.

En el caso materia de análisis, considero que no se presentaban en forma conjunta los requisitos para aplicar la interpretación por analogía, pues si bien existiría un supuesto no regulado en la etapa intermedia (retiro de la acusación) e identidad de razón (voluntad del Ministerio Público de no continuar con la persecución penal); sin embargo, no se presenta el requisito de supuestos idénticos o semejantes", porque el retiro de la acusación en el juicio oral requiere la actuación de todos los medios de prueba que hayan debilitado la acusación contra el imputado. Empero en la etapa intermedia, este presupuesto no se presenta porque no se actúan ni valoran pruebas.

Además, "el argumento *a pari*, debe ser aplicado restrictiva y no extensivamente porque, para que su resultado sea válido jurídicamente, no debe estar prohibido. De esta manera, antes de realizar una fundamentación *a pari*, debemos preguntarnos si no existe una norma jurídica que de alguna manera lo haga ilícito. Es muy difícil afirmar con certeza si esta norma existe o no, puede estar en cualquier disposición válida del sistema jurídico, sea la constitución, el resto de las normas legislativas, la jurisprudencia que se aplique como precedente, ciertos principios del derecho válidos por sí mismos e, inclusive, algún contrato aplicable a las partes. (...)"⁵².

En el presente caso, no correspondía aplicar el argumento *a pari* para admitir el retiro de la acusación en la etapa intermedia, porque el artículo 139.3 de la Constitución prohíbe someter a las partes a un procedimiento distinto al establecido en el CPP, y conforme se señaló precedentemente la normatividad procesal penal vigente autoriza al fiscal a retirar su acusación en el juicio oral y no en la etapa intermedia; por lo que, en el caso materia de análisis se habría incurrido en nulidad absoluta⁵³ por inobservancia del debido proceso.

⁵⁰ ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel. *Curso de Argumentación Jurídica*. Trotta, Madrid, 2013. p. 226.

⁵¹ Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116. F. J. 22.

⁵² RUBIO CORREA, Marcial Antonio. *Manual de Razonamiento Jurídico*. Fondo Editorial PUCP, Lima 2012, p. 137.

⁵³ **Artículo 150° CPP.**- No será necesaria la solicitud de nulidad de algún sujeto procesal y podrán ser declarados aun de oficio, los defectos concernientes:

- a) A la intervención, asistencia y representación del imputado o la ausencia de su defensor en los casos que es obligatoria su presencia;
- b) Al nombramiento, capacidad y constitución de Jueces o Salas;

Otro argumento para rechazar de plano el retiro de la acusación en la etapa intermedia, es que este procedimiento promovería una mala práctica fiscal que repercutiría en el incremento innecesario de la carga procesal de los juzgados de investigación preparatoria⁵⁴; porque los fiscales presentarían sus acusaciones sin el correspondiente análisis de la investigación preparatoria, seguros de que el juez les va admitir el retiro de la acusación y sustituirla por un requerimiento de sobreseimiento.

Respecto al argumento expuesto en la resolución de que el retiro de la acusación no constituiría una modificación formal ni sustancial, sino una suerte de desistimiento o abandono de la pretensión penal por el Ministerio Público; se debe tener presente que el Acuerdo Plenario N° 6-2009/CJ-116 ha establecido como doctrina legal, que: "El control sustancial tiene lugar en un momento procesal distinto, luego de la subsanación de las observaciones de la acusación fiscal. Ésta comprende el examen de la concurrencia de los cinco elementos necesarios para la viabilidad de la acusación respecto a los cargos objeto de investigación: elemento fáctico, elemento jurídico, elemento personal, presupuestos procesales vinculados a la vigencia de la acción penal y elementos de convicción suficientes (artículo 344.1 NCPP)"⁵⁵.

En el caso materia de análisis, la representante del Ministerio Público que sustentó oralmente la acusación, en vez de subsanar las omisiones formales modificó sustancialmente la acusación al sustituirla por un requerimiento de sobreseimiento; argumentando que el hecho objeto de la causa no podía ser atribuido al imputado (elemento fáctico) y que la acción penal había prescrito (presupuesto procesal vinculado a la vigencia de la acción penal).

Así también, los argumentos de que el representante del Ministerio Público en su condición de titular de la acción penal puede retractarse en la etapa intermedia de su decisión autónoma de acusar, mediante el retiro de la acusación, y que este desistimiento o abandono de la pretensión penal, sería una facultad inherente al fiscal en función al principio acusatorio; no los compartimos, porque la actuación fiscal en el proceso penal no es ilimitada sino dentro del marco del debido proceso, por tanto, respetuosa de los principios de legalidad, interdicción de la arbitrariedad y otras garantías reconocidas en la Constitución, Ley Orgánica del Ministerio Público, CPP, Protocolos y Directivas del Ministerio Público.

Por tanto, si el fiscal –concluida la investigación preparatoria– decide acusar en el ejercicio del poder-deber del que se encuentra investido por tener el monopolio del ejercicio de la acción penal, en mi opinión, no cabe la posibilidad de que se desista o abandone la pretensión penal mediante el retiro de la acusación, porque: i) no existe base legal para dicho procedimiento en la etapa intermedia; y ii) en caso se advierta que los hechos imputados no pueden ser atribuidos al acusado o hayan prescrito, el juez de oficio se encuentra facultado para declarar el sobreseimiento del proceso (artículo 352.4 del CPP).

De lo que se infiere que todo requerimiento fiscal requiere necesariamente un control y pronunciamiento judicial y no como erróneamente se afirma que, el retiro de la acusación no podría ser materia de pronunciamiento judicial y que esta vincularía al juez porque no se le podría obligar al fiscal acusar. Un requerimiento fiscal que no tiene base legal en la etapa intermedia, no puede vincular al juez de garantías; por lo que si corresponde un pronunciamiento judicial declarando de plano improcedente el retiro de la acusación en la etapa intermedia, y esta decisión no puede

c) A la promoción de la acción penal, y a la participación del Ministerio Público en las actuaciones procesales que requieran su intervención obligatoria;

d) A la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución.

⁵⁴ En el Distrito Judicial de La Libertad, por la excesiva carga procesal se ha implementado como "buena práctica" las audiencias maratónicas de 5 minutos para el control de acusación de delitos leves; donde el juez sin más trámite que la repuesta afirmativa de la defensa que ha tenido conocimiento de la acusación, declara saneado el proceso, dicta el auto de enjuiciamiento y admite los medios de prueba del fiscal.

⁵⁵ Fundamento 15, parte final.

entenderse como “obligar al fiscal a acusar” sino como el deber del juez de velar por el respeto del debido proceso.

Finalmente, el argumento de que la recepción del retiro de la acusación tendría la calidad de inimpugnable para el agraviado, porque en caso que el nuevo requerimiento de sobreseimiento le cause perjuicio, tendría el plazo de 10 días para formular oposición, y porque en caso que se dicte auto de sobreseimiento, tendría la facultad de impugnarlo; no resiste mayor análisis, porque aparte de afectar el principio de legalidad procesal, también es contraria a los principios de celeridad y economía procesal. En efecto, la decisión judicial de declarar fundada el retiro de la acusación y ordenar la formación del cuaderno de sobreseimiento para correr traslado a los demás sujetos procesales por el plazo de diez días; prolonga innecesariamente la resolución del caso con mayores gastos para los sujetos procesales.

Además, el argumento de que el agraviado no podría impugnar la resolución que admite el retiro de la acusación, solo podría admitirse en el supuesto de que no se haya constituido en actor civil; de lo contrario tendría legitimidad para interponer recurso de apelación alegando gravamen irreparable⁵⁶, para que la Sala Penal de Apelaciones declare nula la resolución que admite el retiro de la acusación por inobservancia del debido proceso.

1.4. Solución al caso

Cuando expongo mi discrepancia respecto a la decisión judicial materia de análisis, mis interlocutores expresan su preocupación en la creencia errónea de que mi posición incrementaría la carga de los juzgados de juzgamiento con acusaciones que van a ser insostenibles en juicio porque la acción la acción penal se encuentra prescrita o porque los hechos no podrán ser atribuidos al imputado. Debo aclarar que esa no es la finalidad, y no podría serlo porque en mi experiencia como juez unipersonal y colegiado pude constatar que dicho procedimiento resulta perjudicial para el proceso penal, porque distrae el escaso tiempo de los jueces de juzgamiento y genera mayores gastos al Estado.

Lo que se propone en el presente trabajo, es otra alternativa de solución con los mismos efectos (sobreser la causa en la etapa intermedia), pero respetando el debido proceso. Por tanto, si se presentara el supuesto analizando en el presente artículo (ante las observaciones formales se advierta que el hecho objeto de la causa no podría atribuírsele al imputado y que la acción penal habría prescrito), el juez de la investigación preparatoria tiene la facultad de sobreser el proceso de oficio, en aplicación del artículo 352.4 del CPP que establece: “El sobreseimiento podrá dictarse de oficio o a pedido del acusado o su defensa cuando concurren los requisitos establecidos en el numeral 2) del artículo 344, siempre que resulten evidentes y no exista razonablemente la posibilidad de incorporar en el juicio oral nuevos elementos de prueba. (...)”.

En efecto, si el fiscal que sustenta la acusación en remplazo del fiscal encargado de la investigación, verifica –ante la devolución de la acusación por defectos formales– que el hecho objeto de la causa no puede atribuírsele al imputado o que la acción penal ha prescrito; a fin de no vulnerar el “principio

⁵⁶ **Artículo. 416° CPP: Resoluciones apelables y exigencia formal**

1. El recurso de apelación procederá contra:
 - a) Las sentencias;
 - b) Los autos de sobreseimiento y los que resuelvan cuestiones previas, cuestiones prejudiciales y excepciones, o que declaren extinguida la acción penal o pongan fin al procedimiento o la instancia;
 - c) Los autos que revoquen la condena condicional, la reserva del fallo condenatorio o la conversión de la pena;
 - d) Los autos que se pronuncien sobre la constitución de las partes y sobre aplicación de las medidas coercitivas o de cesación de la prisión preventiva;
 - e) **Los autos expresamente declarados apelables o que causen gravamen irreparable.**

de unidad⁵⁷ que rige la actuación de los fiscales, debe ratificarse de la acusación y solicitar al juez de la investigación preparatoria que declare de oficio el sobreseimiento del proceso conforme al dispositivo legal citado en el párrafo anterior, explicando que no es posible subsanar las observaciones formales, porque realizado el reexamen de la acusación se verificó que el hecho objeto de la causa no puede atribuírsele al imputado y que la acción penal ha prescrito.

IV. Conclusiones

1. La principal problemática que viene afrontando el proceso de implementación del CPP en nuestro país, es la falta de unificación de criterios de los operadores jurídicos respecto a un mismo instituto procesal; razón por la cual, en la comunidad jurídica se ha asentado la idea de que existe un criterio de interpretación del norte, del centro y del sur.
2. En el nuevo modelo procesal penal –a diferencia del antiguo–, la etapa intermedia se encuentra debidamente regulada. Se inicia con la disposición fiscal de conclusión de la investigación preparatoria y, concluye con el auto de enjuiciamiento o auto de sobreseimiento dictado por el juez de la investigación preparatoria.
3. La regulación de esta etapa como una fase autónoma y debidamente estructurada, ha sido una de las innovaciones más importantes del nuevo modelo procesal penal, porque permite sanear el proceso a través del control de la acusación, por los sujetos procesales (acusado, actor civil y tercero civilmente responsable) o de oficio por el juez de la investigación preparatoria; evitando la realización de juicios mal provocados por acusaciones con defectos formales (control formal) o insuficientemente fundadas (control material).
4. Por ello, a partir de la vigencia del nuevo modelo procesal penal, el requerimiento de acusación tiene que ser presentado debidamente fundamentado y solo cuando los elementos de convicción sean suficientes para acreditar –con el grado de probabilidad– la existencia del hecho al que esté vinculado el acusado. Sin embargo, en la práctica judicial se observa que algunos requerimientos presentan defectos formales que impiden pasar a la siguiente etapa.
5. La facultad del fiscal de retirar la acusación contra el imputado se encuentra regulada para el juicio oral y no para la etapa intermedia. Además, requiere como presupuesto que se hayan actuado todos los medios de prueba, y que estos hayan debilitado –más allá de toda duda razonable– los cargos formulados contra el acusado.
6. El retiro de la acusación en la etapa intermedia vulnera el debido proceso en su vertiente de afectación del principio de legalidad procesal, porque somete a los sujetos procesales a un procedimiento distinto al establecido en el CPP.
7. Además, este procedimiento promovería una mala práctica fiscal que repercutiría en el incremento innecesario de la carga procesal de los juzgados de investigación preparatoria, porque los fiscales presentarían sus requerimientos de acusación sin el correspondiente análisis de lo actuado en la investigación preparatoria, seguros de que el juez les va admitir el retiro de la acusación, sustituyéndolos por requerimientos de sobreseimiento.

⁵⁷ Según Mateo Castañeda, una de las consecuencias más apreciadas de este principio de unidad es el fortalecimiento de la unidad de criterio en la actuación fiscal, que evita criterios distintos y contrapuestos entre los Fiscales, porque todos ellos actúan en nombre y representación del Ministerio Público y deben llevar una misma línea de acción en la persecución del delito. CASTAÑEDA SEGOVIA, Mateo G. Ministerio Público y Principio Acusatorio: ¿puede una Sala disponer el ejercicio de la acción penal en contra de la opinión del Fiscal Superior? Disponible en: < <http://hhabogadoseconomistas.com/site/ministerio-publico-principio-jerarquia/>>.

8. La solución a esta problemática, es que el fiscal encargado de la investigación o el que lo reemplaza en la audiencia de control de acusación, ante la verificación de que el hecho objeto de la causa no puede atribuirse al imputado o que la acción penal ha prescrito, debe ratificarse en la acusación – a fin de no vulnerar el principio de unidad que rige la actuación de los fiscales – y solicitar al juez de la investigación preparatoria que declare de oficio el sobreseimiento del proceso.

V. Bibliografía

- ÁGUILA GRADOS, Guido. *La Constitucionalización del Derecho en el Perú*. San Marcos, Lima, 2014.
- ALMANZA ALTAMIRANO, Frank Robert. *Técnicas de litigación oral y argumentación en juicio*. Ara Editores, Lima, 2015.
- AMBOS, Kai; GARCÍA CAVERO, Percy; REYNA ALFARO, Luis Miguel; ZAM-BRANO PASQUEL, Alfonso; ZAVA-LETA RODRÍGUEZ, Roger E.; ÁVILA HERRERA, José; VALDEZ ROCA, Raúl; VÉLEZ RODRÍGUEZ, Enrique y PIZA-RRO GUERRERO, Miguel. *El Derecho Procesal Penal frente a los retos del Nuevo Código Procesal Penal*. ARA Editores, Lima, 2009.
- ANGULO ARANA, Pedro. *El caso penal: base de la litigación en el juicio oral*. Gaceta Jurídica, Lima, 2014.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel. *Curso de Argumentación Jurídica*. Trotta, Madrid, 2013.
- BINDER, Alberto M. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. 2ª edición, actualizada y aumentada. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.
- CASTAÑEDA SEGOVIA, Mateo G. *Ministerio Público y principio acusatorio: ¿puede una sala disponer el ejercicio de la acción penal en contra de la opinión del fiscal superior?*. Disponible en: <<http://hhabogadoseconomistas.com/site/ministerio-publico-principio-ierarquia/>>.
- GACETA JURÍDICA. *Instrucción e investigación preparatoria. Lo nuevo del Código Procesal Penal de 2004 sobre la etapa de la investigación del delito*. Lima, 2009.
- GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino; RABANAL PALACIOS, William y CASTRO TRIGOSO, Hamilton. *El Código Procesal Penal: comentarios descriptivos, explicativos y críticos*. Jurista Editores, Lima, 2010.
- GÓMEZ VARGAS, Ángel. "La predictibilidad de las resoluciones judiciales, el plazo razonable y la actuación fiscal en el nuevo modelo procesal: A propósito de la Casación N° 144-2012-Áncash". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 61, Gaceta Jurídica, Lima, julio de 2014.
- MIXÁN MASS, Florencio. *Juicio oral*. Reimpresión de la 6ª edición, Ediciones BLG, Trujillo, 2006.
- NEYRA FLORES, José Antonio. *Manual del Nuevo Código Procesal Penal y de litigación oral*. Idemsa, Lima, 2010.
- ROSAS YATACO, Jorge. *Manual de Derecho Procesal Penal: doctrina, legislación, jurisprudencia y modelos procesales*. Jurista Editores, Lima, 2009.
- RUBIO CORREA, Marcial Antonio. *Manual de Razonamiento Jurídico*. Fondo Editorial PUCP, Lima, 2012.
- SALINAS SICCHA, Ramiro. "El modelo acusatorio recogido y desarrollado en el Código Procesal Penal de 2004". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 61, Gaceta Jurídica, Lima, julio de 2014.
- SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *El nuevo Proceso Penal*. Idemsa, Lima, 2009.
- SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I, 2ª edición, actualizada y aumentada. Grijley. Lima, 2006.
- TABOADA PILCO, Giampol. "Análisis del Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116 sobre la suspensión de la prescripción en el nuevo Código procesal penal". En: *Aequitas. Revista jurídica de la Corte Superior de Justicia de Piura*. Año III, N° 5, enero de 2012.

- TALAVERA ELGUERA, Pablo. *La prueba en el nuevo proceso penal. Manual del Derecho probatorio y de la valoración de las pruebas*. Academia de la Magistratura-AMAG, Lima, 2009.