

COMENTARIO AL TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DEL PRINCIPIO ACUSATORIO ESTABLECIDO POR LA SALA PENAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

César Augusto Nakazaki Servigón ¹
Abogado, Socio del Estudio Sousa & Nakazaki.
Profesor de Derecho Penal de la Universidad de
Lima y de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo
de Lambayeque.

En la sentencia del 13 de abril del 2007 emitida en el proceso penal signado con el número 1678-2006 Lima, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema ha continuado la acertada política judicial de establecer, a través de precedentes vinculantes, doctrina judicial sobre distintos temas penales y procesales.

En el considerando tercero de la sentencia se establecen los dos temas que ha tratado el Supremo Tribunal Penal al resolver el recurso de queja extraordinaria interpuesto por la parte civil ante la declaración de improcedencia del recurso de nulidad: **a)** “la correcta aplicación de la doctrina judicial referida a los alcances del principio acusatorio”; y **b)** “el ámbito del objeto procesal y la aplicación de la regla de la prescripción de la acción penal”.

A continuación se analiza la doctrina judicial de la Sala Penal Permanente Suprema sobre los alcances del principio acusatorio.

Se afirma acertadamente que el principio acusatorio es una de las “garantías esenciales del proceso penal, que integra el contenido esencial del debido proceso”. ^{2 3}

En el considerando cuarto de la sentencia el Tribunal Penal Supremo destaca dos consecuencias del principio acusatorio:

1.- El objeto del proceso penal lo determina el Ministerio Público.

A partir que la Constitución de 1979 consagra el sistema acusatorio con la separación de las funciones del Ministerio Público y el Poder Judicial; asignando al primero la potestad de acción penal y al segundo la potestad jurisdiccional; en el proceso penal peruano el Ministerio Público al ejercitar la acción penal define el objeto del proceso penal.

¹ Miembro de la II Promoción «Lucrecia Maisch Von Humbolt» de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima; docente del curso de Derecho Penal Parte General desde 1989, como asistente de cátedra, jefe de práctica y profesor.

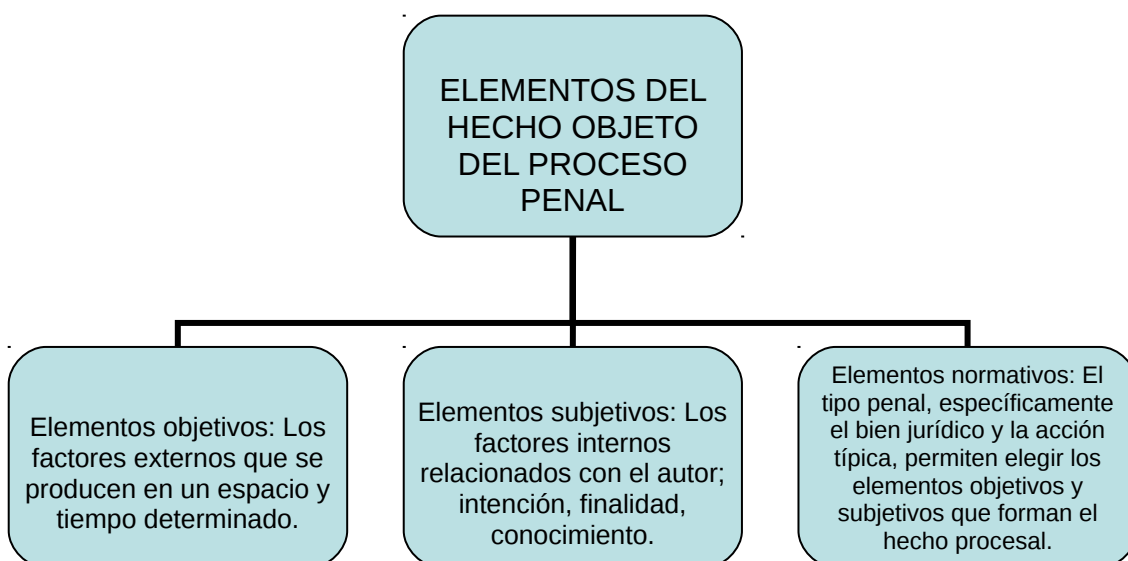
² SALA PENAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA, proceso penal # 1678-2006, sentencia del 13 de abril del 2007, considerando tercero.

³ Vicente GIMENO SENDRA, obra colectiva, Derecho Procesal Penal, 3º edición, Página 76, Editorial COLEX, Madrid, España, 1999.

El objeto del proceso penal es el hecho punible que el Ministerio Público atribuye al imputado (en la denuncia) o al acusado (en la acusación).^{4 5}

El hecho procesal “es el acontecimiento o suceso que se produce en la realidad «encuadrado en unas coordenadas espacio-temporales» y delimitado en función de un tipo penal”.^{6 7}

El hecho objeto del proceso penal tiene 3 elementos:⁸



El hecho procesal no es estático, pues en el proceso penal es objeto de precisiones como consecuencia de la actividad de investigación que se realiza en la fase de instrucción.

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en el mismo considerando cuarto de la sentencia, destaca el denominado fenómeno de la «delimitación progresiva» del objeto del proceso.

Afirma el Supremo Tribunal Penal que el hecho objeto del proceso penal es fijado en la acusación, debiendo el Ministerio Público considerar la «evolución del sumario judicial» respecto del hecho imputado en la denuncia y el auto de procesamiento penal; lo cual no es otra cosa que aceptar la «delimitación progresiva» del hecho procesal.

⁴ César SAN MARTÍN CASTRO, Correlación y desvinculación en el proceso penal. A propósito del nuevo artículo 285° A CPP, Derecho Procesal III Congreso Internacional Lima 2005, Páginas 180 y 181, Universidad de Lima Fondo Editorial.

⁵ César Augusto NAKAZAKI SERVICÓN, El efecto de inmutabilidad de la acusación. Diferencia entre la mutación sustancial del hecho y la corrección del error de tipificación. Derecho Procesal III Congreso Internacional Lima 2005, Páginas 200 y 201, Universidad de Lima Fondo Editorial.

⁶ Ibidem, Página 200.

⁷ Mónica GALDANA PÉREZ MORALES, Correlación entre acusación y sentencia en el proceso ordinario, Página 24, Editorial Comares, Granada, España, 2002.

⁸ César Augusto NAKAZAKI SERVICÓN, Obra citada, Página 200.

El autor español Andrés **DE LA OLIVA SANTOS** expresa:

“El objeto del proceso penal se suele delimitar o perfilar progresivamente conforme éste avanza. Desde la posible querrela o desde la denuncia o el atestado, hasta las calificaciones definitivas en la fase de juicio oral, que cierran el proceso inmediatamente antes de la sentencia, lo deseable es que la realidad objeto del proceso se vaya conociendo más y mejor y vaya poniéndose de relieve con cada vez mayor precisión.”⁹ (Subrayado del autor del artículo)

El autor alemán Jürgen **BAUMANN** afirma:

“Se discute si el objeto del proceso es el mismo en todas las fases del procedimiento (...) o si está sujeto a modificaciones...No obstante es muy convincente la opinión de Peters que toma como punto de partida **una paulatina modificación y restricción del objeto del proceso**. En el comienzo del procedimiento, el objeto del proceso está lejos e informe, y en el curso del procedimiento se realiza una creciente restricción.”¹⁰ (Resaltado del autor del artículo)

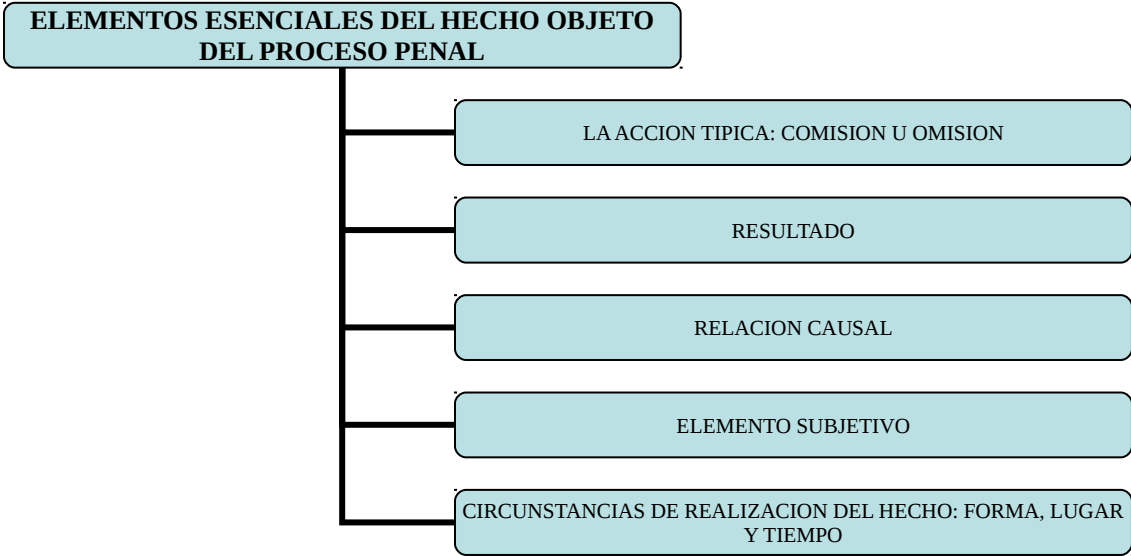
La delimitación progresiva del objeto del proceso no es incompatible con la inmutabilidad de la acusación que es una de las consecuencias más importantes del principio acusatorio, ya que no supone cambiarlo dentro del desarrollo del procedimiento, sino depurarlo, captarlo de una forma más adecuada.

La delimitación progresiva del hecho procesal no debe significar la variación de sus componentes esenciales:¹¹

⁹ Andrés DE LA OLIVA SANTOS, Obra colectiva, Derecho Procesal Penal, Página 198, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, España, 1997.

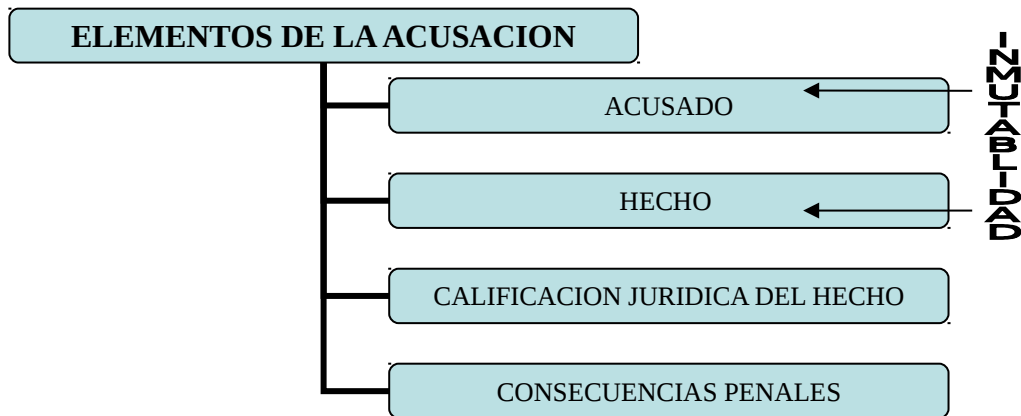
¹⁰ Jürgen BAUMANN, Derecho Procesal Penal, Conceptos fundamentales y principios procesales, Reimpresión, Páginas 279 y 280, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1989.

¹¹ César Augusto NAKAZAKI SERVIGÓN, Obra citada, Página 201.



El efecto de inmutabilidad de la acusación alcanza al acusado y al hecho, no a la calificación jurídica o tipificación y a las consecuencias penales.¹²

El efecto de la inmutabilidad de la acusación no alcanza a todos sus componentes; pues el Juez o la Sala Penal está vinculado con la acusación por dos elementos: el hecho y la persona acusada; sin embargo, tiene la potestad de apartarse de la operación de subsunción propuesta por el Ministerio Público y de las consecuencias penales solicitadas por éste.^{13 14}



En el considerando quinto de la sentencia la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema reconoce que la acusación vincula al tribunal respecto de la

¹² Ibidem, Página 198.

¹³ Ibidem, Página 198.

¹⁴ Víctor MORENO CATENA, Angela COQUILLAT VICENTE, Angel JUANES PECES; Alfredo DE DIEGO DIEZ, y Emilio DE LLERA SUÁREZ BARCENA, El Proceso Penal, Volumen III, Fase intermedia y juicio oral, Página 2391, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2000.

“fundamentación fáctica”; “el hecho punible”, es decir, “el hecho histórico subsumible en un tipo penal”.¹⁵

Como se ha señalado en otra oportunidad “la potestad del tribunal de variar la tipificación y de imponer consecuencias penales distintas a la acusación, se explica porque la observancia del principio acusatorio y el respeto al derecho a la defensa, no son obstáculo para que el órgano jurisdiccional observe igualmente el principio de legalidad a través del deber de adecuada tipificación y también respete los derechos a la tutela jurisdiccional efectiva y a la protección penal de la víctima del delito.”¹⁶

Como consecuencia de lo expuesto en el párrafo anterior se sostiene que en el proceso penal peruano no se aplica la denominada “máxima vinculación” del órgano judicial a la acusación, que exige no solamente su sumisión al hecho acusado, sino también a la calificación jurídica establecida por el Ministerio Público.”^{17 18}

El Juez Penal o la Sala Penal no puede modificar el hecho objeto del proceso penal, pero si tiene la potestad de corregir el error de tipificación del Ministerio Público.

El error de encuadramiento en la acusación se manifiesta cuando el Fiscal pretende que el hecho sea encuadrado en un tipo penal que no corresponde, por ejemplo, cuando se solicita que el padre que mató a su hijo con dolo y conocimiento del grado de parentesco, sea condenado por homicidio simple del tipo penal del artículo 106, en vez del parricidio del supuesto típico del artículo 107.¹⁹

El error de tipificación del Ministerio Público tiene que ser corregido por el Juez o la Sala Penal en cumplimiento del deber de adecuada tipificación.

El error de tipificación del Fiscal Penal se subsana a través de la desvinculación, que es un instrumento procesal que permite al órgano judicial, sin modificar el hecho acusado que fue objeto del debate judicial, efectuar una subsunción distinta a la pretendida en la acusación.²⁰ _

El maestro español Vicente **GIMENO SENDRA**, basado en la doctrina jurisprudencial española, afirma que la sujeción de la condena a la acusación (o el efecto de inmutabilidad) no puede impedir que el órgano judicial modifique la tipificación de los hechos enjuiciados en el ámbito de los elementos que han

¹⁵ SALA PENAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA, proceso penal # 1678-2006, sentencia del 13 de abril del 2007, considerando quinto.

¹⁶ César Augusto NAKAZAKI SERVICÓN, Obra citada, Página 199.

¹⁷ Ibidem, Página 199.

¹⁸ Mónica GALDANA PÉREZ MORALES, Obra citada, página 164.

¹⁹ César Augusto NAKAZAKI SERVICÓN, Obra citada, Página 202.

²⁰ César SAN MARTÍN CASTRO, Obra citada, Página 750.

sido o han podido ser objeto de debate contradictorio en el juicio, en caso de error de tipificación del Ministerio Público.^{21 22}

La corrección del error de encuadramiento en la acusación es procedente si se observan las siguientes condiciones:²³

CONDICIONES PARA LA VARIACION DE LA TIPIFICACION

✚ **Identidad del hecho:** el mismo hecho objeto de acusación, probado y debatido en el juicio, debe ser el supuesto fáctico de la tipificación efectuada en la sentencia.²⁴
²⁵

✚ **Homogeneidad de tipos penales:** el tipo penal por el que se acusa y el tipo penal por el que se condena lesionan al mismo bien jurídico o a otro “que se halle en la misma línea de protección.”^{26 27}

Con la dación del Decreto Legislativo N° 959 del 17 de agosto del 2004 se reconoció de forma explícita en el proceso penal peruano, la potestad del Juez o el Tribunal penal para desvincularse de la acusación a fin de corregir el error de tipificación del Ministerio Público, para lo cual debe proponer al acusado la tesis de calificación judicial, conforme se establece en el inciso 2 del artículo 285 A del Código de Procedimientos Penales.²⁸

El procedimiento de desvinculación con la acusación exige que el Tribunal penal comunique al acusado la posibilidad de variar la tipificación, siempre que se verifiquen los siguientes requisitos:²⁹

REQUISITOS PARA LA COMUNICACION DE LA TESIS DE TIPIFICACION DEL TRIBUNAL

§ **Oportunidad de defensa del acusado:** plazo razonable para preparar y presentar prueba y argumentación.

§ **Competencia:** El tribunal debe ser competente para conocer casos penales

²¹ César Augusto NAKAZAKI SERVICÓN, Obra citada, Página 202.

²² Vicente GIMENO SENDRA, Obra citada, Página 695.

²³ César Augusto NAKAZAKI SERVICÓN, Obra citada, Página 202.

²⁴ Ibidem, Página 202.

²⁵ SEGUNDA SALA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, Sentencia 225/1997 del 15 de Diciembre de 1997 (entre sus integrantes estuvo el maestro Tomás Vives Antón).

²⁶ César Augusto NAKAZAKI SERVICÓN, Obra citada, Página 202.

²⁷ Víctor MORENO CATENA, Ángela COQUILLAT VICENTE, Ángel JUANES PECES, Alfredo DE DIEGO DíEZ, y Emilio de LLERA SÚAREZ BÁRCENA, Obra citada, Página 2403.

²⁸ César Augusto NAKAZAKI SERVICÓN, Obra citada, Página 203.

²⁹ Ibidem, Página 203.

por el delito objeto de la tesis de tipificación.

No constituye requisito para que el Juez o el Tribunal puedan desvincularse de la acusación, que el delito objeto de la tesis de tipificación no sea más grave que el establecido por el Ministerio Público; la norma procesal penal no lo exige y además, siendo el fundamento de la desvinculación, el principio de legalidad y los derechos a la tutela judicial efectiva y a la protección penal de la víctima del delito, no pueden afectarse so pretexto de una supuesta limitación a agravar la calificación del hecho acusado.³⁰

Como se sostuvo en la ponencia presentada en el III Congreso Internacional de Derecho Procesal organizado por la Universidad de Lima en el año 2005; el derecho a la defensa no constituye un impedimento para que el Juez o la Sala Penal corrijan el error de encuadramiento del Ministerio Público, optando por un supuesto típico más grave si así lo exige el deber de adecuada tipificación; la defensa del acusado pues ser puede garantizada sin violar el principio de legalidad o lesionar los derechos a la tutela judicial y a la protección penal de la víctima del delito.³¹

Todavía se aprecia en la doctrina judicial nacional problemas de confusión entre la desvinculación del juez de la acusación y la determinación alternativa, que es una institución procesal que responde a un objeto diferente.³²

La determinación alternativa tiene por objeto impedir una solución injusta que tendría que dar el órgano jurisdiccional en caso de aplicar el in dubio pro reo; se aplica en los casos en los cuales el Juez ha establecido que el acusado ha cometido un delito, pero no se logra determinar cuál ha perpetrado entre dos o más delitos, por ejemplo hurto o receptación. En tal situación se admite que a pesar de la insuficiencia probatoria se condene al acusado, bajo ciertas condiciones, por el tipo penal que imponga la pena menos grave.^{33 34}

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el “Caso Loayza Tamayo contra el Estado del Perú” declaró que la determinación alternativa constituye una figura diferente a la desvinculación de la acusación; tiene como origen un problema de insuficiencia probatoria para determinar el tipo penal en el que se debe encuadrar el hecho objeto de la acusación; se trata de un reconocimiento excepcional de apartarse del delito acusado a fin de evitar una absolución indebida por aplicación del in dubio pro reo y la posterior invocación de la prohibición del ne bis in idem.^{35 36}

³⁰ Ibidem, Página 203.

³¹ Ibidem, Página 203.

³² Ibidem, Página 203.

³³ Ibidem, Página 204.

³⁴ César SAN MARTÍN CASTRO, Derecho Procesal Penal, Segunda Edición, Tomo I, Páginas 751 y 752, Grijley, Lima, Perú, 2003.

³⁵ César Augusto NAKAZAKI SERVIGÓN, Obra citada, Página 204.

³⁶ César SAN MARTÍN CASTRO, Obra citada, Páginas 752 y 753.

El Tribunal Constitucional diferencia claramente a la determinación alternativa y la potestad de los tribunales penales para corregir los errores de calificación de la acusación; el TC exige que la subsanación del error de encuadramiento del Ministerio Público no produzca un estado de indefensión al acusado.³⁷

El Tribunal Constitucional en los casos de Rutaldo Elmer Alejo Saavedra³⁸, Ann Vallie Lynelle³⁹, Marcial Mori Dávila⁴⁰, César Humberto Tineo Cabrera⁴¹ y Martha Luz Guerra Carrasco⁴², ha establecido que constituye una exigencia del procesamiento y la sanción penal la correlación que debe existir entre el delito acusado y el delito sentenciado, pues la garantía es que toda persona pueda orientar su defensa a partir de argumentos dirigidos específicamente a neutralizar la imputación; por lo que el condenarse al imputado por un delito distinto del acusado vulnera su derecho a la defensa.^{43 44}

El Tribunal Constitucional en un primer momento asumió una noción amplia de objeto procesal, pues se señaló que la prohibición de inmutabilidad no alcanzaba solamente al hecho sino también al tipo penal; incluso proscribiendo la variación de tipo penal así se tratase del mismo género **sino hubiese sido objeto del contradictorio.**^{45 46}

En el “Caso de Marcial Mori Dávila” el Tribunal Constitucional perfeccionó su posición limitando la vinculación del tribunal penal solamente al hecho objeto de la acusación y no al tipo penal, admitiendo la variación de tipificación que no causa indefensión, porque el delito sentenciado **sea distinto al delito acusado, si perteneció al mismo género delictivo y fue objeto de debate judicial.**^{47 48 49}

Para el TC la potestad de desvinculación de la acusación no tiene límite en la variación de tipificación por una figura mas grave que la establecida por el Ministerio Público; en el “Caso de Rutaldo Elmer Alejo Saavedra”, en el considerando segundo de la sentencia del 18 de enero del 2001, expresamente se estableció que para el examen de la constitucionalidad de la desvinculación

³⁷ César Augusto NAKAZAKI SERVICIÓN, Obra citada, Página 204.

³⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia del 18 de Enero del 2001, expedida en el proceso de habeas corpus signado con el numero 1029-2000-HC/TC.

³⁹ Ibidem, Sentencia del 21 de Junio del 2002, expedida en el proceso de habeas corpus signado con el numero 1231-2002- HC/TC.

⁴⁰ Ibidem, Sentencia del 9 de julio del 2002, expedida en el proceso de habeas corpus signado con el numero 1330-2002- HC/TC.

⁴¹ Ibidem, Sentencia del 20 de junio del 2002, expedida en el proceso de habeas corpus signado con el numero 1230-2002- HC/TC.

⁴² Ibidem, Sentencia del 30 de setiembre del 2002, expedida en el proceso de habeas corpus signado con el numero 2082-2002- HC/TC.

⁴³ César Augusto NAKAZAKI SERVICIÓN, Obra citada, Página 204.

⁴⁴ César SAN MARTÍN CASTRO, Obra citada, Página 753 y 754.

⁴⁵ César Augusto NAKAZAKI SERVICIÓN, Obra citada, Página 205.

⁴⁶ César SAN MARTÍN CASTRO, Obra citada, Página 753.

⁴⁷ César Augusto NAKAZAKI SERVICIÓN, Obra citada, Página 205.

⁴⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia del 9 de julio del 2002, expedida en el proceso de habeas corpus signado con el numero 1330-2002-HC/TC.

⁴⁹ César SAN MARTÍN CASTRO, Obra citada, Página 755.

de la acusación por el tribunal penal no se evalúa la mayor o menor gravedad del tipo penal utilizado en la sentencia, sino “las opciones reales de defensa que tiene el procesado”.^{50 51}

Como conclusión de la ponencia presentada en el Congreso Internacional de Derecho Procesal se estableció que la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional proscriben la mutación sustancial del hecho acusado y admiten la desvinculación de la acusación como forma de corrección de error de calificación, siempre que concurren tres requisitos que predominantemente exige el derecho procesal:⁵²

REQUISITOS PARA
LA PROCEDENCIA
DE LA VARIACION DE
TIPIFICACION EN LA
SENTENCIA POR ERROR
EN LA ACUSACION

- Identidad de hecho.⁵³
- Homogeneidad de tipos penales.⁵⁴
- Comunicación de la tesis de tipificación del tribunal penal y posibilidad de defensa del acusado frente a la misma.⁵⁵

2.- La función de acusación es privativa del Ministerio Público.

De esta segunda manifestación del principio acusatorio que destaca la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, se proceden a examinar dos temas:

- Φ La vigencia de los principios de unidad en la función y dependencia jerárquica del Ministerio Público.
- Φ La potestad anulatoria del órgano jurisdiccional de los dictámenes no acusatorios del Ministerio Público.

2.1) La vigencia de los principios de unidad en la función y dependencia jerárquica del Ministerio Público.

El Tribunal Penal Supremo en el considerando cuarto de la sentencia recuerda que el Ministerio Público se rige por los principios de unidad en la función y dependencia jerárquica, razón por la cual en caso de discrepancia entre el Fiscal Provincial y el Fiscal Superior Penal “prima el parecer del superior jerárquico”.⁵⁶

⁵⁰ César Augusto NAKAZAKI SERVICÓN, Obra citada, Página 205.

⁵¹ TRIBUNAL constitucional, Sentencia del 18 de Enero del 2001, expedida en el proceso de habeas corpus signado con el numero 1029-2000-HC/TC.

⁵² César Augusto NAKAZAKI SERVICÓN, Obra citada, Página 206.

⁵³ Ibidem, Página 206.

⁵⁴ Ibidem, Página 206.

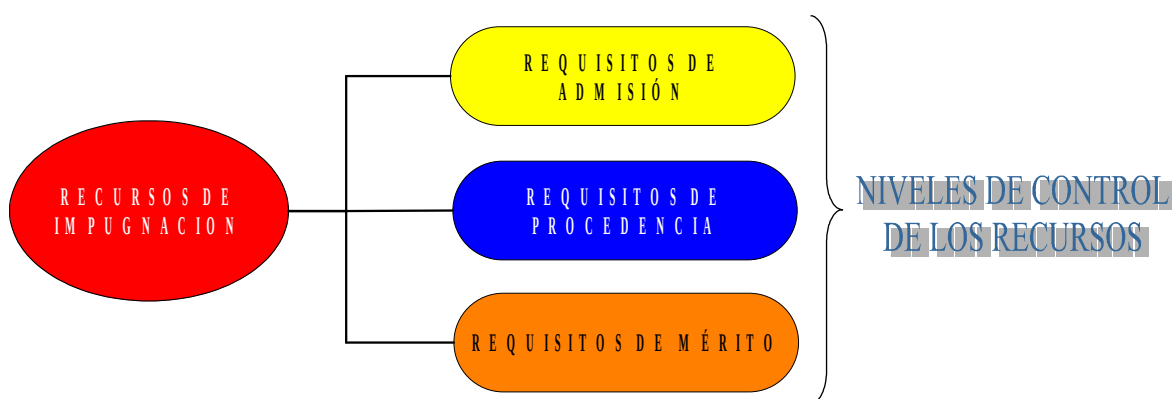
⁵⁵ Ibidem, Página 206.

⁵⁶ SALA PENAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA, proceso penal # 1678-2006, sentencia del 13 de abril del 2007, considerando cuarto.

El reconocimiento por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de los principios de la función fiscal permitirá solucionar adecuadamente un problema constante en el examen de los recursos de impugnación del Ministerio Público; las Salas Penales de las Cortes Superiores de la República no consideran el hecho que el Fiscal Provincial interponga recurso de apelación contra la sentencia y que el Fiscal Superior en su dictamen exprese conformidad con la resolución judicial impugnada y pida por el contrario su confirmación.

La práctica de los tribunales de alzada de declarar procedente un recurso de apelación a pesar de la discrepancia del Fiscal Provincial con el Fiscal Superior, constituye una vulneración sistemática del principio de legalidad procesal.

Los recursos de impugnación, como todo acto procesal, están sujetos a 3 controles establecidos en la ley:



De acuerdo a las normas procesales que regulan los recursos de impugnación, el Tribunal Penal debe verificar de manera progresiva los requisitos de admisión, de procedencia y de mérito, pues solamente cumplidos los tres controles en sentido positivo, esto es, verificada la presencia de todos los requisitos legales del recurso, se puede dictar un pronunciamiento sobre el fondo de la impugnación.

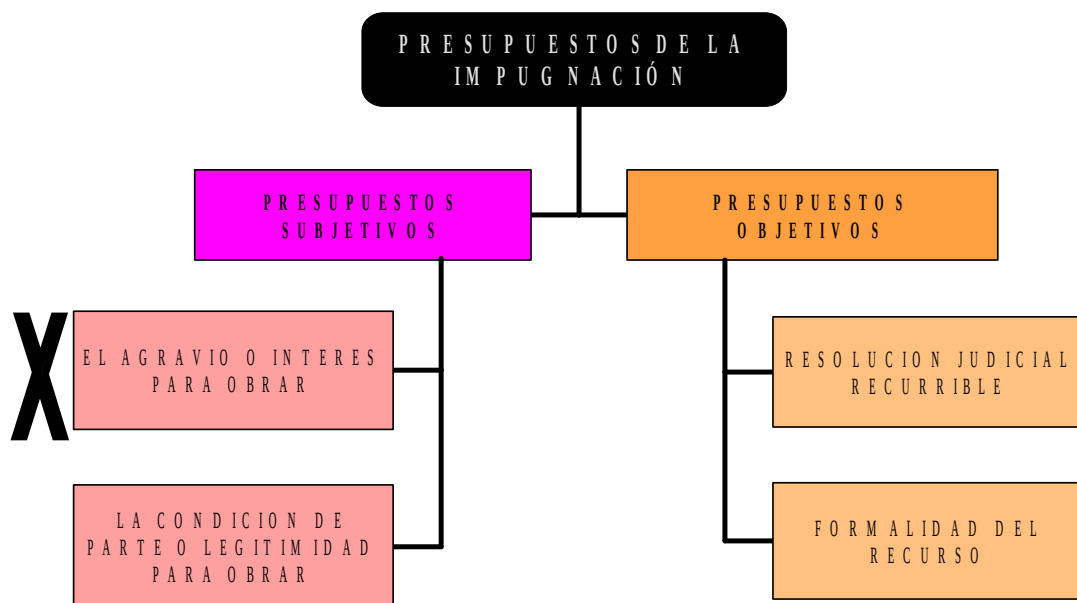
El derecho a recurrir es de «configuración legal»; su ejercicio, conforme lo ha determinado reiteradamente el Tribunal Constitucional exige el cumplimiento de cargas procesales por el impugnante, en otros términos, requisitos establecidos en la ley para que las partes puedan utilizar en el proceso los recursos de impugnación.^{57 58}

⁵⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, Sentencia del 25 de mayo del 2006, Caso: Compañía de Radiodifusión Arequipa S.A.C., Fundamento 3, en: <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/03261-2005-AA%20Resolucion.html>

⁵⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, Sentencia del 18 de enero del 2005, Caso: Gracia María Francisca Aljovín de Losada, Fundamento 4, en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00282-2004-AA.html>

La doctrina procesal es unánime en establecer que el recurso es objeto de un procedimiento legal, en el que los jueces y las partes tienen que observar un conjunto de reglas procesales.⁵⁹

De acuerdo al derecho procesal penal vigente, los requisitos o presupuestos legales del recurso de apelación son los siguientes:



Los tribunales de alzada al no apreciar la discrepancia del Fiscal Superior con el recurso de apelación de la sentencia interpuesto por el Fiscal Provincial, lo declaran procedente a pesar de carecer del presupuesto subjetivo: agravio o interés para obrar.

El interés para obrar como presupuesto del recurso es dinámico y no estático, tiene que mantenerse a lo largo del procedimiento recursal, pues de desaparecer genera su improcedencia.

César **SAN MARTIN CASTRO**, miembro de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia y ponente de la sentencia analizada, señala que el agravio o gravamen es el interés para impugnar que debe tener el autor del recurso, esto es, del resultado específico, del efecto que se busca producir en la situación concreta del impugnante.⁶⁰

Pablo **SANCHEZ VELARDE**, Fiscal Supremo en lo Penal, igualmente explica que solamente se puede interponer recurso de apelación “cuando sea la parte efectivamente agraviada”.⁶¹

⁵⁹ Rafael HINOJOSA SEGOVIA, Obra colectiva, Derecho Procesal Penal, Páginas 600 y 601, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, España, 1997.

⁶⁰ César SAN MARTÍN CASTRO, Obra citada, Tomo II, Página 936.

⁶¹ Pablo SÁNCHEZ VELARDE, Manual de Derecho Procesal Penal, Página 858, Idemsa, Lima, Perú, 2004.

Claus **ROXIN**, el maestro alemán, igualmente establece que el gravamen es un requisito de procedencia del recurso; señala que “quien no es afectado por una decisión que lo perjudica, no tiene un interés jurídicamente protegido en su corrección, por cuya causa tendría que concedérsele un recurso. La existencia de un gravamen, es, por ello, presupuesto general material de la interposición de los recursos”.⁶²

El autor argentino Roberto G. **LOUSTAYF RANEA** comentando el interés como requisito para recurrir afirma que así como en la demanda debe existir un interés que justifique su presentación, “también para la procedencia del recurso de apelación debe existir un interés jurídico que lo justifique... hay que tener interés para ejercer la facultad de impugnación”.⁶³

El interés para obrar en el recurso se verifica mediante el agravio o gravamen que la resolución impugnada tiene que producir al recurrente.⁶⁴

Dado a que el Código de Procedimientos Penales de 1940 no regula adecuadamente a los presupuestos de la impugnación, su fundamento, además de en la doctrina y jurisprudencia, se tiene que ubicar en las siguientes normas procesales:

- ± Artículo 300 incisos 5 y de 6 del Código de Procedimientos Penales: la carga de la fundamentar del recurso de apelación de sentencia del proceso sumario exige el establecer el agravio.
- ± Artículo 297 inciso 2 que regula el recurso de queja extraordinaria, al interpretarlo se establece que la carga de postulación de la violación de un derecho procesal constitucional es precisamente la fijación del agravio, que se aplica por extensión a todos los recursos.⁶⁵
- ± Artículo 366 del Código Procesal Civil aplicado vía interpretación sistemática o fuente supletoria.

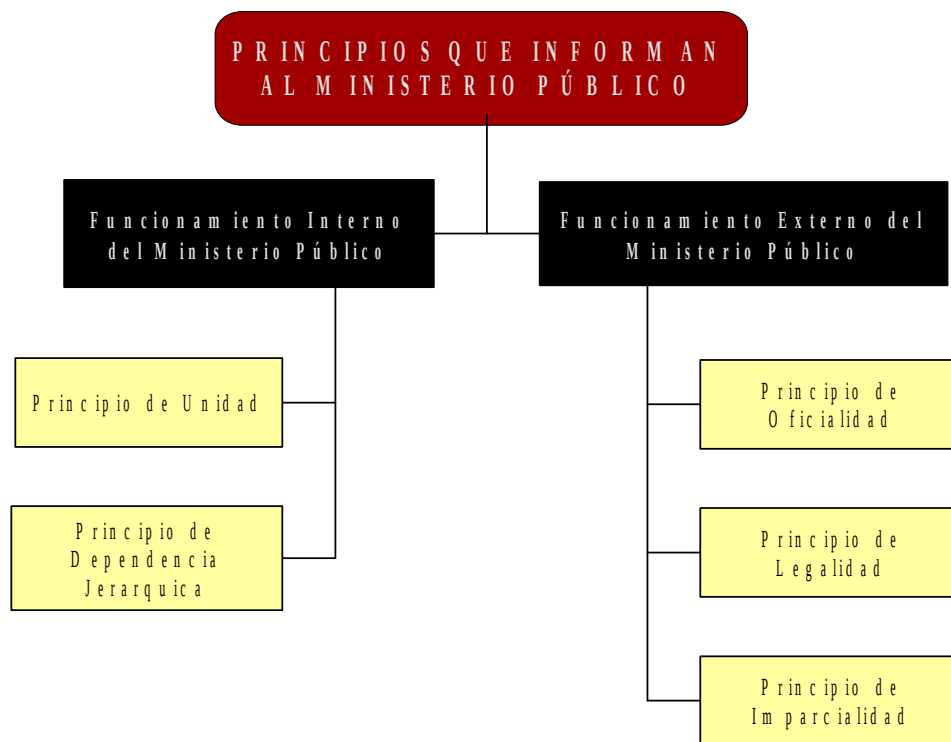
El sistema constitucional y el sistema procesal penal vigentes en el Perú establecen el funcionamiento del Ministerio Público a través de diversos principios que se grafican a continuación:

⁶² Claus **ROXIN**, Derecho Procesal Penal, Primera reimpression de la edición en castellano, Página 448, Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 2001.

⁶³ Roberto G. **LOUSTAYF RANEA**, El Recurso Ordinario de Apelación en el Proceso Civil, Tomo 1, Página 195, Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1989.

⁶⁴ *Ibidem*, Página 196.

⁶⁵ En España el Tribunal Constitucional ha extendido los requisitos de impugnación del recurso de casación al resto de recursos contra sentencias firmes. Ver: Manuel **ORTELLS RAMOS**, Obra colectiva, Derecho Jurisdiccional, Tomo III, Proceso Penal, Página 425, José María Bosch Editor, Barcelona, España, 1995.



El Supremo Tribunal Penal ha destacado dos principios que rigen el funcionamiento interno del Ministerio Público; la unidad y la dependencia funcional.

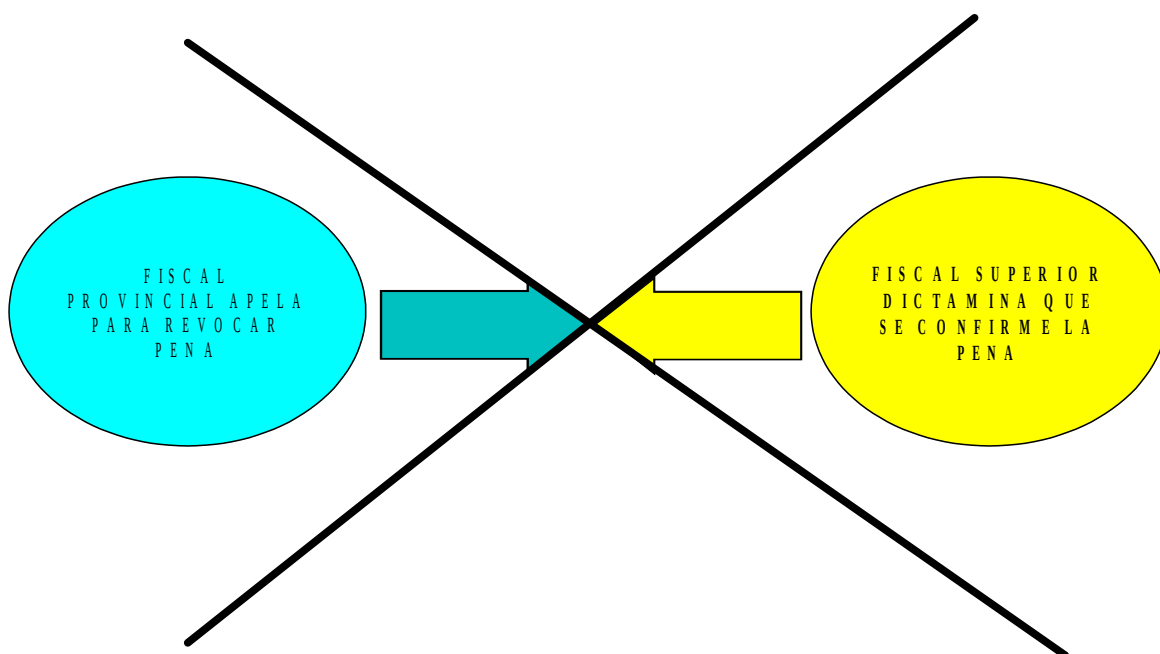
Por el principio de unidad el Fiscal Provincial y el Fiscal Superior *no son partes distintas en el proceso penal, integran el mismo sujeto procesal: el Ministerio Público.*



El principio de unidad impide que el Ministerio Público pueda mantener en el proceso dos pretensiones contradictorias a la vez.

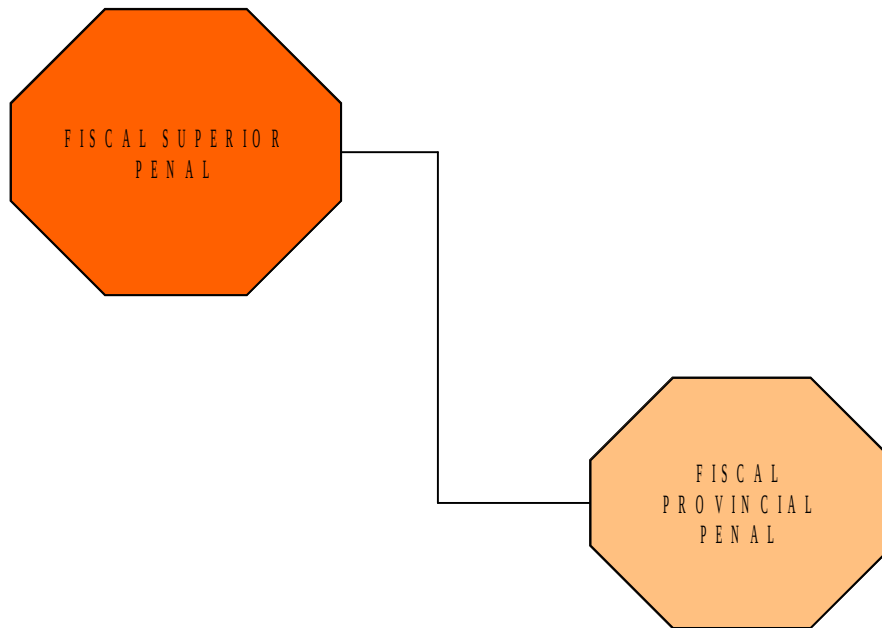
El principio de unidad impide que en el mismo proceso penal el Ministerio Público pretenda a la vez, que se revoque y confirme la sentencia; solamente puede solicitar la revocatoria o la confirmatoria.

Así por ejemplo no admite el principio de unidad de la función el siguiente supuesto:



El **principio de dependencia jerárquica** determina la potestad de imposición que tiene el Fiscal Superior sobre el Fiscal Provincial, siendo una manifestación el llamado control jerárquico que permite a aquél ordenar a éste denunciar o acusar a pesar de haber decidido no formular denuncia o emitido un dictamen no acusatorio.

El **principio de dependencia jerárquica** produce que la decisión del Fiscal Superior incida sobre la del Fiscal Provincial; así como puede dejar sin efecto el dictamen no acusatorio, igualmente el recurso de apelación a través del desistimiento.



2.2) La potestad anulatoria del órgano jurisdiccional de los dictámenes no acusatorios del Ministerio Público.

El principio acusatorio determina que el Juez o la Sala Penal ya no pueda continuar el proceso cuando el Ministerio Público con la realización de un dictamen no acusatorio, cesa el ejercicio de la acción penal, pues sin esta no es posible que se ejerza jurisdicción y exista proceso.

Sin embargo, el Tribunal Supremo en lo Penal en el considerando cuarto de la sentencia destaca que los órganos jurisdiccionales tienen la potestad de anular el dictamen no acusatorio, a pesar del cese del ejercicio de la acción penal, a partir de “una ponderación de otros derechos fundamentales en conflicto”.⁶⁶

El reconocimiento de la potestad anulatoria del dictamen no acusatorio no significa que el Poder Judicial desconoce al principio acusatorio; sino la correcta determinación que la decisión de no formular requisitoria constituye un acto procesal del Ministerio Público y por tanto es objeto de sanción de nulidad cuando en su realización se violan derechos fundamentales de las otras partes del proceso.



⁶⁶ SALA PENAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA, proceso penal # 1678-2006, sentencia del 13 de abril del 2007, considerando cuarto.

En efecto, el procedimiento se desarrolla a través de los actos procesales que realiza el Juez, las partes y los terceros que colaboran en el proceso; situación que no ha sido adecuadamente apreciada en la práctica judicial, en la que se desconoce implícitamente que el Fiscal realiza actos procesales de parte, y que como se vuelve a reiterar los mismos son objeto del nulidad procesal.

Ejemplo del problema señalado se tiene en el tratamiento de las nulidades procesales que se deducen contra la acusación por violación de la garantía de la determinación del hecho; mayoritariamente son rechazadas por los tribunales al negarse a tratar a la requisitoria como un acto procesal de parte, como sí se hace en el caso de las nulidades de las resoluciones judiciales. Considero que inconscientemente, a partir de una interpretación literal del artículo 298 del Código de Procedimientos Penales, se admite que solamente son pasibles de nulidad las resoluciones judiciales, esto es, los actos procesales de los jueces y no así «algunos» actos procesales del Ministerio Público.

Efectivamente, la contradicción se aprecia al comparar el tratamiento de la nulidad procesal de la acusación y el caso del dictamen no acusatorio; el Poder Judicial no determina, salvo supuestos excepcionales, la violación de los derechos fundamentales en la acusación al negarse a anularla; y sí lo hace con el dictamen no acusatorio, al reconocerse la potestad anulatoria de éste acto procesal de los fiscales.

El maestro argentino Jorge **CLARIÁ OLMEDO**, teniendo en cuenta los órganos que realizan los actos procesales, esto es el criterio subjetivo, establece la siguiente clasificación: ⁶⁷

Clasificación de los Actos Procesales	}	§ Actos del Tribunal.
		§ Actos de las Partes.
		§ Actos de Terceros colaboradores en el proceso.

Las nulidades procesales son consecuencia de las funciones que tienen las formas en el proceso penal. ⁶⁸

El destacado exponente del Derecho Procesal Penal argentino Alberto M. **BINDER** explica que en el proceso penal las formas tiene 3 funciones: ⁶⁹ ⁷⁰

⁶⁷ Jorge CLARIÁ OLMEDO, Derecho Procesal, Tomo II, Página 93, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1983.

⁶⁸ César Augusto NAKAZAKI SERVIGÓN, La garantía de la defensa procesal: Defensa eficaz y nulidad del proceso penal por indefensión, en: Universidad de Lima, Facultad de Derecho XXV años, Página 37, Fondo Editorial, 2006.

⁶⁹ Alberto M. BINDER, El incumplimiento de las formas procesales, página 49, Editorial AD-HOC, Buenos Aires, Argentina, 2000.

⁷⁰ César Augusto NAKAZAKI SERVIGÓN, La garantía de la defensa procesal, Obra citada, página 37.

FUNCIONES DE LAS FORMAS PROCESALES EN EL PROCESO PENAL

- § La función de protección del sistema de garantías.
- § La función de institucionalización del conflicto.
- § La función de objetividad del Ministerio Público.

Por la función de objetividad del Ministerio Público las formas procesales son “mecanismos de orden” que garantizan el debido ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público.^{71 72}

En tal virtud la nulidad de los actos procesales del Ministerio Público se producirá cuando la inobservancia de formas por el Fiscal constituya un inadecuado ejercicio de la acción penal; la sanción de nulidad en estos casos tiene su fundamento legal en el artículo 298 del Código de Procedimientos Penales que establece como causa de nulidad; la omisión de garantías establecidas en la ley procesal.

El Tribunal Penal Supremo ha señalado que procede la anulación del dictamen no acusatorio en los siguientes supuestos:

CAUSAS DE ANULACIÓN DEL DICTAMEN NO ACUSATORIO

- Ω Afectación del derecho a la prueba de la parte civil al formar parte del contenido esencial de la garantía de la defensa procesal.
- Ω Violación del deber de motivación adecuada del dictamen fiscal por notorias incoherencias, contradicciones o defectos de contenido.
- Ω Necesidad de ampliación de la instrucción por grave insuficiencia en la investigación.

Respecto a la primera causa de anulación del dictamen no acusatorio, la afectación del derecho a la prueba de la parte civil, la Sala Penal Permanente señala que esta se produce en tres casos:

- Cuando el fiscal al formular el dictamen no acusatorio omite valorar determinados actos de investigación o de prueba.
- Cuando el fiscal emite el dictamen no acusatorio a pesar de la negación inconstitucional por el Juez Instructor a admitir medios de investigación o de prueba pertinentes, que fueron ofrecidos en “la oportunidad, el modo y la forma de ley por la parte civil”.

⁷¹ Alberto M. BINDER, Obra citada, página 50.

⁷² César Augusto NAKAZAKI SERVIGÓN, La garantía de la defensa procesal, Obra citada, página 37.

- Cuando el fiscal emite el dictamen no acusatorio a pesar de la negación inconstitucional por el Juez Instructor a actuar medios de investigación o de prueba por situaciones irrazonables que no son imputables a la parte civil.

Respecto a la segunda causa de anulación del dictamen no acusatorio, violación del deber de motivación adecuada del dictamen fiscal por notorias incoherencias, contradicciones o defectos de contenido, la Sala Penal Permanente señala que esta se produce cuando el Ministerio Público no analiza determinados hechos que fueron objeto de la denuncia fiscal y el auto de apertura de instrucción. Puede agregarse a esta causa de anulación los supuestos de una propuesta arbitraria o errada de tipificación del hecho procesal.

Respecto a la tercera causa de anulación del dictamen no acusatorio, necesidad de ampliación de la instrucción por grave insuficiencia en la investigación, la Sala Penal Permanente no señala los supuestos en los que se produce, que en su mayor parte siempre tendrán como causa la violación del derecho a probar de la parte civil, por lo que su señalamiento o resulta innecesario, o funcionaría como un mecanismo supletorio para los casos de vulneración de otros derechos fundamentales de la parte civil.