

Escuela de Posgrado

MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO  
PENAL Y DERECHO PROCESAL PENAL

Tesis

**El enfoque sistémico como propuesta de la  
investigación preparatoria en el proceso  
penal peruano**

Fidel Hugo Palomino Leon

Para optar el Grado Académico de  
Maestro en Derecho con Mención en Derecho Penal y Derecho Procesal Penal

Huancayo, 2022

Repositorio Institucional Continental  
Tesis digital



Esta obra está bajo una Licencia "Creative Commons Atribución 4.0 Internacional" .

**Asesor**

Mg. Juan José Cárdenas Valdez

### **Dedicatoria**

A mis señores padres Nelly y Hugo por su ejemplo de educadores, con una cuota especial de atención a mi señora madre por su noble apoyo en el logro de este cometido académico.

### **Reconocimiento**

A la Universidad Continental,  
principalmente a los docentes de la  
maestría en Derecho con mención en  
Derecho Penal y Procesal penal.

El autor

## Índice

Asesor.....	ii
Dedicatoria.....	iii
Reconocimiento .....	iv
Índice de Tablas.....	ix
Resumen .....	x
Abstract.....	xi
Introducción .....	xii
Capítulo I Planteamiento del Estudio .....	14
1.1. Formulación del Problema.....	14
1.1.1. Problema general.....	21
1.1.2. Problema específico. ....	21
1.1.3. Problema específico. ....	21
1.1.4. Problema específico. ....	21
1.2. Justificación del estudio.....	21
1.2.1. Justificación Teórica. ....	21
1.2.2. Justificación jurídica.....	22
1.2.3. Justificación práctica.....	22
1.2.4. Justificación de relevancia social. ....	22
1.3. Antecedentes relacionados con el tema .....	22
1.4. Presentación de objetivos general y específico .....	40
1.4.1. General.....	40
1.4.2. Específico .....	40
1.4.3. Específico .....	40
1.4.4. Específico .....	40
1.5. Limitaciones del Estudio.....	40
Capítulo II Marco Teórico.....	41
2.1. 2.1 Enfoque sistémico: .....	43
2.1.1. Consideraciones generales.....	43
2.1.2. Elementos primarios del enfoque sistémico .....	45
2.1.3. Paradigma de la complejidad.....	47
2.1.4. Distancias entre la complejidad y la simplicidad.....	51

2.1.5.	La intuición como pensamiento no sistémico. ....	53
2.2.	Generalidades de la teoría de los sistemas: .....	54
2.2.1.	Concepto de Sistema.....	60
2.2.2.	Relación sujeto – objeto.....	61
2.2.3.	Categorías específicas de la teoría de sistemas. ....	62
2.2.4.	Los sistemas en el tiempo.....	63
A.	Edad antigua .....	63
B.	Renacimiento .....	64
C.	Siglo XIX y XX: .....	64
D.	Siglo XXI era digital. ....	64
2.2.5.	Tipología de los sistemas.....	65
A.	De acuerdo con las características. ....	65
B.	De acuerdo a su dirección. ....	65
C.	De acuerdo a la triada filosófica.....	66
2.2.6.	Escenarios que confirman o niegan un sistema. ....	67
2.2.7.	Rasgos esenciales de todo sistema. ....	70
2.3.	Sistema Penal .....	72
2.3.1.	Relaciones entre sistema sustancial y procesal .....	75
2.3.2.	Distinción entre norma penal y norma procesal. ....	75
2.3.3.	Relaciones inestables de ambos sistemas.....	78
2.3.4.	Sistema penal sustancial .....	83
A.	Teoría del delito.....	83
B.	Corrientes que define el concepto de delito. ....	86
C.	La imputación objetiva .....	88
D.	Dominio del hecho e infracción del deber .....	90
2.3.5.	Sistema Procesal Penal .....	93
A.	Características del sistema procesal penal.....	94
B.	Modelo procesal acusatorio, garantista y adversativa....	96
C.	El Proceso Penal común .....	97
D.	La investigación preparatoria.....	98
E.	Etapa intermedia. ....	101
F.	Etapa de juzgamiento. ....	103
G.	La prueba penal .....	105

H.	Objeto de prueba.....	105
I.	El rol del fiscal en el sistema penal .....	111
2.4.	Investigación preparatoria .....	123
2.4.1.	La acción penal Publica. ....	123
2.4.2.	Definición: .....	126
2.4.3.	Papel de la acción penal en el proceso penal. ....	129
2.4.4.	Características de la acción penal. ....	130
2.4.5.	Investigación penal y actos de investigación.....	131
2.4.6.	Los actos de investigación. ....	132
A.	Secuencia de los actos de investigación. ....	133
2.5.	Enfoques aplicables a la investigación preparatoria .....	142
2.5.1.	Enfoque sistémico.....	143
A.	Dogmático de la investigación .....	144
B.	Investigación por objeto de la prueba .....	145
C.	Investigación por rol normativo del Fiscal. ....	145
2.5.2.	Enfoque asistémico.....	146
Capítulo III	Verificación en Campo de los Enfoques Aplicables y Metodología de la Investigación.....	148
3.1.	Diseño de investigación.....	148
3.2.	Población y muestra .....	150
3.3.	Proceso de muestreo .....	150
3.4.	Técnicas e instrumentos.....	151
3.5.	Recolección de datos. ....	151
3.6.	Validación de instrumentos:.....	153
Capítulo IV	Resultados .....	154
4.1.	Resultados .....	154
4.1.1.	Aplicación del enfoque sistémico en la investigación preparatoria. ....	154
4.1.2.	Enfoques que se emplean en la investigación preparatoria .	157
4.1.3.	Enfoque desarrollado por la fiscalía penal de concepción....	160
4.1.4.	Fundamento, característica y condición de aplicación del enfoque sistémico en la investigación preparatoria .....	166
4.2.	Análisis de los resultados .....	167

4.2.1.	Propuesta de aplicación del enfoque sistémico:.....	167
4.2.2.	Definición de enfoques empleados .....	168
4.2.3.	Verificación del desarrollo de los enfoques: .....	170
4.2.4.	Establecer fundamentos características y condiciones: .....	172
4.3.	Discusión de resultados .....	173
4.3.1.	Respecto del primer resultado .....	173
4.3.2.	Respecto del segundo resultado.....	175
4.3.3.	Respecto del tercer resultado .....	177
4.3.4.	Respecto del cuarto resultado .....	178
	Conclusiones .....	180
	Recomendaciones .....	181
	Referencias Bibliográficas.....	182
	Anexos.....	187
	Anexo 1: Entrevista sobre investigación preparatoria .....	187
	Anexo 2: Ficha de verificación de carpeta fiscal de la investigación preparatoria.....	189
	Anexo 3: Matriz de Consistencia.....	190

## Índice de Tablas

<b>Tabla 1</b>	Resultado consolidado teórico de aplicación del enfoque sistémico ....	157
<b>Tabla 2</b>	Resultado consolidado tipología de enfoques aplicados .....	157
<b>Tabla 3</b>	Resultado consolidado de entrevistas fiscales de penales.....	160
<b>Tabla 4</b>	Resultado consolidado de análisis de carpeta fiscal .....	164
<b>Tabla 5</b>	Fundamentos de enfoque sistémico .....	166

## Resumen

La tesis propuso -en el contexto del proceso penal- la aplicación del enfoque sistémico en la investigación preparatoria, construyó una tipología de dos enfoques -i) el enfoque sistémico y) el enfoque intuitivo o por convicción-, verificó en campo cómo se desarrollaron estos enfoques y planteo, los fundamentos, características y condiciones de aplicación del enfoque sistémico. Es decir, se buscó una pauta teórica a la investigación preparatoria para mejorar su efectividad en el proceso penal, lo que implicó analizar la mirada íntima y personalísima del fiscal y sintetizar la funcionalidad de los actos de investigación -sección teórica de la producción de la prueba-. Para ello, el trabajo se basó en el análisis de fuentes, bibliográficas, normativas, doctrinales y de opinión referidas a la teoría de sistemas -enfoque sistémico- y el proceso penal -investigación preparatoria-, además realizó una breve verificación en el campo sobre el empleo de esta tipología de enfoques, labor que comprometió un global de 24 meses. Al término de esta tesis, el resultado más relevante se centra en la comprensión de la función y estructura de la investigación preparatoria dentro del sistema penal cuyo conocimiento concluye al proponer la averiguación de la verdad a través de una pauta “libre y sistémica”, traducida en actos de investigación fiscal que incluya una temática tripartita -elementos dogmáticos del delito, el objeto de la prueba y el rol fiscal-, rutas de conexión con el sistema penal.

**Palabras claves:** Enfoque, sistémico, intuitivo, investigación preparatoria.

## **Abstract**

The thesis proposed in the context of criminal proceedings- the application of the systemic approach in preparatory research, I build a typology of two approaches -) the systemic approach and) the intuitive approach or by conviction-, verified in the field how these approaches were developed and I raise, ios foundations, characteristics and conditions of application of the systemic approach. In other words, a theoretical guideline to the preparatory investigation was sought to improve its effectiveness in the criminal process, which implied analyzing the intimate and very personal look of the prosecutor and synthesizing the functionality of the investigation acts -theoretical section of the production of the evidence - For this, the work was based on the analysis of sources, bibliographic, normative, doctrinal and opinion referred to the theory of systems -systemic approach- and the criminal process -preparatory investigation-, also carried out a brief verification in the field on the use of this typology of approaches, work that committed a global of 24 months. At the end of this thesis, the most relevant result focuses on the understanding of the function and structure of the preparatory investigation within the penal system, the knowledge of which concludes by proposing the investigation of the truth through a "free and systemic guideline, translated into acts of tax investigation that include a tripartite theme, dogmatic elements of the crime, the object of the evidence and the prosecutor's role, routes of connection with the criminal system.

**Keywords.** Approach, systemic, intuitive, preparatory investigation|

## Introducción

En el Perú se aplica progresivamente hace 14 años el DL 957-2004, que estructura normativamente el Nuevo Modelo Procesal Penal, fuente normativa que encuentra en la investigación del delito -primera etapa del proceso penal-, una regulación apegada a la convicción del operador fiscal -proclive a la intuición, punto de partida de una generalización inapropiada y motivo de innovación teórica que mientras sea mirada con el lente de la convicción persistirán prácticas defectuosas de la investigación y repercutirán en la tutela jurisdiccional. Esta investigación por tanto trata de un problema teórico de consecuencias prácticas, cuya relevancia radica en sentar las bases de una pauta teórica sistémica destinada a la actividad probatoria específicamente a la producción de los actos de investigación.

La tesis propone en el contexto del proceso penal la aplicación del enfoque sistémico en la investigación preparatoria, construye una tipología de dos enfoques -i) el enfoque sistémico y) el enfoque intuitivo o por convicción-, verifica en campo cómo se desarrollaron estos enfoques y plantea los fundamentos, características y condiciones de aplicación del enfoque sistémico, destinado a explicar y comprender la función y estructura de la investigación preparatoria dentro del sistema penal.

Con esa finalidad, la tesis adoptó predominantemente un desarrollo de tipo teórico dogmático, aplicando el estudio del derecho en abstracto (los objetivos no se perciben sensorialmente), la finalidad propositiva de esta investigación jurídica fue la reconstrucción del núcleo teórico de un segmento del derecho procesal penal -investigación delictual y proceso penal-, teniendo que el método de investigación fue sistemático, hizo referencia a la construcción de la teoría, basada en los datos empíricos que la sustentan, siguiendo los procedimientos de análisis. Esta formulación teórica, se consolida, descubre, desarrolla por la recogida de datos y su análisis correspondiente, relacionados con ese fenómeno, en esta investigación se toma como fuente a los propios operadores fiscales y se estudió en profundidad un caso penal, destinado a verificar la tipología de enfoque empleado.

De este modo la investigación transitó por cuatro capítulos claramente definidos, el primero que comprende el planteamiento del estudio, problematiza el objeto de investigación y reseña los antecedentes relacionados al tema; el segundo desarrolla el marco teórico y compila los enfoques aplicables distinguiéndose dos grupos, i) enfoque sistémico – resalta la función y estructura de la investigación en relación al sistema procesal penal, interactúa la dogmática penal aplicada, criterios de imputación objetiva, dominio del hecho e infracción del deber, abarca también el objeto de la prueba, la imputación, punibilidad, responsabilidad civil derivada del delito y rol normativo del Fiscal – y ii) enfoque asistémico, intuitivo o de convicción producto de un desajuste normativo y una visión tradicional del operador afianzado por un pensamiento sin orden metodológico, sin perspectiva funcional y colmado de sesgo causal-naturalista. El tercer capítulo comprende la verificación empírica y breve en campo recabando intencionalmente de una población pequeña de operadores fiscales sus testimonios técnicos vía entrevista y el uso de instrumento de revisión documental de carpeta fiscal, con el propósito de establecer el tipo de enfoque empleado por el fiscal penal en la práctica, ambos instrumentos destinados a graficar una realidad concreta. Finalmente, en el cuarto capítulo se establece los fundamentos, características y condiciones de aplicación del enfoque sistemático en la investigación preparatoria.

## **Capítulo I**

### **Planteamiento del Estudio**

#### **1.1. Formulación del Problema**

El Estado Peruano según su sistema constitucional, porta un catálogo de deberes generales y especiales con el ciudadano, dichos deberes se estructuran según la tipología de los derechos, así cuando se trate de un derecho civil, la obligación será negativa, cuando se trate de un derecho social la obligación será positiva y cuando se trate de un derecho de la solidaridad, la obligación cobrará una manifestación mixta. Por ejemplo, refiriendo específicamente a los derechos sociales, educación, salud, seguridad social, trabajo, la vigencia no se colma con la declaración literal del derecho sino con el despliegue de una actuación positiva del Estado, que genere todo un sistema complejo –estructural y funcional- de normas, intervención de actores y medios físicos, que habilite el ejercicio por cada derecho, es decir dentro de este sistema constitucional adoptado por el Estado, nacen diversos sistemas por orden temático de derechos, sistema educativo, sistema de salud, sistema de justicia entre otros cuya interacción mantiene en vida al Estado y la sociedad.

Precisamente al explicar el sistema de justicia se advierte también la lógica bidireccional de los derechos y deberes, conforme el artículo 2° y el artículo 44° de la Constitución, mientras el primero traza el “derecho fundamental al libre desarrollo y bienestar de las personas”, el segundo impone el deber al Estado, de “promover el bienestar a través de la justicia”, por ello cuando en la realidad una persona mata a otra el derecho de bienestar individual se rompe activando una alarma social, que empuja al Estado tutelar el derecho y permitir el acceso a la justicia o como lo dijera Ribotta (2012) “la necesidad jurídica de la población para la efectiva realización de sus derechos” (p.27). Bajo los términos del ejemplo anterior, la causación de la muerte, activa una cadena de sistemas estratificados y conectados, sistema de justicia, sistema

de justicia penal, sistema sustancial penal, sistema procesal penal y sistema de ejecución penal; los cuales confluyen en el instituto jurídico denominado “proceso penal peruano” que no es otra cosa sino el método oficial de gestión del conflicto penal, que de hecho tiene una función principal y colateral como lo afirma García (2019) la averiguación de la verdad -superar un estado de incertidumbre- esclarecimiento del conflicto, la protección del inocente, la sanción del culpable, la reparación de la víctima y la debida aplicación de la norma penal sustancial” (pp-1-24), funciones que armonizan con la estructura del proceso que el Estado adoptó; quedando claro que el proceso penal es el estrato inferior de varios sistemas, goza de una estructura y función que responde a dichos sistemas.

Ahora bien el proceso penal, regulado por el Decreto Legislativo N° 957-2004, es un proceso de corte garantista, de diseño cognoscitivo, regido por el principio procesal “no hay juicio sin acusación” y “no hay acusación sin prueba”, máximas que se originaron en la “Teoría del Garantismo Penal” del profesor Ferrajoli (1989) del sistema Eurocontinental y que ha sido replicado en el Perú; gracias a estos principios garantistas el proceso penal adoptó secuencias, estaciones, escalones o niveles de adquisición de conocimiento y que estructuran al proceso por etapas tal como lo regula la Sección I, II y III del Libro Tercero del DL 957– y que además jurisprudencialmente la Sentencia Casatoria N°1-2017/CIJ-433, equiparó dichas etapas del proceso con niveles de sospecha, siendo por tanto el denominador común en la doctrina, la norma y la jurisprudencia el reconocimiento del proceso penal como un proceso cognitivo.

Entonces si un ciudadano es hallado responsable por la muerte de una persona, se infiere que el proceso determinó la verdad y transitó por tres fases del conocimiento i) prueba, ii) acusación y iii) juicio. Hasta aquí pareciera armónica la descripción, sin embargo, los niveles del conocimiento ocultan un problema generalizado, constitutivo de una oportunidad para innovar en un punto teórico que la teoría del garantismo, la norma procesal ni la jurisprudencia lo aborda y se refiere al eslabón previo a la prueba, quiere decir

si la prueba es eslabón de la acusación y la acusación del juicio, ¿cuál es el eslabón previo la prueba? Aun cuando parece una obviedad, porque la prueba no cae del cielo, si no que no es consecuencia de los actos de la investigación preparatoria, entonces ¿Cómo debe responder la investigación a esta cadena garantista, será acaso la libertad, la convicción o la razón la pauta de la investigación?

Esto tiene que ver con un primer factor que es la insuficiencia teórica daga a la “producción de la prueba” pues al comparar los tres eslabones del garantismo “prueba, acusación y juicio”, con la teoría de la “actividad probatoria” que explica Talavera (2017, p.159) se puede asociar “prueba a producción de la prueba, “acusación a ofrecimiento de la prueba” y “juicio a valoración de la prueba”; donde notoriamente la corriente doctrinaria dedica su atención mayoritaria a los temas de admisión y valoración de la prueba que son el segundo y tercer eslabón de la actividad probatoria, tratados bajo el punto de vista racional de la decisión judicial; dejando sobreentendida o a la deriva la producción de la prueba -primer eslabón de la actividad probatoria-; problema capital pues, si la “admisión como la valoración de la prueba” son decisiones a cargo del Juez, la “producción de la prueba” lo es a la “decisión fiscal” no siendo lógico que se exija racionalidad al juez e intuición al fiscal, cuando la función de este último es cimentadora del proceso y de toda la actividad probatoria, es decir ¿es válido tratar a la investigación preparatoria bajo la convicción (intuición) y el juicio con la razón? Gonzalez Lagier (2020), refiere que “tanto la razón como la intuición son dos caminos para descubrir la verdad pero sus precios y consecuencias son distintas” (p.102).

Un segundo, factor problemático, tiene origen en el desajuste normativo presentado entre el artículo 5° de la Ley Orgánica del Ministerio Público, los artículos 321° y 253° del Código Procesal Penal, el primer dispositivo faculta al operador fiscal “investiga bajo su criterio objetivo”, el segundo refiere la obligación de “recabar elementos de convicción” y el tercero el deber de “averiguar la verdad”; es decir se puede inferir válidamente que la averiguación de la verdad puede tomar dos caminos el primero regido por un

criterio objetivo o el segundo regido por un criterio de convicción, sin embargo verificado que en 29 momentos el término “elementos de convicción” es mencionado en el Código Procesal Penal, se infiere que el camino pensado por el legislador para la averiguación de la verdad es bajo un criterio de convicción, que al ser una opción insegura, subjetiva, personalísima de sentir y de corazonadas no asegura una averiguación técnica, objetiva, seria ni sistémica de la verdad, puede responder a los fines del proceso pero no por un acto racional sino casual, lo que es incompatible con el sistema garantista que el modelo procesal adoptó. Cabe señalar, si bien el operador fiscal goza de libertad probatoria para obtener la prueba, está no puede encontrarse sujeta en la convicción pues es un exceso de la libertad que causa desconexión con el sistema, queda en evidencia que la investigación preparatoria a diferencia del juicio no cuenta con una pauta objetiva o sistemática clara, ya que en juicio la libre valoración a cargo del juez, tiene un estándar mínimo que evita caer en la íntima convicción, artículo 158° del Código Procesal Penal.

De igual modo, factor ligado a esta corriente de convicción que atraviesa la investigación preparatoria se evidencia en la reitera reglamentación que la Fiscalía de la Nación del Perú ha creado directa y colaborativamente, en línea de los últimos 15 años, destacando entre diversas resoluciones y directivas, tres específicas: i) Manual para el desarrollo del plan de investigación fiscal (2012), Manual de la investigación preparatoria en el proceso común (2012), y más recientemente el Decreto Supremo N°10-2018, Protocolo de actuación interinstitucional de carácter sistémico y transversal para la aplicación del Código Procesal Penal, dispositivos que muestran la intención institucional de fijar una pauta de actuación fiscal -válido y legítimo- pero que sin embargo sus contenidos son contradictorios alientan la convicción de los actos fiscales y a su vez tasan determinadas diligencias, en ambos casos inapropiado, ritualiza el proceso cognitivo y reduce la función, incluso hasta confunde la actividad probatoria, tal como en el Manual de Investigación 2012 en su página 47 que equipara “ubicación y preservación de la prueba” con “valoración de la prueba”, dos temas distintos a cargo de dos actores distintos, pero que a decir

del manual sería lo mismo, siendo claro que el problema de los actos de investigación por convicción se fortalecen con estos manuales.

Este criterio de convicción tolerado por la doctrina, la norma y la posición institucional del Ministerio Público, repercute negativamente en la gestión eficiente de los casos penales, véase que las estadísticas del Ministerio Público (MP, 2019) contenidas en el Boletín Estadístico Marzo de 2019 y del Poder Judicial (PJ, 2015) señalada en el III Informe Estadístico Nacional 2015, se resumen referencialmente del modo siguiente: i) Según la estadística del Poder Judicial, para diciembre del año 2015 mostró que el 54.87% del total de la carga ingresada por el Ministerio Público fue sobreseída por motivo de que los casos promovidos nunca constituyeron delito, mientras que el Ministerio Público para el mes de marzo 2019 tuvo una carga ingresada de 309,654, es decir si el porcentaje de sobreseimiento persistió en el año 2019 se habrán archivado 154 827 casos cuál será el porcentaje en la actualidad a nivel nacional. Si bien estos datos no guardan correspondencia con los años, es una referencia para establecer que el sistema penal dedica la mitad de su tiempo, inversión de gasto logísticos y profesional en la tramitación e investigación de casos que no tienen proyección de éxito y futuro y donde operó simplemente un juego de expectativas de tutela para las partes. Si esta relación cualitativa de datos referenciales tomados sin mayor rigor académico pueden parecer preocupantes otra información esta vez de carácter local correspondiente al Juzgado de Investigación Preparatoria de Concepción (JIPC, 2019) -Hitos Estadísticos 2019- muestran que a diciembre del año 2019 que el 41.99% de las causas llevadas a etapa intermedia fueron sobreseídas es decir la casi la mitad de casos formalizados no pasaron a juicio por motivo vinculado con que el hecho no constituía delito, de lo que se infiere en líneas generales que la predominancia de la convicción -intuición- impide planeamientos estratégicos, racionales, objetivos y filtrar casos penales fictos, que tras un largo camino se archivan en perjuicio del ciudadano y también del Estado.

Diversas investigaciones que anteceden a la presente reafirman la ligazón moderada pero indefectible de la investigación con el proceso por ejemplo la investigación de Isaga (2017) por la Universidad de Huánuco estableció la importancia cualitativa de la investigación preparatoria, respecto de la reconstrucción del conocimiento delictual en materia de corrupción; por su parte Rodríguez (2017) remitiéndose al distrito Judicial de Huaura, planteó la vinculación del paso entre la investigación y la acusación; Nación (2017) concluye que la imputación sería depende del previo desarrollo de una investigación técnico jurídica, no es posible desconectar la imputación sin la planificación de la investigación. A nivel internacional CONICIT-Chile (2017) órgano de investigación adscrito al Ministerio de Justicia, establece que la investigación es la cimentación del proceso la investigación debe amalgamar la norma penal y la norma procesal con miras a promover el adecuado esclarecimiento de un hecho penal la aplicación de estas normas no tendrá finalidad y no guardar relevancia para el Estado.

Igualmente en la jurisprudencia nacional, la reciente sentencia del 30 de agosto de 2020 Casación N°36-2019 reafirma que la verdad es resultado del conocimiento, reconociendo que el proceso penal es un método de regulación jurídica destinado a conocer la verdad dónde la búsqueda de esta, se construye a partir de la sospecha a través de la investigación marco que para reafirma la importancia de redescubrir el sentido cognitivo del proceso penal, también la sentencia del 4 de marzo de 2019 Casación N° 438-2017, recuerda que la libertad probatoria engarza la obtención de la prueba y la valoración de la prueba; otra jurisprudencia del 11 de octubre del 2018 Casación N° 528-2018 señala que las diligencias preliminares deben ser interpretadas de modo sistémico pues los actos de investigación no deben sujetarse a temporalidades sino a la búsqueda de una decisión del operador fiscal. Se advierte que estas jurisprudencias caminan en la línea de reconocer la verdad como fin del proceso pero no se establece las condiciones o requisitos para construir la verdad desde el plano de la investigación al juicio. No obstante en el plano convencional el caso Fermín Ramírez contra Guatemala precisó que los Estados tienen la libertad de decidir qué sistema procesal penal eligen

pero su adopción no debe variar bajo el respeto de las garantías establecidas por la convención coloca a la calificación jurídica de los hechos como una obligación ineludible del Estado responsable la investigación penal precisando además entre las obligaciones convencionales la verificación cuidadosa y efectiva de la existencia de una conducta delictiva, lo que en resumen se perfila como un requisito del enfoque sistémico que en el ámbito nacional se ha considerado de modo superficial, del mismo modo en el caso Barreto Leiva contra Venezuela se reproduce la importancia del desarrollo eficiente de las investigaciones penales, mencion técnica sin desarrollo que encuentra conexidad con el enfoque sistémico que se plantea en la presente. En la misma línea, el Sistema Regional Europeo a través del Tribunal Europeo reitera que los Estados en general deben proteger el derecho ciudadano a una investigación efectiva que impone una actuación de las autoridades destinadas a conceder el acceso de la justicia. La investigación efectiva es el punto de partida de la tutela jurisdiccional y el derecho a obtener una sentencia. Este ángulo desde el que se que explica el valor de la investigación es compatible con el enfoque sistémico pues recae en lo mismo, derecho del ciudadano y deber del Estado.

A todo esto, la pretensión de esta investigación se orienta a modificar la mirada del operador fiscal respecto de la investigación, es decir a comprenderla y explicarla desde un plano racional coherente con el sistema penal y alejada de la convicción o intuición, de modo que preserve una investigación libre pero sujeta a una pauta sistemática donde confluyan la norma sistémica procesal -objeto de la prueba-, sistémico sustancial -elementos dogmáticos del delito- y el rol del fiscal; para ello se pretender utilizar dos instrumentos el análisis y la síntesis, el primero corresponde a un paradigma de carácter simple que lleva a descomponer la investigación preparatoria en sus partes y determinar la función de cada uno lo segundo de carácter sintético que acoge el paradigma de la complejidad y mira no al interior de la investigación preparatoria como lo hace el análisis, sino fuera de ésta para establecer su función como componente de un sistema más grande.

La investigación preparatoria debe ser entendida como el primer escalón de un método destinado a determinar la verdad.

Definitivamente, la propuesta teórica, lanzada en este documento, traerá beneficios en el proceso cultural de aprendizaje de la reforma procesal penal, Decreto Legislativo 957, que a pesar de haber transcurrido 17 años de la vigencia, 15 de su inicio progresivo y 6 años de sus aplicación en Junín, se verifican actuaciones procesales torcidas del operador fiscal que merecen encarrilarse enfocando el sistema y no privilegiando el convencimiento personalísimo de cada quien, por lo que en este proceso cultural de aprendizaje de la reforma el principal favorecido en el tiempo es el ciudadanos portador del derecho a la tutela jurisdiccional.

**1.1.1. Problema general.**

¿Cómo aplicar el enfoque sistémico en la investigación preparatoria?

**1.1.2. Problema específico.**

¿Cuáles son los enfoques que se emplean en la investigación preparatoria?

**1.1.3. Problema específico.**

¿De qué manera se desarrollan los enfoques en las investigaciones preparatorias en la fiscalía penal de Concepción?

**1.1.4. Problema específico.**

¿En qué consisten los fundamentos, características y condiciones de aplicación del enfoque sistémico en la investigación preparatoria?

**1.2. Justificación del estudio**

**1.2.1. Justificación Teórica.**

Esta investigación es necesaria para contribuir con una sección de la teoría de la producción de la prueba, bajo una pauta “libre y sistémica” como condición de la investigación preparatoria.

### **1.2.2. Justificación jurídica.**

Esta investigación es necesaria para establecer un criterio racional de interacción de tres temáticas normativas, las normas que desarrollan los elementos del delito, el objeto de la prueba y el rol fiscal-, rutas de conexión con el sistema penal.

### **1.2.3. Justificación práctica.**

Esta investigación es necesaria para impedir la normalización de la convicción -intuición- en la investigación fiscal, así permitir planeamientos estratégicos, racionales, objetivos y sistémicos en los casos de tramitación diaria.

### **1.2.4. Justificación de relevancia social.**

Coopera con el proceso cultural de aprendizaje de la reforma procesal con el principal favorecido el ciudadano portador del derecho a la tutela jurisdiccional.

## **1.3. Antecedentes relacionados con el tema**

En lo que respecta a los antecedentes de la investigación, efectuado la búsqueda en los repositorios de las universidades que concentra la región Junín, no se logró encontrar antecedente con relación al tema de investigación, por lo que se tuvo que recurrir a los registros del ámbito nacional teniendo lo siguiente:

- Rodríguez (2017) elaboró la investigación denominada “La investigación preparatoria y la acusación fiscal en el distrito judicial de Huaura – Huacho, 2015”, investigación básica correlacional, publicada a través de la Escuela de Post Grado de la Universidad Cesar Vallejo de Lima Norte. Huacho, coligiéndose los siguientes objetivos: Determinar la relación que existe entre la investigación preparatoria y la acusación fiscal en el distrito judicial de Huaura - Huacho 2015. Establecer la relación entre denuncia y acusación fiscal en el distrito judicial de Huaura- Huacho, 2015. Conocer la relación entre diligencias y acusación fiscal en el distrito judicial de Huaura- Huacho, 2015. Explicar la relación entre actos especiales y acusación fiscal en el distrito

judicial de Huaura- Huacho, 2015. Determinar la relación entre conclusión de la investigación y acusación fiscal en el distrito judicial de Huaura- Huacho, 2015. Demostrar la relación entre control de plazos y acusación fiscal en el distrito judicial de Huaura- Huacho, 2015. Para este objeto se empleó una población de 120 abogados del Colegio de Abogados de Huaura, siendo el diseño, no experimental transversal, con las siguientes conclusiones: 1) A través de los resultados obtenidos se observa que la variable investigación preparatoria y la variable acusación fiscal en el distrito judicial de Huaura Huacho, 2015, si tienen relación significativa moderada. Determinada por el Rho Spearman 0,442 frente al (grado de significación estadística)  $p < 0,000$ . 2) De los resultados obtenidos se determina que existe correlación moderada significativa entre denuncia y acusación fiscal en el distrito judicial de Huaura Huacho, 2015. Determinada por el Rho Spearman 0,431 frente al (grado de significación estadística)  $p < 0,000$ . 3) Se determinó que existe correlación baja entre diligencia y acusación fiscal en el distrito judicial de Huaura- Huacho, 2015, mediante el coeficiente de correlación Rho de Spearman 0,303 y frente al (grado de significación estadística)  $p < ,001$ . 4) Se obtuvo a través del coeficiente de correlación Rho de Spearman que existe relación baja entre actos especiales y acusación fiscal en el distrito judicial de Huaura- Huacho, 2015. Determinada por el Rho Spearman 0,282 y frente al (grado de significación estadística)  $p < 0,002$ . 5) A través de los resultados obtenidos se concluye que existe relación baja entre la conclusión de la investigación y acusación fiscal en el distrito judicial de Huaura- Huacho, 2015. Determinada por el Rho Spearman 0,231 y frente al (grado de significación estadística)  $p < 0,011$ . 6) Existe una correlación baja entre control de plazos y acusación fiscal en el distrito judicial de Huaura- Huacho, 2015, determinada por el Rho Spearman 0,213 y frente al (grado de significación estadística)  $p < 0,019$ .

- Pozo (2015) elaboró la investigación denominada “Vulneración a la tutela procesal efectiva en la investigación fiscal en los delitos comunes en la sala penal liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Huánuco – 2014”, investigación de tipo básica aplicada - factual - transversal, publicada a través de la Escuela de Post Grado Universidad Nacional “Hermilio Valdizán”, coligiéndose los siguientes objetivos: Determinar las causas de la

deficiente investigación de los representantes del Ministerio Público en los delitos comunes que ocasiona la vulneración al derecho de tutela procesal efectiva en la Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Huánuco – 2014. Identificar la deficiente investigación del delito que vulnera el derecho fundamental a la tutela procesal efectiva. Establecer si la no aplicación de los mecanismos alternativos al conflicto ocasiona la vulneración al derecho de tutela procesal efectiva en la Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Huánuco. Establecer si resulta innecesario investigar un hecho cuando no se tenga un pronóstico positivo en el resultado. Para este propósito se empleó una población de 170 expedientes relacionados al tema de investigación, correspondiente al año 2014 de la Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Huánuco y 50 Abogados Litigantes en la Provincia de Huánuco especialistas en materia Penal, siendo el diseño, descriptivo simple con las siguientes conclusiones: 1) El Ministerio Público vulnera el derecho a la tutela procesal efectiva, ciertamente la justicia de la decisión o la corrección jurídica de la actuación o interpretación llevada a cabo por los órganos judiciales comunes, pues no existe un derecho al acierto. Y tampoco aseguran la satisfacción de la pretensión de ninguna de las partes del proceso. 2) Sí garantiza el derecho a la tutela efectiva, expresado precepto es el derecho a que las pretensiones se desenvuelvan y conozcan en el proceso establecido al efecto, con observancia de las garantías que permitan el derecho de defensa, y a que finalice con una resolución fundada en Derecho, la cual podrá ser favorable o adversa a las pretensiones ejercitadas. 3) La tutela de derecho efectiva es un derecho fundamental consagrado al más alto nivel normativo de nuestra Constitución, el cual señala expresamente que todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 4) El derecho a acceder a los Tribunales para solicitar la tutela de un derecho subjetivo o de un interés legítimo como el derecho a obtener una resolución fundada en derecho. 5) Sin embargo, el objeto de esta entrada es poner de relieve importantes defectos de los que adolecen, por desgracia y con no poca frecuencia, numerosos pronunciamientos judiciales con los que nos encontramos cada

día: 143 i) falta de motivación; ii) vulneración de la legalidad; e iii) interpretaciones impropias y caprichosas de la ley. 6) La motivación de las sentencias, ésta es una obligación que la Constitución impone a los órganos judiciales de suerte que no vale con el mero fallo declarándose su voluntad en un sentido u otro sino que habrá de ser la consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no fruto de la irracionalidad. De no ser así y prescindir el Juez del estudio y análisis de contenido jurídico podrá llegarse a una conclusión irracional o, sencillamente, absurda. 7) La tutela de derecho efectiva supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia, es decir, una concepción garantista y tutelar que encierra todo lo concerniente al derecho de acción frente al poder deber de la jurisdicción. 8) Es válido concluir que la tutela de derecho efectiva es un derecho fundamental, inherentes a la dignidad humana y que representan el valor supremo que justifica la existencia del Estado y sus objetivos, constituyendo el fundamento esencial de todos los derechos que con calidad de fundamentales habilita el ordenamiento, sin el cual el Estado adolecería de legitimidad y los derechos carecerían de un adecuado soporte direccional.

- Nación (2017) elaboró la investigación denominada “Vulneración al principio de imputación necesaria en la investigación preparatoria, en el Distrito Judicial de Huánuco, año 2013-2014”, investigación de tipo aplicada - factual - transversal, publicada a través de la Escuela de Post Grado de la Universidad de Huánuco”, coligiéndose los siguientes objetivos: Determinar las consecuencias de la Vulneración al Principio de Imputación Necesaria en la Investigación Preparatoria, en el Distrito Judicial de Huánuco, Año 2013-2014. Precisar en qué medida las imputaciones infundadas atentan contra el debido proceso y el derecho de defensa del imputado. Establecer si el gran número de casos archivados guarda relación con la inaplicación del Principio de Imputación Necesaria. Explicar por qué al sobreseer un caso por insuficiencia probatoria o al realizar una imputación infundada se está generando la impunidad del procesado. El diseño que corresponde a esta investigación es descriptivo explicativo, con las siguientes conclusiones: 1 El llamado principio

de imputación penal suficiente, o también llamado por otros autores como principio de imputación necesaria, imputación concreta, resulta ser una garantía dentro del proceso penal, de precisamente tiene fundamento legal en nuestra carta magna y se encuentra vinculado con el importantísimo principio de legalidad y el respetado derecho a la defensa de todo imputado y esto, los titulares del ejercicio de la acción penal deben respetar mesuradamente. 2. La imputación de una conducta es aquello que es un requisito esencial, mediante el cual se dirige todo objeto de una investigación en sede fiscal. El objeto de un proceso se define por una imputación, mientras que el objeto de todo debate resulta siendo la oposición. Una imputación que 92 pueda realizar el representante del Ministerio Público teniendo mayor cautela en aquellos casos complejos, lo debería realizar considerando esas proposiciones de hechos, qué vinculadas con proposiciones jurídicas, resultan útiles y muy conducentes, consiguiendo lo que se habría planteado en su teoría del caso y solamente acopiar elementos fácticos en cantidad que no revisten mayor vinculación con proposiciones jurídicas planteadas. 3. La imputación suficiente es definida y consagrada posibilitando todo ejercicio material del derecho a la defensa del imputado. Si en caso se vulneraría, se lesionaría también el derecho a la defensa y al ser plasmadas en una disposición que formaliza y declara continuar con la investigación preparatoria, éstas deben ser estar especificadas, cosa que no vulnerará una debida motivación de dichas disposiciones fiscales, respetando la tipicidad de todo hecho y que no acarrearía vulnerar también otro principio, como es de la legalidad. 4. La imputación desde la óptica del imputado vendría a ser ese núcleo del derecho a la defensa que la constitución, los tratados internacionales le consagran en el desarrollo de todo proceso penal. La Fiscalía debe observar el cumplimiento de una imputación suficiente desde las primeras diligencias -la toma de la declaración del imputado – en cada del proceso penal, reconociendo su vital aplicación hasta el Juicio Oral conociendo su importancia como objeto de debate. Aquellos derechos o esas garantías que se vulneran ante el no cumplimiento de esa garantía de imputación penal concreta o imputación necesaria, siendo estas garantías: el derecho 93 a la defensa, el proceso debido, el de legalidad. 5. La Imputación

suficiente debe observancia durante toda la investigación fiscal. La disposición que declara Formalizar y Continuar una Investigación Preparatoria necesariamente debe reunir algunos requisitos fácticos, jurídicos y lingüísticos mencionados en las diferentes sentencias del máximo Tribunal Constitucional. Pues son criterios de obligatoria aplicación, por parte de los representantes del Ministerio Público antes de formular alguna imputación, siendo estos requisitos: la Individualización de hechos, consiguientemente la Individualización Jurídica - diferenciando cuál es el título de Imputación, ya sea como autor, partícipe y/o complicidad. 6. La Tutela Jurisdiccional de Derechos es un mecanismo adecuado para en toda audiencia cuestionar preliminarmente la imputación mal formulada y contenida en una Disposición que declara Formalizar y Continuar Investigación Preparatoria.

- Izaga (2017) elaboró la investigación denominada “Importancia de la investigación preparatoria en los delitos de corrupción de funcionarios en el nuevo código procesal penal”. Investigación de tipo *expos facto* o retrospectivo publicada a través de la Escuela de post grado de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega de Lima. El objetivo general del trabajo de investigación fue demostrar si la importancia que tiene la investigación preparatoria incide en los delitos de corrupción de funcionarios en el Nuevo Código Procesal Penal. Conclusiones : 1) Los datos obtenidos como producto del estudio permitió determinar que la recolección de los elementos que prueban los cargos que se le imputan al inculpado, demuestran significativamente la existencia de pacto que quiebra la imparcialidad del funcionario público. 2) Los datos obtenidos y posteriormente puestos a prueba permitieron determinar que la necesidad de apoyo técnico profesional en la determinación del hecho delictivo, ayuda significativamente a demostrar la participación de los sujetos activos del ilícito penal utilizando recursos del Estado. 3) Los datos obtenidos permitieron establecer que los indicios razonables en la formulación de la acusación fiscal, ayudan significativamente a demostrar que se promueven actos de corrupción interna en la institución. 4) Se ha establecido que la coherencia en la acusación del Fiscal, demuestra significativamente el nivel de coacción a los funcionarios públicos. 5) Los

datos obtenidos y posteriormente contrastados permitieron determinar que la existencia de suficientes elementos de convicción que fundamentan y promueven la acusación fiscal, demuestra significativamente la aplicación diferente de los fondos a los que estuvieron destinados. 6) Se ha establecido, como producto de la contratación de hipótesis que, la solicitud fundamentada por el Fiscal a la autoridad jurisdiccional demuestra significativamente que el inculcado empleó en provecho propio o de terceros, servicios pagados con dinero del Estado. 7) En conclusión, los datos obtenidos y posteriormente contrastados permitió demostrar que la importancia que tiene la investigación preparatoria incide significativamente en los delitos de corrupción de funcionarios en el Nuevo Código Procesal Penal.

- Flores (2018) elaboró el estudio “La investigación preparatoria y la eficaz aplicación de la caducidad en los procesos penales en la provincia de Coronel Portillo 2017”. Investigación que utilizó el método descriptivo correlacional, aplicando el cuestionario como instrumento. Publicada por la Universidad Privada de Pucallpa. Planteando los objetivos siguientes: Determinar la existencia de relación significativa entre la investigación preparatoria y la eficaz aplicación de la caducidad en los procesos penales en la provincia de coronel Portillo, 2017. Evaluar la relación que existe entre la investigación preparatoria y la eficaz aplicación de la caducidad en los procesos penales de la Provincia de CORONEL Portillo, 2017. Establecer el nivel de efectividad de la aplicación de la caducidad en los procesos penales de la Provincia de Coronel Portillo ,2017. Definir la relación que existe entre la investigación preliminar y la eficacia aplicación de la caducidad en los procesos penales de la Provincia de Coronel Portillo,2017. Las conclusiones son :1) No existe relación significativa entre la investigación preparatoria y la eficaz aplicación de la caducidad en los procesos penales en la Provincia de Coronel Portillo ,2017. 2) Existe relación significativa media entre la investigación Preparatoria compleja y el proceso penal en los juzgados de Investigación Preparatoria de la Provincia de Coronel Portillo. 3) El nivel de relación entre la investigación preparatoria con la eficaz aplicación de la caducidad en los procesos penales en la provincia de Coronel Portillo, no es significativa. 4) Que no existe relación

entre la investigación preliminar y la eficaz aplicación de la institución civil de la caducidad en los procesos penales en la Provincia de Coronel Portillo, debido de que no se aplican la caducidad para cuestionar el vencimiento del plazo de las investigaciones en la etapa preliminar.5) Que, no existe relación entre la investigación y la aplicación de la institución civil de la caducidad en los procesos penales en la Provincia de Coronel Portillo, debido de que no se aplican la caducidad para cuestionar el vencimiento del plazo de las investigaciones en la etapa propiamente denominada como etapa preparatoria.6)La caducidad en el Nuevo Código Procesal, no se está aplicando por los operadores de la justicia en la provincia de Coronel Portillo, puesto que si bien está regulado en el artículo 144° del referido código, es también contradictorio a la Institución de la caducidad que encuentra regulado en nuestro código civil, en tanto en el mismo artículo 144° en su numeral 2 ,nos expresa que los plazos que solo tienen como fin regular la actividad de fiscales y jueces ,serán observados rigurosamente por ellos ,Su observancia solo acarrea responsabilidad disciplinaria, lo cual daría lugar que no se respete la institución de la caducidad civil nada consta que los jueces y fiscales con esta prerrogativa sencillamente no la aplique como lo vienen haciendo.7) Sr advierte que hasta el final del desarrollo de la presente investigación n se ha desarrollado plenamente la doctrina con respecto a la caducidad en el proceso penal, si bien es cierto que existe la Casación N° 54-2009-La libertad a fin de establecer los alcances de la interpretación del artículo ciento cuarenta y cuatro del Código Procesal Penal referido a la caducidad de los plazo procesales y su ámbito de aplicación, habida cuenta de su incuestionable connotación jurídica para el desarrollo del nuevo proceso penal, pues este ha quedado pendiente su desarrollo.

- Cabrera (2018) elaboró la investigación “La disposición fiscal de inicio de investigación preparatoria de denuncia archivada y el principio del NE BIS IN IDEM procesal” .La investigación es analítico interpretativo. Escuela de Post Grado de la Universidad Nacional “Pedro Ruiz Gallo”. Objetivos de la Investigación: 1) Delimitar el contenido del Estado Constitucional de Derecho y el papel que juegan las instituciones vinculadas a la administración de

justicia para mantener el sistema político respectivo, principalmente en el ámbito del proceso penal con la redefinición de los roles del Poder Judicial y del Ministerio Público. 2) Desarrollar los aspectos conceptuales del principio del NE BIS IN IDEM como antecedentes, definición, contenido o aspectos, regulación normativa, función e importancia. 3) Analizar los elementos objetivos y racionales que la legislación, jurisprudencia y doctrina exigen para la emisión de una Disposición Fiscal de disponer el inicio de investigación preliminar de una denuncia penal sujeta a archivo. Conclusiones de la investigación la aplicación de los dos instrumentos (documental y encuestas), permitió arribar a las siguientes conclusiones: 1) Respecto del análisis documental (sentencias del Tribunal Constitucional y de las Salas Penales Superiores y Supremas), se confirmó el debate constante en cuanto a la proyección de la exención de responsabilidad administrativa en el ámbito penal, concluyéndose que al versar sobre bienes jurídicos tutelados diferentes, no genera mayor impacto en el ámbito del proceso penal la exoneración de responsabilidad administrativa. Asimismo, respecto del doble juzgamiento por iguales hechos, la jurisprudencia nacional ha sostenido de manera rotunda que una variación de la calificación inicial, tras un pronunciamiento inicial de ausencia de responsabilidad, configura una afectación de la garantía del NE BIS IN IDEM, lo que pone en evidencia la importancia de la adecuada subsunción de los hechos en el tipo penal por parte del Ministerio Público. 2) Respecto de las encuestas, se permitió establecer: 1º) la mayoría de encuestados (32 %) considera que el fundamento del principio del NE BIS IN IDEM es la seguridad jurídica, lo cual es correcto, aunque no exclusivo pues conforme hemos desarrollado a lo largo de la investigación, igualmente se fundamenta en el principio de legalidad (24 %) y de proporcionalidad (24 %); 2º) la mayoría de encuestados (60 %) considera que el principio del NE BIS IN IDEM, ya sea en su vertiente material o procesal, es aplicable en la etapa de la investigación preliminar, y en un menor porcentaje (16 %) solo la configuración material y en forma intermedia (24 %) la vertiente procesal; datos que son relevante a efectos de comprender que los operadores jurídicos tienen presente que en aquella fase del proceso penal actual es exigible la observancia de los principios y

garantías constitucionales, bajo riesgo de ser objeto de control jurisdiccional; 3 ) la mayoría de encuestados (80 %) considera en forma acertada que la naturaleza de la disposición de archivo definitivo de una investigación preparatoria es cosa decidida, según la posición 151 del Tribunal Constitucional peruano y la doctrina mayoritaria. Asimismo, de manera reducida un número de encuestados sostiene que tiene una naturaleza distinta (cosa juzgada 12 % y *sui generis* 8 %); y, 4º) la mayoría de encuestados (84 %) considera que la reapertura de una investigación preparatoria ya archivada procede ante el ofrecimiento de nuevos elementos de convicción, lo cual es acorde con la regulación del Código Procesal Penal. Sin embargo, es interesante como un sector de los encuestados admiten hechos no previstos, como la producción de actos de corrupción (4 %) y de deficiencias en el desarrollo de la investigación archivada (12 %) lo cual debería ser considerados para una futura regulación legal de mejoría de la excepción a la inmutabilidad de la cosa decidida de archivo fiscal.

- Arpasi (2018) elaboró la investigación, "Constitucionalidad de los actos de investigación ordenados por el juez de investigación preparatoria, regulación y tratamiento en el derecho comparado". Investigación analítico -perspectivo. Publicado a través de la Universidad Nacional del Altiplano. Escuela de posgrado. Coligiéndose los objetivos: Analizar cómo se concibe la facultad de ordenar actos de Investigación en el proceso penal actual a partir de la de los principios acusatorio e imparcialidad y en qué forma es concordante a la Constitución la regulación del inciso 5 del artículo 346º del Código Procesal Penal, referido a la posibilidad del Juez de Ordenar actos de Investigación, considerando además el derecho comparado. Establecer si los principios acusatorios e imparcialidad a partir de su contenido, permiten que el Juez pueda ordenar actos de investigación en el proceso penal acusatorio. Analizar cómo está regulado en el Perú y el derecho comparado, la facultad de los jueces de ordenar la realización de actos de investigación en el proceso penal. Determinar la constitucionalidad del inciso 5 del artículo 346º del Código Procesal Penal, referido a la posibilidad del Juez de Ordenar actos de Investigación. Con las siguientes conclusiones: El Principio Acusatorio, y el

Principio de Imparcialidad constituyen principios procesales, directrices a las normas jurídicas, que dan las ideas fundamentales al Derecho y, además, el legislador los incorpora para suplir las lagunas del ordenamiento jurídico. Los principios procesales son criterios generales a partir de los cuales el legislador va a concretar luego en numerosas disposiciones específicas la regulación del proceso y el proceder de sus sujetos procesales, en el Proceso Penal, son sólidos principios, conforme a lo que está expresamente previsto en el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Penal, cuando nos dice: "Toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral, público y contradictorio. Las partes intervendrán en el proceso con iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la Constitución y en este Código. Los jueces preservarán el principio de igualdad procesal, debiendo allanar todos los obstáculos que impidan o dificulten su vigencia", en tal sentido, a partir de su contenido, los Principios Acusatorio y de Imparcialidad son transgredidos transversalmente con la disposición procesal emitida a través del numeral 5 del artículo 346° del Código Procesal Penal que preceptúa que: El Juez de la Investigación Preparatoria, en el supuesto del numeral 2 del artículo anterior, si lo considera admisible y fundado dispondrá la realización de una Investigación Suplementaria indicando el plazo y las diligencias que el Fiscal debe realizar. Cumplido el trámite, no procederá oposición ni disponer la concesión de un nuevo plazo de investigación", por cuanto, en principio, el Juez asume roles investigativos (Principio Acusatorio) que la Constitución Política del Estado, y el Código Procesal Penal le han conferido al Ministerio Público, y por consiguiente, al subrogarse roles que no le corresponden, suple de oficio al Ministerio Público (Principio de Imparcialidad), convirtiéndose en parte del Proceso Penal, en tal sentido concluimos que, los Principios Acusatorio y de Imparcialidad a partir de su contenido no permiten que el Juez de Investigación Preparatoria pueda ordenar actos de investigación en el Proceso Penal bajo el Modelo Acusatorio - Contradictorio - Garantista. - Los Actos de Investigación que se preceptúan en el Derecho Penal Peruano, le corresponden al Ministerio Público, por cuanto, conforme al artículo 322° del Código Procesal Penal; el Fiscal dirige la Investigación Preparatoria. A tal efecto podrá realizar por sí mismo o encomendar a la policía las diligencias

de investigación que considere conducentes al esclarecimiento de los hechos, ya sea por propia iniciativa o a solicitud de parte, siempre que no requieran autorización judicial ni tenga contenido jurisdiccional. En cuanto a la actuación policial rige lo dispuesto en el artículo 65° del Código Procesal Penal, esto es que la función de investigación de la Policía Nacional estará sujeta a la conducción del Fiscal, así también, en otros países como Colombia y Chile, cuyos modelos procesales son similares a los nuestros, el Fiscal dirige la investigación, ostenta el Monopolio acusatorio que sus respectivas Constituciones les han conferido, y en tales directrices, el Principio Acusatorio les corresponde a sus respectivos Persecutores Penales. - El Test de Constitucionalidad realizado al inciso 5 del artículo 346° del Código Procesal Penal, ha podido determinar que efectivamente es imprescindible su intervención a través de la modificación legislativa para el aseguramiento de los Principios Acusatorio y de Imparcialidad, por cuanto es evidente su transgresión a los principios antes citados.

- Bustamante (2017) elaboró la investigación “Reforma Constitucional para establecer un innovador modelo de investigación preliminar del delito y afianzar la función de investigación de la Policía Nacional, en el marco del proceso penal Lima”. Investigación de tipo Básica, de nivel descriptivo y explicativo. Publicada a través de la Facultad de Derecho, sección postgrado de la Universidad San Martín de Porres. Lima. Coligiéndose los siguientes objetivos: 1) Demostrar que el actual modelo de investigación preliminar del delito no permite afianzar la función constitucional de investigación de la Policía Nacional, en el marco del proceso penal 2) Redefinir los roles funcionales del Ministerio Público y la Policía Nacional en la investigación preliminar del delito” .3) Proponer una reforma constitucional, ante la comunidad académica y la dogmática penal, para establecer un innovador modelo de investigación preliminar del delito. 4) Establecer un nuevo modelo de Informe Policial, para fortalecer la Metodología de Investigación Policial en la investigación preliminar del delito”. Con las siguientes conclusiones: 1) Los resultados obtenidos en países como Estados Unidos, República Dominicana, Bolivia y México, en la investigación del delito, bajo la aplicación del Sistema

Procesal Penal Acusatorio con Rasgos Adversariales, han sido evidentes e indudablemente positivos, teniendo como base el modelo del Fiscal como estrategia y conductor jurídico de la investigación preliminar que realiza la Policía.2) Los preceptos jurídicos contenidos en el nuevo Código Procesal Penal, deben regirse, adecuarse y desarrollarse en torno a los preceptos constitucionales. El Código Procesal Penal debe ser interpretado sistemáticamente y de conformidad a los preceptos constitucionales. Siendo así, la Policía debe realizar la investigación preliminar del delito, y el Ministerio Público debe conducir legalmente los actos de investigación que realiza la Policía. 3) De conformidad al análisis de la doctrina comparada y normatividad nacional e internacional, aunado a los argumentos y fundamentos de ilustres magistrados, juristas y expertos: “La investigación preliminar del delito debe ser realizada por la Policía, pero conducida jurídicamente por los Fiscales”. La Policía debe realizar la labor operativa de investigación, las pesquisas y diligencias preliminares, elevando al término de su intervención un Informe ante el Fiscal. 4) El Fiscal debe tener la potestad de disponer a la Policía, la realización de diligencias de investigación desde el punto de vista jurídico y controlar sus actuaciones, como responsable de la acción penal, para poder obtener elementos probatorios idóneos que brinden sustento a su Teoría del Caso; la Policía debe realizar la investigación preliminar cumpliendo las disposiciones del Fiscal en el ámbito de su competencia, así como llevar a cabo el trabajo criminalística. 5) La Policía Nacional debe cumplir con las fases y procedimientos de la “Metodología de Investigación Policial”; asegurando el cierre de este ciclo metodológico en el ejercicio de su función de investigación, presentando un Informe Policial que contenga una calificación preliminar de los hechos que investiga, el estudio y análisis de los elementos materiales y las conclusiones. 6) Los Fiscales son especialistas en Derecho y su función es integrar los elementos jurídicos de la investigación, plantear la estrategia y llevarlos al proceso penal; los Policías son formados y especializados en la investigación operacional y material. La unión y coordinación (Trabajo en Equipo) entre ambos operadores de justicia, permitirán alcanzar la eficiencia y eficacia en la labor de investigación.7) La relación entre el Fiscal y la Policía no concluye con la investigación;

igualmente en la etapa del juicio se demanda de la programación y cooperación activa del binomio “Fiscal - Policía”. Lo fundamental del “Trabajo en Equipo” radica en la confianza, respeto y coordinación que debe existir entre ambas instituciones para consolidar su labor en la investigación. 8) El Fiscal debe participar activamente en las diligencias preliminares, para tener seguridad de lo que ha pasado y determinar las estrategias o actos de investigación que debe efectuar la Policía, para la conveniente obtención de elementos de convicción que sustenten su acusación en juicio. Se deben evitar los cuestionamientos al trabajo de ambos operadores, por el hecho de que el Fiscal no estuvo presente conduciendo jurídicamente las diligencias a cargo de la Policía.9 ) La institución policial, debe imperiosamente, modernizar su estructura organizacional, sus técnicas, sus métodos y sus procedimientos, orientados hacia la especialización en “Investigación Criminal” y “Criminalística”, trabajo especializado que en algunos países se conoce como “Policía Científica” 10) El Informe Policial que será presentado ante el Fiscal, al término de las diligencias preliminares de investigación, debe contener esencialmente, una calificación preliminar o inicial de los hechos, el estudio y análisis de los elementos materiales y las conclusiones de la investigación. 11) Es prioritario establecer un “Perfil del Policía” que contenga categorías y cualidades claramente establecidas en materia de investigación criminal y procedimientos criminalísticas. La investigación del delito, requiere de una Policía poderosa y efectiva en el estudio y análisis de los elementos probatorios, los instrumentos del delito y la escena del crimen.12) La Policía debe contar con mecanismos legales, herramientas y recursos logísticos idóneos, para poder intervenir más activa y decisivamente en los procesos de prevención e investigación del delito, lo que le permitirá actuar inmediata y decididamente ante la comisión de un hecho criminal, en miras de afianzar los objetivos trazados por el Estado en materia de Seguridad Ciudadana.

Agotada la búsqueda en el ámbito nacional se procedió a la búsqueda en el plano internacional, lográndose localizar la siguiente investigación referencial - López (2010) elaboro la investigación denominada “Estándares internacionales para la investigación y acusación de delitos complejos en el

marco de la justicia transicional su aplicación al caso Colombiano” investigación de tipo aplicada, publica a través de Universidad Los Andes ,Colombiana, , coligiéndose la siguiente información: La investigación realiza una revisión del trabajo desplegado por la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía General de la Nación al hacer imputaciones e investigaciones en el marco de la Ley de Justicia y Paz. Para ello, utiliza herramientas metodológicas de derecho comparado para determinar la manera como en otros contextos de conflictos armados se han adelantado procesos judiciales de naturaleza similar. El artículo explora las tesis que defienden la realización de investigaciones e imputaciones exhaustivas e integrales. Según esta tesis maximalista, se debe investigar la totalidad de los delitos cometidos por los postulados de la ley como única forma de cumplir adecuadamente los estándares internacionales de derechos humanos. El texto analiza estas posturas desde una perspectiva crítica por las dificultades que entraña la investigación de esta clase de crímenes. Finalmente, el artículo concluye que una estrategia de investigación judicial menos ambiciosa es más conveniente para el caso colombiano. Tal investigación debería concentrarse en revelar las dinámicas de sistema a las que responden estos crímenes complejos mediante la utilización de estrategias razonables de priorización de los casos y de los sujetos por investigar. Esta tesis, opuesta al maximalismo, garantizará más plenamente los objetivos de verdad, justicia, reparación y no repetición contenidos en la Ley.- Pineda, M. H. (2016), elaboró la investigación. "Las Garantías del Debido Proceso en la Investigación Pre-Procesal y Procesal Penal Loja". Investigación de tipo Jurídico social. Publicada a través de la escuela de postgrado Universidad Técnica de Loja. Coligiéndose el siguiente objetivo: Demostrar la verdad de los hechos, porque no siempre un hecho delictivo va depender de la voluntad del autor, pudiendo llegar a ser el delito la consecuencia del hecho calificado como delito preterintencional, el caso fortuito, fuerza mayor, problemas mentales: Conclusiones: 1. El derecho constitucional en torno al cual gira el derecho penal, debe su existencia a la constante lucha de los ciudadanos por conservar su libertad, su vida, su integridad física y el acceso a la justicia en igualdad de condiciones.2. La verdad de los hechos va depender de la voluntad del autor, pudiendo llegar a

ser el delito la consecuencia del hecho calificado como delito preterintencional, el caso fortuito, fuerza mayor, problemas mentales del autor.<sup>3</sup> En cada una de las suposiciones requieren de una minuciosa investigación en la que el Fiscal hará su parte, que consiste en acumular pruebas de cargo y rara vez quizá determinará una de descargo como lo manda la ley para finalmente acusar a quien ha sido encausado como autor cómplice o encubridor, el cual a estas alturas del proceso se encontrará ya muy abatido moral y económicamente como para hacerle frente al Estado.

- Vera (2017) realizó la investigación denominada: Sobre la relación del derecho penal con el derecho procesal penal. Publicada a través Institución CONICYT Chile, coligiéndose el objetivo de la investigación: Proponer un elemento de análisis metodológico del derecho procesal penal, a partir de los inconvenientes observados de la relación actual entre derecho penal y derecho procesal penal, caracterizada de separación o instrumentalización entre ambas áreas. La investigación preparatoria tiene una especial configuración, dado que son los cimientos necesarios para dar lugar al juzgamiento, teniendo las pruebas necesarias y suficientes el Juez podrá dictar la sentencia respectiva para los funcionarios que cometieron actos de corrupción en su institución. Conclusiones: 1) La relación entre normas penales y procesales como instrumental es una opinión de corto alcance que no refleja la funcionalidad que tiene el proceso penal moderno más allá de la realización de la norma penal.2) Asimismo la diferencia entre normas penales y procesales sobre la base de la aplicación judicial de las mismas ,la pertenencia al complejo del hecho ganado del merecimiento y necesidad de pena, o de la funcionalidad de normas penales y procesales no son meramente satisfactorias si se considera el amplio abanico de funcionalidades de las normas procesales penales ,por un lado y la estrecha vinculación con las normas penales ,por otro.3) Además de imprecisa, puede servir para un mero etiquetamiento clasificatorio arbitrario, sobre la base de cual atribuir efectos a la interpretación de las normas procesales penales que pueden ser perjudiciales para el reo.4) Una visión global o de conjunto del proceso penal respecto al sistema de justicia penal nos permitirá entender de mejor forma la operatividad del mismo.5) Por otro lado, la asunción de una

configuración sincrónica o de retroalimentación entre Derecho penal y Derecho procesal penal, lejos de perjudicar la autonomía, genera una visión más realista de lo que sucede en los tribunales.6) De esta forma, el destierro de las rígidas barreras metodológicas entre norma penal y norma procesal permitirá a esta última cumplir de mejor forma la función de garantía o tutela de los derechos fundamentales de los intervinientes.7. Por último, a través de las indicaciones que he realizado en este trabajo se puede empezar a discutir sobre la pertinencia de una metodología del Derecho procesal penal que considere o se halle en la misma sintonía con los principios más importantes del Derecho penal. De ahí que afirmara la necesaria existencia de un sincronismo o retroalimentación entre las normas del Derecho penal y del Derecho procesal penal.

- Acosta (2019) elaboró la investigación denominada, "El activismo jurisdiccional y el garantismo penal en la administración de justicia del Ecuador". Investigación exploratoria. Publicada a través de la Universidad de Ambato –Ecuador. Coligiéndose los siguientes objetivos: 1) Determinar la relación jurídica del activismo jurisdiccional con el garantismo penal en la Administración de justicia en el Ecuador. 2) Analizar la existencia de normativa sobre activismo jurisdiccional en el Ecuador. 3) Identificar el grado de aplicación del garantismo penal en los administradores de Justicia .4) Verificar si las políticas criminales propuestas por el Estado cumplen con parámetros Constitucionales, para preponderar la aplicación de la pena no privativa de libertad. Con las siguientes conclusiones:1) Acerca del análisis de la existencia de normativa sobre activismo jurisdiccional en el Ecuador, se concluye que esta normativa si es garantista, en la aplicación del activismo jurisdiccional, los jueces son activos por naturaleza, pues en un contexto garantista, son boca y cerebro de la ley, a diferencia con los sistemas inquisitivos que únicamente eran boca de la ley, pues este, en aras de efectivizar los derechos pueden adecuar, en aplicar o crear reglas para casos concretos, recalando que en este sentido no se vuelve ni está interviniendo en el poder legislativo, no obstante, frente a la oscuridad de la ley , no pueden detener su acción pues los derechos son directamente justiciables, en el

sistema garantista en el que se desenvuelve el ordenamiento jurídico, cumpliendo con el principio de subsidiariedad con relación a la omisión legislativa. 2) En cuanto a identificar el grado de aplicación del garantismo penal en los administradores de Justicia, se concluye que, no se aplica el garantismo penal en los administradores de justicia, pues, las políticas criminales, a las que están supeditados los jueces, han llegado a excluir al garantismo, esto como resultado de la alta tasa delincencial, la alarma social, haciendo que el eficientísimo proponga como solución eficaz, sentencias expeditas y ejemplificadoras, este sistema a nivel político criminal ha sido adoptado en el Ecuador en contradicción a la Constitución pues esta se presume garantista, generando cierta pugna entre el eficientísimo ejercido por el activismo jurisdiccional y el garantismo penal que también debe ser ejercido por este, la diferencia es que las garantías no se miden por índices matemáticos sino más bien valorativos, lo cual hace fácil al ejercer su cohesión a los jueces. 3) Sobre la verificación de las políticas criminales propuestas por el Estado, en cuanto a los parámetros Constitucionales, para preponderar la aplicación integral del activismo jurisdiccional y el garantismo penal, se concluye que, las políticas criminales propuestas por el Estado no cumplen con los parámetros Constitucionales, para preponderar el 93 activismo jurisdiccional y el garantismo penal, en el país es justificable la defensa social por medio del activismo jurisdiccional, pues este refleja el positivismo propio del sistema inquisitivo, sacando a flote la peligrosidad, que contrapone de forma excluyente a un sistema penal garantista. 4) Así también el plan estratégico de la Función Judicial 2013 – 2019, se enmarca en combatir la impunidad contribuyendo a mejorar la seguridad ciudadana, en este contexto, se trata de combatir la impunidad, siendo el medio el activismo jurisdiccional pero no en un sentido garantista sino más bien, para el cumplimiento de una medida estadística para los jueces, con relación a las sentencias emitidas.

#### **1.4. Presentación de objetivos general y específico**

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

Proponer la aplicación del enfoque sistémico en la investigación preparatoria

##### **1.4.2. Específico**

Definir los enfoques que se emplean en la investigación preparatoria.

##### **1.4.3. Específico**

Verificar el desarrollo de los enfoques en las investigaciones preparatorias en la fiscalía penal de Concepción

##### **1.4.4. Específico**

Establecer los fundamentos, características, y condiciones de aplicación del enfoque sistémico en la investigación preparatoria

#### **1.5. Limitaciones del Estudio**

La principal restricción la representa el estado de emergencia nacional Covid 19 que limita la búsqueda de fuentes de información material, así como la verificación en campo, obtención de copias, revisión y tiempo de entrega de carpetas fiscales relacionadas intencionalmente al enfoque sistemático de interés. No obstante, se menguará esta dificultad, recurriendo a la base de datos donde se podrá discriminar la información a requerir.

## **Capítulo II**

### **Marco Teórico**

“Todo se inicia con la pregunta ¿qué le comunica el ojo de una rana a su cerebro? Paola cuenta que mientras tomaban café en el living de la casa, Maturana advirtió algo poco corriente: Auer echó azúcar en una pecera que se encontraba sobre la mesa cerca de él (...) Maturana tiene la intuición que los ojos de la rana giraran en 180 grados, de modo que la rana lanzase su lengua con una desviación de 180 grados con respecto al grano que aparecía frente a ella” (De la Fuente, 1997, p.167).

En los años 60 Humberto Maturana y otros investigadores del Massachusetts Institute of Technology publicaron un trascendental artículo académico, al cual denominaron: “Lo que el ojo de la rana transmite al cerebro de la rana”, Maturana dio a conocer los resultados sobre una investigación que realizaron sobre la visión de un determinado tipo de rana, descubrió que la rana podía distinguir a los objetos sólo cuando ella o ellos se movían. Esta percepción del mundo sólo le era útil para poder alimentarse y para poder escapar de sus depredadores, puesto que sólo ve a los objetos en movimiento y los distingue en razón de su tamaño: si es pequeño y se mueve era considerado comida; si el objeto era grande y se mueve entonces era considerado un depredador. Esta visión de la realidad tan particular le traía muchos problemas a la rana, pues al observar sólo en movimiento, no podía ingerir insectos que no se encontraban en movimiento. Simplemente la rana no podía comerlos, porque no los veía, lo que implicaba que ella no pudiese percibir su existencia (Huamán, 2013).

Este experimento trajo implicancias que desbordaron el ámbito de la biología, simbolizando un paradigma en la teoría del conocimiento. Usualmente se decía que el mundo exterior es el más importante y que el observador estaba en segundo plano, mucho más pasivo; así, se pensó en un modelo estándar en el que todos los observadores eran iguales entre sí, por lo que la realidad era igual o homogénea

para todos los observadores. La experiencia biológica de Maturana con la rana demostró exactamente lo contrario, el mundo externo no es el principal en el proceso de asimilación del conocimiento, siendo el ojo del observador el que determina y limita el mundo que el observador puede aprehender. Muchas cosas pueden estar frente al espectador; sin embargo, mientras no pueda observarlos, esa realidad en estricto no existirá para él.

En el derecho penal y procesal penal acontece lo mismo que en las ciencias naturales, existe una realidad y un observador; la realidad está representada por el sistema abstracto de normas, mientras que el observador o interprete de esa realidad por el operador jurídico de diversa nominación y ubicación. Dicho proceso de traslación de la realidad no es automático ni igual para todos los operadores, dependerá como el operador enfoca su observación en la realidad abstracta para comprenderla, es decir si la visión no se concretiza en la identificación del sistema y sistemas normativos que lo rodean no podrá comprender la lógica propia con la que fue diseñado su estructura y función, con lo que pasa invisibilizada dicha realidad.

De ahí que cuando la visión sea global o reduccionista, condicionara la comprensión de la realidad y definirá las decisiones que tome el operador, es decir que el proceso de comprensión, decisión y resultado son la consecuencia de la visión que imprima el operador de la realidad.

Para este propósito teórico, la visión sistémica en torno a la investigación preparatoria se encuentra transversalizada por el paradigma de la complejidad, apoyada en la teoría de los sistemas e introducida su explicación por el enfoque sistémico. El enfoque sistémico se comprende a partir de la teoría de los sistemas.

“La teoría general de los sistemas es una herramienta de análisis porque va de lo complejo a lo simple, del todo a las partes; podemos inferir que el enfoque de sistemas es un elemento de síntesis ya que va de lo simple a lo complejo, de las partes al todo” (Martínez, 1990, p23). La diferencia semántica radica en el nivel de

profundización de carácter metodológico en la explicación y construcción de un conocimiento en un sistema.

## **2.1. 2.1 Enfoque sistémico:**

### **2.1.1. Consideraciones generales**

Cómo se mire el mundo dependerá del observador, cómo interpreta esa realidad dependerá del lente que utilice modelo mental o “paradigma” y como explica o introduce lo interpretado dependerá de la atención, dirección, enmarque, rumbo, sentido o “enfoque” que emplee; se afirma por ello que el enfoque sistémico explica una realidad enmarcada en la estructura y función del sistema

El enfoque sistémico en general permite abordar el problema de la complejidad -paradigma- a través de una forma de pensamiento basada en la totalidad y sus propiedades. Dicho expresamente el enfoque sistémico tiene como punto principal el concepto del sistema que es un conjunto de elementos interrelacionados con un objetivo común.

De esta manera, se comprende que el enfoque de sistema se reconoce como la aplicación de la teoría general de sistemas, donde se aborda un menor nivel de complejidad y explicación del objeto del proceso o el fenómeno de la realidad objetiva estudiada. No necesariamente tiene un acento distintivo en lo que respecta al valor de análisis y síntesis de la expresión funcional y estructural desde la generalidad, particularidad y singularidad en los fenómenos, pues no se tiene que hacer uso ni explicación de los elementos puntuales que la teoría expresa de forma íntegra en cuanto a categorías y conceptos. (De la Peña y Velasquez, 2017 p. 40).

Este enfoque sistémico presenta tres pasos: “primero identificar un sistema del cual el objeto por explicar es una parte, segundo explicar el comportamiento o propiedades del sistema y tercero explicar el

comportamiento o propiedades del objeto en términos de su función o papel dentro del sistema” (Nieto, 2013, p. 126); quiere decir que ningún enfoque elude a la identificación y la explicación sucesiva, siempre de un componente ligado a un sistema.

Nieto refiriéndose al proceso de gestión humana, señaló que el pensamiento del hombre atravesó por dos eras, las máquinas y los sistemas. En la primera era advierte la presencia del análisis, el reduccionismo, el determinismo y el mecanicismo. El análisis como herramienta comprende la separación de las partes para inferir su funcionamiento y a partir de ello extraer una comprensión del todo, dicha perspectiva tiene tres fases i) separar las partes que quieren entenderse, ii) comprender el comportamiento de las partes tomadas por separado y iii) reunir un entendimiento en una comprensión del todo; este camino metodológico analítico repercutió en la forma como se emprendieron las investigaciones. El reduccionismo simboliza la abstracción de la realidad reducida a elementos indivisibles fundamentales quiere decir que para entender algo era indispensable separarlo conceptual o materialmente de sus partes. El determinismo asume que todas las situaciones se rigen por el paradigma de la causa y efecto, se dice que si la causa es tanto necesaria como suficiente se asegura la ocurrencia del efecto. Mientras que el mecanicismo sería la fusión del reduccionismo y el determinismo. En la era de los sistemas, prima el pensamiento sistémico basado en la síntesis, que no excluye el análisis, sino que se complementan.

El enfoque sistémico expande, complejiza explica una de las partes como pertenecientes a un todo. La síntesis contribuye a concentrarse en el propósito y en él porque los elementos operan como lo hacen, mientras que el enfoque analítico, reduce, simplifica, separa las partes para explicar un todo, el análisis se centra en la estructura y en cómo funcionan los elementos, es decir el análisis mira hacia dentro de los elementos y la síntesis mira hacia fuera de ellos. Ackoff (2004) afirma

que “(...) si cada parte del sistema, considerado por separado, se hace operar a la mayor eficiencia posible, el sistema como un todo no operará con la mayor efectividad posible”, agrega Ackoff que “[...] el desempeño de un sistema depende más de la manera en que interactúan sus partes que de la manera en que actúan independientemente cada una de ellas” (p.19).

La evolución teórica en el análisis de la realidad consideraba al observador como independiente de la realidad que observaba sin embargo posteriormente consideró la observación depende del ojo de quien observa y exigió por tanto una reformulación de los procesos en torno al cómo conocemos lo que conocemos en importancia de explicar un sentido de lo humano en el campo de la teoría sistémica aplicada al derecho, al proceso, a la psicología, a la administración, a la biología y a cuántos otros ámbitos pueda resultarle útil. Se posibilita entonces fundamentar un marco en el cual los procesos de interacción humana resultan explicables si se miran como una red compleja de acciones de ordenamiento por parte de los componentes del sistema en dónde el poder que trae el lenguaje construye realidades complejas.

### **2.1.2. Elementos primarios del enfoque sistémico**

Es indispensable tener en cuenta los puntos básicos de la teoría general de sistema, conocer que los componentes de la investigación, tanto los del diseño, los del proceso investigativo, los elementos presentes, pertinentes y determinantes del objeto de estudio y campo de acción donde se mueve la investigación, así como los aspectos referidos al sistema y sus subsistemas extraídos de la realidad objetiva; “pueden argumentarse y explicarse en sus partes estructurales y funcionales, los cuales se generan a partir de la interrelación dialéctica existente entre las siguientes categorías filosóficas: Lo universal, lo que por su naturaleza puede ser predicado de pluralidad de cosas. Lo particular es la inherencia a algo o la no

inherencia a todo. Lo singular: Particularidad esencial que hace que un objeto sea lo que es y no otra cosa” (Aristóteles, 1949, como se citó por De la Peña y Velázquez, 2017).

Tales categorías son de capital importancia pues ostentan las conexiones objetivas del mundo y las etapas de su conocimiento, desarrollo y superación o transformación de sus cualidades, formas, cantidades y sintaxis; la interrelación que existe entre estas categorías permite explicar el encadenamiento entre otras de similar grado de generalidad, como el todo y la parte, lo complejo y lo simple, así como el análisis y la síntesis. Los conceptos se entienden desde una lente estructural y funcional, que muestra niveles de generalidad y subordinación en la comprensión de cada parte que constituye el todo y el todo en función sincrónica como expresión de cada parte.

En tal orden queda claro que el uso de ambos -estructura y función- se dirige en un solo norte u objetivo común, la comprensión del sistema, la construcción de un nuevo conocimiento, el descubrimiento de los elementos estructurales - funcionales de los subsistemas y de los sistemas al integrar una visión de abajo hacia arriba o de arriba hacia abajo.

De la Peña y Velázquez (2017) son concluyentes al afirmar que “el uso de la teoría general de sistemas como método y herramienta de análisis y síntesis, de expresión funcional y estructural desde la generalidad, particularidad y singularidad en los fenómenos y objetos de la realidad objetiva, que se expresan a partir del uso y profundización en una serie de categorías intrínsecas a esta teoría [...]”. En los sistemas es crucial la forma en que cada una de las partes o elementos que lo conforman se interrelacionan y cómo las conductas de cada uno de estos aspectos se influyen de forma mutua. No es posible comprender ni explicar el funcionamiento de un sistema si no se concibe como un todo unificado. Al aplicar esta teoría a la

explicación de un determinado objeto, proceso o fenómeno de la realidad objetiva, se tienen que expresar todos los elementos que constituyen dicha teoría, en su conjunto y de forma expresa.

En este enfoque se sistemas se puede entender que la teoría general de los sistemas conforma un concepto totalizante de la metodológica de investigación de los objetos que constituyen sistemas; dicho enfoque sistémico expresa umbilicalmente los principios y métodos de la teoría de los sistemas y se fundamenta sobre tres premisas según Fuentes y Matos (2004), los sistemas existen dentro de sistemas, son abiertos y sus funciones se relacionan con su estructura. Dentro de las tendencias que se han generado a propósito es posible identificar los investigadores que profundizan, en mayor medida, en las estructuras y sus relaciones en los subsistemas y sistemas, es decir, los estructuralistas, y otros que hacen de las funciones los elementos fundamentales y los atienden con mayor centralización, estos son los funcionalistas.

Considero, que para la utilización de esta teoría y su aplicación vía el enfoque sistémico es prudente balancear los elementos estructurales y funcionales.

### **2.1.3. Paradigma de la complejidad**

Definir un paradigma atraviesa un conjunto de consideraciones teóricas y conceptuales que en el tiempo han ido modificándose por la influencia del contexto histórico político científico, filosófico y lingüístico; la aparición de este término se rastrea desde su etimología el griego paradigma que significa ejemplo o mejor a un modelo o patrón, originalmente fue utilizado por Platón para designar un instrumento puente o mediación entre la realidad y la ideación, posteriormente encontramos el uso de este término lingüístico en Robert Merton y Talcott Parsons quienes lo utilizan para referirse a sus teorías acerca de los mecanismos de la acción social, el término

es incorporado bajo la connotación sociológica; en un tercer momento del empleo de este término encontramos a la década de los años setenta gracias a la obra de Thomas kuhn, el máximo representante en el estudio de los paradigmas en general quién reconoce a partir de la revisión documental de muchos investigadores como Max Wertheimer que la percepción está muy influida por el contexto y la configuración de los elementos percibidos las partes derivan a menudo de su naturaleza y su sentido global. Toda esta importante información le sirvió para que redactará el libro la estructura de las revoluciones científicas con el cual el término paradigma alcanza su máximo impacto en el campo de las ciencias sociales.

“Thomas kuhn introduce la noción de paradigma para denotar de manera consensual como la comunidad científica de una época determinada asume la producción de conocimiento, por lo tanto un paradigma puede ser entendido como un sistema de creencia, valores y técnicas que comparten los miembros de una comunidad científica, es decir un paradigma es una manera de hacer ciencia que supone una forma de interpretar la realidad una metodología para abordarla y problemas típicos de investigación” (Ruis, 1997, como se citó en Gonzales, 2005)

Justamente, González (2004) investigador de la Universidad Pedagógica experimental libertador Venezuela, en Revinpost revista de post grado, citando a diversos autores, compila las expresiones usadas en diferentes tiempos y rescata aspectos relevantes de su análisis sobre la definición del término paradigma desde un punto epistemológico; “un modo de comprender la realidad” (Marquiequi, 1997); constituye una estructura de racionalidad (Martínez, 1989); distinciones- relaciones- oposición fundamentales entre algunas noción matrices que generan y controlan el pensamiento, es decir la constitución de teorías y la producción de los discursos de los miembros de una comunidad científica determinada (Morin, 1992,

p.33); proporciona un marco filosófico para el estudio organizado del mundo (Morales y Moreno 1978).

Por otra parte, respecto de la idea de complejidad nacida en el discurso científico y filosófico del último tercio del siglo XX, se inició en la obra de Gastón Bachelard denominada el “Nuevo Espíritu Científico publicada en 1934 que afirmaba lo simple es siempre lo simplificado no podría ser pensado correctamente más que en tanto aparece como producto de un proceso de simplificación” (Luengo, 2018 p.7).

La complejidad de analizar la realidad puede justificarse desde la evidencia de que las descripciones en ciencias sociales no son en manera alguna descripciones simples ni neutras, sino resultan del diálogo con la realidad. Si hay un reconocimiento de la complejidad de las realidades objeto de análisis resulta sorprendente que todavía prevalezca la visión de reducir lo complejo hasta desvirtuar su esencia y existencia, lo cual conduce a fragmentar la realidad y a parcializar los saberes.

La realidad se interpreta desde muy diversos posicionamientos, dicha realidad es constitutivamente compleja en sus manifestaciones. Dadas las propiedades irreductibles en sus diversas facetas no sólo físicas, sino también sociales las interrelaciones e interconexiones de los constituyentes sociales, ha se sugerirse una nueva manera de abordar su análisis integral acorde a los planteamientos de las orientaciones emergentes. El paradigma de la complejidad resalta la necesidad de evitar la habitual simplificación en la que se incurre con la aportación de explicaciones lineales del comportamiento social

El concepto de complejidad, así como del paradigma tienen connotaciones distintas, no existe una definición consensuada ni un acuerdo unánime para medirlo u observarlo. La complejidad en general es identificado más como un marco de referencia que como

una teoría unificada, su noción remite a un conjunto (totalidad, sistema, organización o unidad) compuesto por elementos heterogéneos articulados entre sí de manera orgánica (o sistémica) y en constante proceso de transformación. Acota a esto De la Villa Moral (2016), que:

“ [...] son relativamente abundantes los trabajos que en la mayoría de los campos de la ciencia apuntan hacia un paradigma epistemológico basado en la complejidad como alternativa al paradigma dominante que rinde culto a la simplicidad. Esta concepción simplista del método científico desvirtúa en esencia el conocimiento de la realidad reduciendo su complejidad, objetivando sus subjetividades, incurriendo en reduccionismos metodológicos en el quehacer científico (...)” (p.13).

Ahora bien, Luengo (2018), considera que los principios o rasgos básicos del paradigma se pueden resumir en siete aproximaciones compartidas: i) la complejidad como síntesis y potencial integrativo, ii) la visión inter y transdisciplinar, iii) la oposición a la ciencia normal o ciencia convencional, iv) el estudio del cambio y el papel del tiempo, v) la no linealidad de la realidad y la certidumbre, vi) la revisión de la causalidad clásica y la complejidad, vii) capacidad organizativa de los sistemas y el surgimiento emergencias.

A estos fundamentos teóricos del pensamiento complejo, Edgar Morin con su texto “Introducción al pensamiento complejo”, recopilado por Paulette Barbarousse (2007) señala que la crisis del paradigma occidental de simplificación y disyunción basado en la reducción y separación de los saberes generó la emergencia de un nuevo paradigma denominado la complejidad el cual intenta reemplazar el paradigma de la simplicidad procurando superar la simplificación, la disyunción la reducción y separación de los saberes, por la articulación, contextualización, integración de conceptos y nociones provenientes de diversas fuentes teóricas. El paradigma de la

complejidad se basa en un abordaje no lineal de la realidad, dicho paradigma nace de la teoría de sistemas que coloca en el centro de la noción de sistema no una unidad discreta sino una unidad compleja, un todo que no se reduce a la suma de sus partes constitutivas.

#### **2.1.4. Distancias entre la complejidad y la simplicidad**

La complejidad como paradigma al reconocer que las relaciones sistémicas están tejidas en conjunto, parte de una concepción de los sistemas de modo complejos, donde la parte observada o analizada la calificarse en el conjunto del sistema, quiere decir, en la articulación y problematización entre el elemento y el todo. Tal paradigma adiciona la síntesis, al análisis, que separa y fracciona los hechos. Por ello, la complejidad exige la complementariedad de los saberes disciplinarios, lo que convoca a la inter y transdisciplina, en contra de abordajes o visiones acotados a una disciplina única. El paradigma de la complejidad ofrece una mirada adicional a la mecanicidad, a lo lineal, a la regularidad del universo y a lo homogenizante como se acostumbra observar la realidad. En cambio, el paradigma de la simplificación obedece a la visión de un mundo estático, ordenado, en equilibrio, en contraposición a la complejidad que asume la naturaleza y la sociedad, desordenes y desequilibrios, que se convierten en promotores de nuevos órdenes. El paradigma de la complejidad, por su propia construcción teórica habilita estar alerta para someter a constante revisión los conocimientos –incluyendo sus propias premisas-. No hay nada absoluto salvo lo relativo dice un dicho popular, no hay dogmas inamovibles, el desarrollo de la ciencia puede entrar en contradicción o hacer caer lo ya sabido, por esas razones, la complejidad concibe el conocimiento como aproximativo y relativo, y no sostiene verdades absolutas o principios inmutables. Curiosamente, entre el paradigma de la simplificación y la complejidad algunos de estos supuestos antagonismos se fueron asumiendo como complementarios, dicho de otro modo, el antagonismo no puede

explicar un extremo sin el otro, es el caso de que el desorden sin el orden o la racionalidad sin la irracionalidad; del mismo modo la complejidad, no se entiende como rechazo de lo simplificante, sino como integración del antagonismo en continua relación.

Como señala Munne (2004), cabe preguntarse por qué domina un paradigma basado en la simplicidad cuando por el contrario la realidad es compleja. Para el conocimiento científico tradicionalmente dominante, admitir una realidad compleja podría representar una ambigüedad que trastoque sus principios de una realidad ordenada, simplificada y armónica. Debido a sus reticencias, se han seguido proponiendo unos estudios reduccionistas y fragmentarios, en cambio, el campo social ha de ser estudiado como un sistema complejo adaptativo.

De acuerdo con Munnè (2004), el conocimiento de la realidad viene condicionado por la propia epistemología. Ambos aspectos son relevantes en la medida en que contribuyen a la prescripción y estudio de lo que determina el comportamiento humano, a nivel individual, grupal y comunitario e, influye sobre la adecuación y licitud de las metodologías de investigación, así como sobre la conveniencia de intervenir sobre ello.

Teniendo presente el paradigma reduccionista dominante en la investigación en los últimos años, las nociones de la complejidad (no linealidad, fractalidad, caoticidad, autoorganización, etc.) representan una perspectiva epistemológica alternativa de superación del frugal paradigma de la simplicidad. La realidad en la que estamos incluidos se interpreta como una compleja red de nudos entrecruzados e interconectados entre sí, procesos que influyen en otras aparentemente drásticas situaciones en cursos de tiempo; patrones caóticos; la provocación de la estabilidad mediante el cambio; la repetición de ciertos patrones de comportamiento; cambios

cualitativos asociados a procesos de repetición similar, etc., representan fenómenos de capital interés para el paradigma de la complejidad.

En suma, la interpretación simple y neutra no resulta un diálogo con la realidad, esta realidad no sólo se observa sino que también se cuestiona.

#### **2.1.5. La intuición como pensamiento no sistémico.**

Nuevamente remitiéndonos al conocimiento de la realidad cabe precisar que a disposición del observador se halla también la intuición como camino o vía, sin embargo es incompatible con la lógica y no convencional para conocer la verdad. A esta mirada de la realidad la filosofía la desarrolló a través de la corriente idealista denominada intuitivismo que considera “contraponer conocimiento racional a la aprehensión directa de la realidad mediante la intuición, la cual es concebida como facultad especial de la conciencia, facultad no reducible a la experiencia sensorial ni al pensar discursivo -el intuitivismo es directamente a fin al misticismo, en representantes figuran Bergson y Lossky”- el intuitivismo no tiene cabida en el enfoque sistémico pues su subjetivismo invisibiliza el análisis y la síntesis como parámetros de interpretación de la realidad.

Cabe señalar que un pensamiento no sistémico se ejerce sin orden lógico, sin relación que exprese jerarquía o simple coordinación entre los elementos o que no profundiza la esencia del porque es considerado un sistema, la muestra de una realidad objetiva no expresada como sistema, se advierte cuando la evaluación de las propuestas carece de una interrelación de estructuras y funciones.

Por tanto, en este último tramo de esta primera parte, es claro que una modalidad incompatible al pensamiento sistémico sería el pensamiento basado en la intuición que prioriza al conocimiento

directo de ciertos objetos o verdades considerado como fundamentales en sus campos respectivos; la intuición sugiere un contacto directo con lo aprendido la cooperación del espíritu presenta el carácter de la inmediatez, la percepción directa será prolongada por la imaginación concreta del sujeto a dónde llegará lo intuitivamente verdadero. Se supone entonces que un conocimiento intuitivo no ocurre en etapas, no es graduada como una inferencia, como el conocimiento que presume el lenguaje. La conciencia es incapaz de seguir los diferentes pasos del cerebro, falta la distinción de sujeto objeto, la inmediatez atribuida a la intuición, toda inferencia debe estar basada en la verdad intuitiva. Una cara de la medalla es la confianza en la verdad intuitiva, el problema epistemológico de la objetividad se oscurece puesto que toda distancia, condición de la crítica, es imposible; por eso es preciso reconocer que la intuición necesita formalismos que permitan fijar los conceptos para compararlos a otros conceptos y para criticarlos tanto individualmente como el interior de la comunidad científica Si el intuicionista se priva de lenguaje como medio de conocimiento puede conocer muy pocas cosas recuérdese que hay una gran distancia entre lo que se afirma conocer y lo que conocemos efectivamente de manera intuitiva. Espinoza (2003) señala que “Si la intuición se utiliza como método el resultado será una pobreza extrema” (p102).

## **2.2. Generalidades de la teoría de los sistemas:**

La teoría de los sistemas es una construcción teórica vigente que transversaliza diversas ramas del saber cuyo valor radica en el sentido explicativo argumentativo y de comprensión del funcionamiento de la realidad y los fenómenos y procesos en particular para la construcción del conocimiento, donde los sistemas de diferente naturaleza requieren de la modelación estructuración y funcionalidad hacia lo interno y entre sistemas de otras naturalezas de plano externo. Es condición ineludible para ingresar en el contenido de las categorías específicas que soportan la teoría general de los sistemas y por ende el enfoque sistémico establecer una noción de

sistema, que no siendo pacífico en el tiempo ha llevado a diversos estudiosos y autores a presentar puntos y conceptualizaciones variables teniendo entre los más resaltantes Ludwing Vong Bertalanffy (1901-1972), teólogo y filósofo para quien el todo lo existente en la naturaleza conocida tiene una relación intrínseca entre los diferentes elementos haciéndolos dependientes y relacionados unos con otros. El sistema es el conjunto de unidades recíprocamente relacionadas, entre sus características se encuentra la sinergia o totalidad, interrelación, equifinalidad, diferenciación, negentropía. La teoría de sistemas se amplía con la cibernética de Norbert Wiener (1894-1964), aporta la idea de circularidad, los procesos circulares que originan los procesos de retroalimentación de un sistema, permiten incorporar la noción de estabilidad o de morfoestasis con la retroalimentación negativa y la morfogénesis o desviación positiva. Con la segunda cibernética Mogarrah Mayurama (1914-1996), la retroalimentación no siempre tiende al equilibrio sino que evoluciona y cambia. Con la teoría de la autopoiesis, Humberto Maturana (1928) indica que los sistemas se caracterizan por la capacidad de producir y reproducir por sí mismos los elementos que los constituyen; la teoría de sistemas y su aplicación a las ciencias sociales siglo XIX Auguste Comte (1758-1857), definió la sociedad como un todo orgánico compuesto por familia y no por individuos y a partir de las familias evolucionan las demás unidades sociales. Durkheim (1858-1917) por su parte indico que la sociedad es un sistema autoproducido y autorregulado sus propiedades, no se derivan de los individuos aislados de los individuos aislados. Wilfredo Pareto (1848-1923), el sistema social tiende al equilibrio hay fuerzas internas y externas que lo llevan al equilibrio. En el siglo XX Talcott Parsons ( ) nos indicó que una sociedad es un sistema que en sus subsistemas abarca todos los roles más importantes de las personas y colectividades incluidas en su población. Nicklas Luhmann (1927-1998) en su teoría señala que la sociedad es un sistema que está constituido por comunicaciones y no por individuos y el sistema se conforma en función del entorno, esta última cuyas generalidades sirven para la presente tesis.

En general, la teoría de sistemas proporciona información para el desarrollo de las investigaciones considerándose además un camino válido para visibilizar características estructurales, funcionales, componentes, relaciones e interacciones presente en los sistemas, este carácter teórico permite la construcción del conocimiento.

La clave para comprender la noción del sistema la encontramos en la distinción entre un sistema y su entorno en lo fundamental la diferencia entre los dos es su grado de complejidad, la teoría no presentó utopías de sociedades ni ideales; la teoría Luhmaniana, presenta en cambio un poderoso instrumental analítico que permite comprender el funcionamiento de la sociedad los subsistemas y las organizaciones. “A tomar nuestro punto de partida general: la teoría de los sistemas no se ocupa de un tipo particular de objetos; hace uso de una determinada distinción a saber, la distinción sistema/entorno” (Luhmann, 2006, p.341).

La complejidad en la perspectiva Luhmanniana no es vista como un obstáculo ni una dificultad para la construcción de un sistema, se constituye en la condición que hace posible al sistema. Un sistema surge de un proceso de reducción de complejidad. La complejidad implica la obligación de seleccionar verse forzado a seleccionar entre la contingencia porque siempre se puede hacer una selección diferente y la contingencia implica riesgo los intereses más importante se ubica precisamente en lo contingente en la pregunta por las otras posibilidades en los equivalentes funcionales que podría ofrecer soluciones comparables a un mismo problema aunque nunca puede ser tan complejas como su entorno los sistemas desarrollan nuevos subsistemas y establecen varias relaciones entre esos subsistemas con el fin de relacionarse mejor con el entorno sino lo hacen serán superadas por la complejidad del entorno. La tesis Luhmaniana señala que para cada sistema el entorno es más complejo, pero que el sistema mismo no supone ninguna constante en el gradiente de complejidad por lo general se considera válido. Los sistemas tienen límites y eso es lo que hace diferente al concepto de sistema del concepto de estructura; los límites no pueden ser pensado sin un antes y

presuponen por tanto la realidad de un más allá y la posibilidad de rebasarla, por eso es de una intelección general desempeña en la doble función de separación y unificación entre sistema y entorno, límite que es aquello que separa el sistema del entorno y que a la vez indica lo que es sistema diferenciándolo de lo que es entorno.

Desde punto de vista de la teoría de sistema de Luhmann el rasgo principal de la sociedad moderna es el proceso creciente de la diferenciación sistémica como modelo de abordar la complejidad del entorno la diferenciación es la réplica dentro de un sistema de la diferencia entre un sistema y su entorno esto implica que en un sistema diferenciado hay dos tipos de entornos uno común a todos los subsistemas y un entorno interno diferente para cada uno de los subsistemas por lo tanto cada subsistema tiene un punto de vista diferente del entorno interno del sistema esto crea un entorno interno muy complejo y dinámico el proceso de diferenciación es un medio para aumentar la complejidad del sistema porque cada subsistema puede hacer diferentes conexiones con otros subsistemas permite más variación dentro del sistema con el fin de responder a la variación del entorno la mayor presión que provoca la diferenciación no solo permite mejores respuestas al entorno, sino que acelera también la evolución, recordemos que la evolución es un proceso de elección a partir de la variación, por ello mientras más variación mejor es la selección, sin embargo Luhmann afirma que sólo se han desarrollado unas pocas formas de diferenciación interna, se les llama diferenciación de segmentación, de estratificación, centro-periferia y diferenciación funcional.

La diferenciación funcional crea al menos un problema central a la sociedad moderna lo que necesita la sociedad en su conjunto puede no satisfacer un sistema funcional, pueden no existir un sistema funcional con un código que represente adecuadamente el problema por lo general es la diferenciación funcional la que crea este tipo de problemas la diferenciación funcional requiere un desplazamiento de los problemas desde el nivel de la sociedad a nivel de los subsistemas todos los subsistemas ganan independencia y flexibilidad al tomar decisiones conforme a sus propios códigos, sin embargo

todos dependen de otros subsistemas para impulsar el conjunto de sistema social, en pocas palabras el resultado de una mayor independencia de los sistemas funcionales es una mayor vulnerabilidad del sistema social en su conjunto.

El concepto autorreferencia designa la unidad constitutiva del sistema consigo misma, unidad de elementos, de procesos de sistema; consigo mismo quiere decir independiente del ángulo de observación de otros; el concepto no solo define, sino que también incluye la afirmación de un estado de cosas, ya que sostiene que la unidad no sólo puede llevarse a cabo mediante una operación relacionante. La autorreferencia hace uso justamente de la operación que constituye a lo propio, se pueden nominar a un sistema como autorreferente cuando los elementos que lo constituyen están integrados comunidades de función y en todas las relaciones entre estos elementos corre paralela una remisión a la autoconstitución así los sistemas autorreferenciales operan necesariamente por auto contacto y no tiene ninguna otra forma de relación con el entorno que no sea ese auto contacto. Para hacer más comprensible, en qué medida el concepto de la autorreferencia se distingue de las discusiones antiguas sobre la autoorganización, Luhmann, recorre a la designación de la autopoiesis a este nivel de discusión el concepto de autopoiesis de Humberto Maturana significa un elemento nuevo los sistemas autopoieticos son los que producen por sí mismos no sólo sus estructuras sino también los elementos de qué están compuestos. Precisamente en la trama de estos elementos, Luhmann usa el término para referirse entre otros a los sistemas económico, político, jurídico, científico y a las burocracias los sistemas autopoieticos tiene las cuatro características siguientes; primero los sistemas autopoieticos producen los elementos fundamentales que forman el sistema; segundo los sistemas autopoieticos están organizados en dos sentidos organizan sus propios límites y sus estructuras internas, organizan sus límites distinguiendo entre lo que hay en el sistema y lo que hay en el entorno; tercero los sistemas autopoieticos son autorreferenciales, cuarto, un sistema autopoietico es un sistema cerrado esto significa que no hay conexión directa entre el sistema y su entorno, un sistema trata con sus

representaciones del entorno afirma que la sociedad es un sistema autopoietico cumple las cuatro características que se acaban de la sociedad produce sus propios elementos básicos establecer sus propios límites y estructuras es autorreferencial y está errado el elemento básico de la sociedad es la comunicación y la comunicación la produce la sociedad la comunicación tiene todas las propiedades necesarias para la autopoiesis del sistema puesto que es una operación y genuinamente social la consecuencia inmediata que se deriva de que lo social es una operación de comunicación es que la sociedad no existe como objeto la sociedad es pura comunicación importante sólo posible acercarse a ella mediante distinciones la sociedad opera como una gigante estructura objetiva basada en la comunicación.

El sistema social basado en la comunicación crea estructuras sociales con el fin de resolver lo que el Luhmann denomina el problema de la doble contingencia la doble contingencia hace referencia al hecho de que toda comunicación debe tener en cuenta el modo en que se recibe pero también sabemos que el modo en que recibe depende la opinión que tiene el receptor de comunicador, esto forma un círculo imposible el receptor depende el comunicador y el comunicador del receptor. La comunicación es necesaria porque cada uno de nosotros tiene un conjunto diferente de normas y desarrollamos ese conjunto propio normas por qué la comunicación tiene el problema de la doble contingencia. Esto muestra cómo funciona la sociedad en tanto es un sistema autopoietico puesto que la estructura entendía cómo los roles las normas institucionales y tradicionales de la sociedad crea los elementos, en este caso la comunicación de la sociedad y esos elementos crean la estructura de manera que como en todo sistema autopoieticos, el sistema constituye sus propios elementos. "Solo puede hablarse de evolución del sistema de la sociedad cuando no se piensa en un sistema viviente; sino en un sistema comunicativo en el que cada operación reproduce sentido, presupone conocimiento, crea a partir de su propia memoria, usa formas culturales" (Luhmann, 2006, p.344).

### **2.2.1. Concepto de Sistema**

A consideración de Martínez (2011) existen muchas formas de definir un sistema, en general se puede considerar un conjunto de elementos que están conectados entre sí de tal manera que generan un comportamiento global. Es importante saber que los sistemas pueden ser estudiados desde diferentes puntos de vista, considero cuatro puntos de manera detallada; 1) elementos, 2) conexiones, 3) comportamientos y 4) puntos de vista.

Los elementos de un sistema son fácilmente identificables cuando los vemos directamente por ejemplo en una carreta de dos ruedas desplazada por una fuerza externa animal, se tiene un pequeño sistema, cuál es el tren motriz, cuál es el chasis, quién es el motor y cuál es la carga; en un sistema como por ejemplo el sistema solar podemos identificar fácilmente los elementos por ejemplo el sol y cada uno de los planetas y lunas que se encuentran en este sistema, es fácil identificar a los elementos de un sistema, lo que es difícil es encontrar las conexiones entre dichos elementos las conexiones entonces son más difíciles de ver, estas relaciones que existen entre los elementos de un sistema es la forma en que se organizan los subsistemas o los elementos y que generan un patrón de comportamiento, estas relaciones generan estructuras por ejemplo el sistema solar con los mismos elementos ha sido descrito de diferente manera tomemos el sistema de Tolomeo, quien propuso que el centro del sistema solar, era la tierra y que el sol los planetas y las estrellas giraban en torno a él con esos mismos elementos más algunos añadidos, el sistema medieval que conceptualizaba al sol y a los planetas era muy similar al sistema de Tolomeo la tierra estaba en el centro, posteriormente la luna, mercurio, venus el sol Marte, Júpiter, Saturno y en el exterior el cielo; finalmente el sistema de Copérnico con los mismos elementos pero con diferentes forma de organización propuso que el sistema correcto era el sol en el centro los planetas giraban en torno de él y al final las estrellas.

Cómo se puede ver es más difícil encontrar las relaciones que los elementos de un sistema todos los sistemas generan un comportamiento, es decir generan algunas salidas que a veces son previsibles y a veces no. Los sistemas generalmente producen su propio comportamiento cuando decimos esto es importante entonces notar que problemas de un sistema no están fuera de él sino dentro porque los sistemas contienen su estructura es decir la organización de sus variables y de sus integrantes determinan los comportamientos que el sistema tiene; también se puede decir que las estructuras generan comportamientos finalmente es importante saber que los sistemas pueden ser vistos desde diferentes perspectivas por ejemplo en una fiesta de “Santiago y Herranza de Animales” celebrada muy comúnmente en el Valle del Mantaro, podría interpretarse muchas maneras, tratarse de una celebración religiosa, podría tratarse de un ejemplo de maltrato animal y de desperdicio de recursos económicos, todos esos puntos de vista dependen de quién observa al sistema; para alguien que quiere utilizar el enfoque de sistemas es importante estar consciente de su propio punto de vista. El mundo cambia, cuando las personas cambian sus perspectivas alrededor del mundo. Un sistema es un conjunto de elementos que están relacionados de alguna manera, esta manera en que se relacionan se llaman estructuras y las estructuras generan un comportamiento, los sistemas pueden ser vistos desde uno o más puntos de vista.

### **2.2.2. Relación sujeto – objeto.**

El sujeto es el hombre -la razón-, y el objeto es la realidad -exterior-. Todo conocimiento está sujeto a la experimentación, puede decirse que después de los avances científicos de la física (hasta la primera mitad del siglo xx) esta relación “externa” sujeto-objeto cambió radicalmente, después de la comprobación teórica del principio de incertidumbre de Heisenberg, el conocimiento solo será posible a partir de una síntesis entre sujeto-observador: objeto-observado, con

este razonamiento contemporáneo, las consideraciones filosóficas sobre el ser y la realidad quedan resueltas en parte, prácticamente dando la razón a la hermenéutica. A partir de allí deja de existir, por un lado, el ser humano y por el otro la realidad, el mundo, la naturaleza. Esta trama filosófico científico es en el que Luhmann plantea su teoría, con todas sus implicaciones. Dada esta conjunción entre sujeto igual objeto, ya el hombre no puede ser el centro del conocimiento, no está llamado a ser el núcleo de la epistemología. La teoría de Luhmann (2016) refiere que: (i) a partir de estas precisiones toda consideración de conocimiento queda rodeada por la incertidumbre, y (ii) que no es el objeto de la teoría de los sistemas, para determinar cuál es el sujeto de ordenación de los sistemas sociales, se requiere eliminar de entrada al hombre, Luhmann responde que son las comunicaciones. En este sentido, el hombre también será un sistema, por lo que, indefectiblemente abarcará comunicación. Su definición teórica de ser humano es un sistema psíquico orgánico abierto.

### **2.2.3. Categorías específicas de la teoría de sistemas.**

Las categorías son aquellos conceptos en común presente en la identificación de todo sistema objeto de análisis, conceptos que por su relevancia adquiere un grado de esencialidad e importancia en la interpretación de un objeto proceso o fenómeno de la sociedad, la naturaleza y el pensamiento, se aplica a todo el objeto que se estudia, no afirma ni niega nada es el modo en que ese objeto puede conocerse, comprenderse, explicarse e interpretarse. Es una condición esencial de un objeto proceso o fenómeno respecto de los demás que es reflejada en la mente del ser humano. En la Teoría General de Sistema, estas categorías han venido considerándose progresivamente sin expresar rechazo sobre su contenido, entre ellas tenemos; i) sistema, ii) estructura, iii) componentes, iv) frontera, v) contexto, vi) medio ambiente, vii) propósito u objetivo; viii) funciones, ix) totalidad, x) recursividad, xi) subsistema; xii) entropía, xiii)

negaentropía, xiv) homeostasia, xv) sinergia, xvi) autopoiesis, xvii) niveles estructurales, xix) jerarquía y xx) complejidad, cuyos contenidos si bien no son desarrollados es menester tenerlos glosados de la teoría desarrollada por Nicklas Luhmann (Arriaga, 2003, p.277).

También puede argumentarse y explicarse las cuestiones referidas al sistema y sus subsistemas, a partir de la interacción entre las categorías filosóficas de lo universal, lo particular, lo singular; categorías que expresan las vinculaciones objetivas del mundo y las etapas de su conocimiento desarrollo superación y transformación de forma, cantidades y sintaxis que explica de un modo o que se encuentra implícita en todos los sistemas. La interrelación obrante entre las categorías señaladas permite explicar la vinculación entre otras de similar grado cómo el todo y la parte, lo complejo y lo simple, así, dichos conceptos son comprendidos desde una mirada estructural y funcional que vivencia niveles de generalidad y subordinación en el entendimiento de que cada parte conforma el todo y del todo en función como expresión de cada parte. tales categorías deben ser empleadas en la explicación de cada elemento, aspecto, parte del sistema- subsistema que se examine (De la Peña y Velazquez, 2018).

#### **2.2.4. Los sistemas en el tiempo.**

##### **A. Edad antigua**

La noción de sistemas en la edad antigua era clasificaba por su grado de interacción con naturaleza, derivando dos grandes grupos: i) los cerrados que poseían un comportamiento totalmente determinístico y programado, operaban bajo condiciones de muy poco intercambio con el medio ambiente o contexto donde existían y eran herméticos a cualquier influencia externa, eran sistemas completamente estructurados, donde los elementos, componentes y subsistemas se combinaban de modo invariable y rígido y su resultado era inmodificable.

Respecto del segundo este se denominaba abierto se considera relaciones de intercambio constante o parcial en determinado momento con el medio ambiente y el contexto de existencia. Esta clasificación de sistema abierto, posibilita que tengan un óptimo funcionamiento bajo la sincronización estructural y funcional de sus elementos, componentes y subsistemas. Es justo en esta época que se afirmó que el todo es mayor que la suma de sus partes (De la Peña y Velázquez, 2018).

B. Renacimiento

En este momento, Da Vinci introdujo una nueva clasificación al comprender cómo se crearon los sistemas, que llegaron a clasificarse en naturales, artificiales y mixtos. Por su parte, la filosofía clásica alemana en su estudio de sistemas contribuyó a una nueva taxonomía: materiales y sistemas ideales. Durante los siglos XVII y XVIII, las diversas ciencias especiales investigaron ciertos tipos de sistemas: geométricos, mecánicos. (De la Peña y Velázquez, 2018).

C. Siglo XIX y XX:

Durante el siglo XIX, los filósofos marxistas, por su parte, ofrecieron una nueva y relevante clasificación que expresó un nuevo nivel de agrupación definida en cinco grupos, mecánicos, físicos, químicos, biológicos y sociales, posteriormente, en los albores del siglo xx, se profundiza en las relaciones que se establecen entre los sistemas y se caracteriza no solo por la existencia de conexiones entre sus elementos, determinando un grado de organización, sino también por la unidad indisoluble con el medio y su naturaleza (De la Peña y Velázquez, 2018).

D. Siglo XXI era digital.

En este tiempo actual las disciplinas y sus avances en todos los campos han penetrado la comprensión de los sistemas como

una herramienta de construcción de conocimiento incalculable, ha posibilitado las interpretaciones de los procesos y fenómenos que adquieren un mayor acercamiento a la realidad objetiva y mayores niveles de complejidad al incorporar nuevos elementos, componentes y vincular en el funcionamiento de un determinado sistema. (De la Peña y Velázquez, 2018).

#### **2.2.5. Tipología de los sistemas.**

Es evidente la existencia de múltiples concepciones y definiciones de sistemas, así como variedades que expresan tipologías para ser clasificados.

##### **A. De acuerdo con las características.**

De acuerdo a su constitución y según su constitución, los sistemas pueden ser concretos o abstractos: i) Sistemas concretos: compuestos por equipos, maquinarias y por diferentes dispositivos tecnológicos. Pueden ser descritos en términos cuantitativos de desempeño (Fuentes y Matos, 2004, p. 34). ii) Sistemas abstractos: compuestos por conceptos, categorías, planes, hipótesis e ideas, donde los símbolos representan cualidades y procesos (objetos) (Fuentes y Matos, 2004, p. 34).

##### **B. De acuerdo a su dirección.**

En esta clasificación se destaca la siguiente: «En el mundo existen muchos tipos de sistemas integrales todos ellos pueden dividirse en dos grandes clases: sistemas autogobernados y sistemas gobernados, dirigidos (Afanasiev, 1977, p. 15).

De la Peña y Velázquez (2018)., comentan que: i) sistemas autodirigidos, poseen sus propios subsistemas o elementos jerárquicamente dispuestos ordenados en función de su propio desarrollo, es decir, sus componentes totalizan las funciones y

garantizan la autodirección, el propósito es el cumplimiento de una o varias funciones generales del sistema; entre sus componentes se establecen, de forma predominante, relaciones de subordinación, se caracterizan por poseer la homeostasis (capacidad de conservar la estabilidad de sus parámetros, indicadores de esencia, pese a los cambios del medio ambiente o carácter externo al sistema), estos sistemas están compuestos por dos o más subsistemas donde radican los que presentan un carácter dirigente o predominante estructural y funcional. Según esta mirada, el sistema es visto en su generalidad como un todo, funciona especialmente en circuito cerrado con carácter de autorregulación y retroalimentación constante, con la particularidad de que no existen líneas divisorias absolutas entre sus subsistemas. En el otro extremo están ii) sistemas dirigidos, aquellos que carecen de subsistemas o componentes jerárquicamente dispuestos que le ofrecen independencia, por lo que funcionan al establecerse de forma predominante las relaciones de coordinación entre sus componentes, generalmente están sometidos a la influencia directiva de otros sistemas, que estampan una determinación estructural y funcional al sistema.

C. De acuerdo a la triada filosófica

Tiene lugar una clasificación según las categorías filosóficas: universal, particular y singular; en el universal, se aglutinan definiciones que extienden el concepto de sistema, hasta el punto de que puede utilizarse para definir cualquier macrosistema, en el segundo lo “particular”, se ubican las definiciones que reducen la noción de sistema a su rasgo esencial, diferenciando y distinguiendo de los objetos y fenómenos con los que tiene cierto nivel de semejanza, respecto de lo tercero “singular” conforma definiciones que resaltan las singularidades distintivas de todo sistema, donde el conjunto de

elementos cumple tres condiciones: los elementos están interrelacionados; el comportamiento de cada elemento o la forma en que lo hace afecta el comportamiento del todo; la forma en que el comportamiento de cada elemento afecta el comportamiento del todo (De la Peña y Velázquez, 2018).

#### **2.2.6. Escenarios que confirman o niegan un sistema.**

A todo esto se puede establecer que el hecho de presentar un conjunto no aplica para ser concebido como sistema, tampoco una relación que exprese jerarquía o simplemente una coordinación entre los elementos ya que no prevalece un orden lógico. Por ejemplo, si se toma un producto tecnológico como un sistema, sin expresar las relaciones internas y de esencia entre los componentes existentes, las alteraciones y funcionalidades que se generan al activarse determinadas funciones superiores y la manera en que prevalecen sobre otras que son de carácter inferior, tampoco se puede considerar un sistema como tal. No solo debe expresarse de forma descriptiva, los resultados de las diversas conexiones y relaciones -subordinación como de coordinación- entre componentes y subsistemas. No se debe detener en el plano de la representación gráfica y la interpretación de la funcionalidad del producto tecnológico como sistema, sino llegar a las expresiones cualitativas de cada componente y subsistema.

También sucede que la modelación de un fenómeno o proceso de la realidad objetiva se muestra y no se expresa como un sistema, sin embargo, en el análisis de las propuestas, se verifica que tiene una interrelación de estructuras y funciones y una organicidad jerárquica o coordinadora, entre ellos. Existe un nivel de relación que determina varias cualidades, resultados, implacabilidad, sostenibilidad, nivel de regularidad en su funcionamiento, nivel de entropía, estabilidad, recurrencia, entre otros elementos e indicadores que califican el sistema de investigación modelado. En tal línea, se proponen como

objetos de investigación elementos, rasgos distintivos, características de los procesos y fenómenos estudiados, en los que se destacan todas las relaciones, estructuras y funciones que se establecen entre cada uno de ellos con la realidad. Y debe hacerse desde una perspectiva sistémica.

Al abordar la gran mayoría de los aspectos existentes del objeto estudiado, se posibilita un ejercicio intelectual y la construcción de conocimientos que, sin duda, ofrece un importante nivel de profundización, de esta forma, la explicación y el argumento alcanzan niveles significativamente altos, por lo que la posibilidad de utilizar el método sistémico estructural funcional en la investigación, consistente con el paradigma sistémico y puntual y en correspondencia con el uso de la teoría general de sistemas y el enfoque de sistemas, no se puede inferir ni ignorar. Luego se materializa en una orientación metodológica con los principios y procedimientos adecuados. Al aplicar este método y ofrecer la explicación adecuada, es consistente con el carácter sistémico de la investigación, que desde todos sus componentes y relaciones, debe expresar una lógica sistémica a la luz de la orientación metodológica existente.

Su uso se atestigua, en primer lugar, en la determinación y modelización del propio estudio, que se presenta a continuación, caracterización facto-perceptible del objeto de investigación, determinación de la situación problemática, contradicción externa e interna o fundamental. Determinación de los componentes teóricos y metodológicos del diseño de la investigación, identificación de las etapas de la investigación y las tareas a realizar, establecimiento de la relevancia, valor teórico y práctico e implicación de la investigación (De la Peña y Velázquez, 2018).

En segundo orden, en la modelación de la intervención en la práctica con objetivo exploratorio o diagnóstico, se realizan las siguientes acciones: caracterización del problema, sus causas y estado actual. Determinación de los elementos instrumentales necesarios para la obtención de información y funcionamiento actual del sistema estudiado, objeto de investigación y campo de acción (De la Peña y Velázquez, 2018).

En tercer lugar, la modelación del objeto de investigación debe encaminarse hacia la identificación y caracterización estructural y funcional de los elementos, componentes y subsistemas del sistema general, expresión y argumentación de los tipos y niveles jerárquicos de las relaciones que se establecen entre los elementos, componentes y subsistemas, determinación de la naturaleza e incidencias de las influencias externas en el sistema, expresión y argumentación de las cualidades emergentes que garanticen sinergia y recursividad al sistema. Establecimiento de los niveles de interacción y estabilidad ante influencias externas al sistema.

Por último, la modelación, que en su expresión práctica como propuesta genera incidencia en el sistema y a la vez forma parte de este, ha de tener en cuenta los siguientes elementos: i) Determinación de la propuesta práctica elaborada o instrumento (estructura, procedimientos de uso, fundamentación teórico-metodológica, entre otros). ii) Establecimiento del nivel de relación e incidencia entre el elemento práctico, elaborado (metodología, estrategia, conjunto o sistema de preguntas, tareas, clases, materiales o medios, medios tecnológicos de diversa índole) y el sistema modelado. iii) Identificación de los pasos y aspectos para la intervención en la práctica a partir de la aplicación del instrumento o propuesta elaborada. iv) Confirmación y aprobación de los resultados al atender la viabilidad, pertinencia y aplicabilidad del instrumento o propuesta elaborados, que le ofrece en sí mismo al sistema modelado

valor y superioridad cualitativa y cuantitativa. (De la Peña y Velázquez, 2018).

Tal método se forma históricamente como resultado de los descubrimientos, de la interpretación constante de la realidad objetiva, de la creación de nuevas teorías y de la práctica de la investigación científica, en su contenido no solo se incluyen las acciones, procedimientos y operaciones que se encaminan al logro de un fin determinado, sino la planificación y sistematización adecuadas de estas, por ello se comprende como su función orientadora y metodológica.

La teoría determina al método, aunque este tiene cierta independencia relativa. En la teoría, los juicios tienen un carácter afirmativo, en el método, presentan un matiz exhortativo para dirigir al investigador a un objetivo determinado, planificado y consciente.

#### **2.2.7. Rasgos esenciales de todo sistema.**

Hasta aquí, las definiciones señaladas, permiten determinar a modo de conclusión la existencia de los rasgos esenciales de todo sistema:

- i) La composición y estructura: dada por el conjunto de elementos, componentes y subsistemas que conforman el todo y que se disponen según un orden jerárquico.
- ii) La organización interna: dada por su estructura y funcionamiento. La estructura es una relación estable, aunque con carácter mutable, pero que conserva en lo general la integridad del sistema. En cambio, el funcionamiento es proceso, por lo que, al entrar en contradicción con la estructura, provoca cambios y/o renovaciones en los elementos estructurales, que se traducen en cualidades de nuevo orden que subyacen, en gran medida, entre las relaciones existentes entre los elementos, componentes y subsistemas, con una organicidad jerárquica o de coordinación.
- iii) El carácter específico de la interacción con el medio ambiente y su propia naturaleza, dada por la red de comunicaciones externas que

establecen sus elementos, componentes y subsistemas de la misma u otra naturaleza, existentes en el medio ambiente. Integran el sistema solo los objetos, fenómenos y procesos que participan directa e inmediatamente en la creación de las propiedades y cualidades del sistema en sí. Por el contrario, los objetos que al ser de carácter externos respecto al sistema participan en la formación de sus cualidades a través de los elementos, componentes y subsistemas de todo el sistema corresponden al medio, siendo o no de la misma naturaleza. iv) La cualidad resultante de la integración y de la formación del sistema: dada por las relaciones e interacciones que se establecen entre sus elementos, componentes y subsistemas. Estas se pueden clasificar como de coordinación y de subordinación. Dicha cualidad debe emerger y ser compatible con la naturaleza de los elementos, componentes y subsistemas, así como responder a principios y leyes intrínsecas del sistema.

Evidentemente, la existencia de relaciones e interacciones de coordinación y de subordinación entre las partes que se constituyen como elementos, componentes y subsistemas de un sistema acusa la presencia de la dirección o autodirección en ellos, pues estas no son más que las formas en que se manifiestan.

Todo lo relacionado en general y desde la perspectiva específica de los sistemas es parte del paradigma sistémico. Aunque el enfoque sistémico y el método funcional-estructural-sistémico difieren en sus supuestos epistemológicos entre la teoría general de sistemas, los sistemas de categorías y los procesos metodológicos no significan que se sustituyan, excluyan y mucho menos que uno contenga al otro, sino que representan aproximaciones epistemológicas que permiten interpretar, comprender, abordar y explicar los procesos sistémicos y posibilitan su usabilidad en la investigación científica para este fin.

Bajo la línea de este primer orden teórico, corresponde contextualizar el sistema específico que sirve de ligazón entre la primera y segunda categoría de esta investigación -enfoque sistémico e investigación preparatoria-, denominado “sistema penal”.

### **2.3. Sistema Penal**

El derecho penal es la base sobre la que descansa la capacidad punitiva del Estado y consiste en una descripción abstracta de conductas (sistema penal estático) que requiere un análisis en sus elementos constitutivos y en los componentes que lo conectan con otras partes del ordenamiento jurídico. La dogmática ha configurado una técnica muy depurada mediante la cual, mediante la aplicación de categorías creadas al efecto, se ha podido desarrollar espacios interpretativos que han dado a la aplicación de esta ley penal márgenes más modulados que los establecidos por la expresión positiva de la ley. El despliegue o aplicación de los mandatos o prohibiciones que emanan de las normas penales a través de los órganos predispuestos a ellos -policía, jurisdicción, procedimiento y prisión- (sistema penal dinámico), configura a su vez un claro ejercicio de control sobre la pandilla. de individuos que caen en la realización concreta de conductas tipificadas como delitos, principio de legalidad (Crecencio, 2000).

El derecho penal, por la carga de legítima de violencia estatal que encierra, es la expresión más idónea de un control asumido por el Estado pactado con la sociedad; sobre esta base es que una teoría de la sociedad, como el funcionalismo, más propiamente la perspectiva estructural-funcionalista, explica el modelo de sociedad de bienestar y ha sido capaz de justificar el papel de control social que el derecho cumpliría, aplicada por el penalismo actual.

Se puede afirmar no obstante desde una mirada menos abstracta, que el sistema penal, es un sistema normativo derivado de un sistema mayor denominado el sistema jurídico, este sistema penal se sustenta en el sistema de derecho penal sustantivo -que a su vez se origina en la Constitución

Política, en los convenios internacionales y codificado según ley en el Código y disposiciones complementarias- éste cuerpo, establece los presupuestos y condiciones para la definición del delito y sus consecuencias, lo mismo que para la justificación y exclusión de la responsabilidad y de la sanción. El derecho penal fija tres temas 1) las líneas políticas y límites para todo el sistema punitivo, disposiciones contenidas en la parte general del código sustantivo; 2) desarrolla la esencia misma de los valores e instituciones fundamentales relacionados con el sistema político - constitucional; 3) define el delito, la pena, los principios fundamentales (irretroactividad, favorabilidad, legalidad, antijuricidad, culpabilidad, no analogía, etc.), extendidos a toda norma penal o de carácter punitivo, incluido el derecho disciplinario.

En este sistema penal, el derecho sustantivo (subsistema cuando se mira de arriba hacia abajo) no tiene existencia propia si no a través del derecho procesal penal (otro subsistema), cuya organización sistematizada de normas establecen las ritualidades propias de la investigación, control y juicio, además de las garantías procesales, los recursos, los actores estatales habilitados de roles definidos con interacción íntima de las normas sustantivas. Mientras el derecho penal sustantivo (homologo al sistema respiratorio humano) señala la teoría del delito, las penas, los delitos y sus consecuencias, el derecho procesal penal (homologa al sistema circulatorio humano) traza el camino para hacer aplicable el derecho sustantivo, funge de instrumento para reconstruir los hechos, definir la participación del imputado, la responsabilidad o confirmar la presunción de inocencia y por lo mismo tiene que contener necesariamente el conjunto de garantías procesales y sustantivas que hacen aplicables los principios fundamentales.

Es decir, tanto el derecho procesal como al derecho penal sustantivo forman parte del sistema total denominado “sistema de derecho penal”, uno sin el otro no puede existir, solo tienen vigencia en la medida de su interrelación. siéndole aplicable por igual los principios de legalidad, irretroactividad, favorabilidad de la ley posterior, presunción de inocencia, además que no pueden formularse excepciones a la obligatoriedad de los principios y

postulados universales propios del derecho penal. Aquí el principio de legalidad aplicable a la ley penal y procesal, resguarda el debido proceso, exigencia sustancial que consagra el derecho de la persona a ser juzgado con la ley penal y procesal vigente al tiempo de la comisión del hecho; no obstante el derecho procesal penal a su notoria vinculación y dependencia en algunos aspectos del derecho penal y con los convenios internacionales sobre derechos humanos, tiene sus propias características y principios e importancia políticas que hace materializar el derecho sustantivo. El debido proceso como derecho continente, el juez natural, el derecho a la defensa técnica en igualdad de armas. el derecho a no ser juzgado dos o más veces por los mismos hechos, la publicidad del proceso penal, el derecho a la pluralidad de instancia, la presunción de inocencia, el indubio pro reo, entre otros aspectos propios del proceso han adquirido corte de garantías constitucionales, protegidas además por la Convención Americana de los Derechos Humanos y que operan así mismo, como normas de optimización -principios comunes- al derecho penal, entre los cuales se encuentran tales como la irretroactividad de la ley, la aplicación retroactiva de la ley más favorable, la presunción de inocencia, el indubio pro reo, etc.

Ahora bien, fuera del derecho penal convencional, existen otros sistemas especializados como el Derecho Penal Militar, Derecho Penal Juvenil, Derecho Disciplinario que se aplican en general bajo el espejo de los principios rectores de la ley penal, incluso de puede hablar del derecho penal comunal, pero que tiene un tratamiento diferente a la corriente occidentalizada de los principios antes mencionados. En fin, globalmente el derecho punitivo, sea procesal o sustantivo -general o especial-, debe desarrollarse según la Constitución pues este comprende los principios generales del Estado y del derecho, los fines esenciales de la sociedad, la idea central de la justicia, los fines y principios fundamentales del derecho penal y de la pena, el concepto central de la pena y las penas prohibidas, así como los límites internos y externos que ha de tener el sistema punitivo, por lo cual se puede advertir que todo el sistema penal debe interrelacionarse con los postulados del sistema constitucional.

Sin perder la perspectiva de lo que se explica debe quedar en claro que en este sistema penal, estructurado funcionalmente por el subsistema penal sustancial y el subsistema procesal penal, habita un tercer subsistema a la que Gómez (2001) le denominó “conjunto de normas dispositivas que reglamentan la forma de la ejecución, terminación, suspensión, control y logro de los fines de las penas y las medidas de seguridad. El derecho de ejecución penal complementa el subsistema procesal y concreta muchos de los derechos y garantías de los procesados y condenados” (p.381).

En la línea de lo descrito, en adelante y de modo intencional solo se abordará la relación teórica del derecho penal y procesal penal como sistemas de un solo cuerpo.

### **2.3.1. Relaciones entre sistema sustancial y procesal**

Cuando un juez decide sobre un hecho posiblemente delictivo no divide dos momentos de su razonamiento, primero el asunto dogmático penal y luego el asunto doctrinal procesal penal; la postura sobre absolución o condena se realiza en el marco de un proceso penal componente del sistema de justicia penal, entonces la comprensión de los institutos técnicos autónomos del derecho procesal penal los operativiza en relación a la norma penal y en mira de plan sistémico con la justicia penal. Si bien esto suena fácil, la realidad muestra dificultad en el engranaje sincronizado de ambos sistemas -penal y procesal penal- por la forma tradicional en que se abordan: i) la existencia teórica de una férrea separación entre ambas áreas y ii) la naturaleza instrumental proyecta el sistema procesal penal respecto del derecho penal.

### **2.3.2. Distinción entre norma penal y norma procesal.**

Tanto el conjunto de normas penales y procesales representan indistintamente un límite para el ejercicio de la potestad punitiva del Estado -atañe la protección del ciudadano- y cuando corresponda el menoscabo legítimo de su libertad personal. Esta situación en común,

en buena cuenta evidencia la naturaleza de estos subsistemas en relación al sistema penal.

Esto quiere decir que en la regulación normativa del sistema de enjuiciamiento las normas penales y procesales son una restricción para la actuación del Estado -protección y respeto de las libertades fundamentales de los ciudadanos involucrados en el proceso-, entonces la propuesta de distinción ontológica no es relevante siendo más un juego de interpretaciones doctrinales asociadas a la labor de dos áreas que se suponen completamente diferenciadas, en fin no es propósito ingresar en dicha discusión sino resaltar la vinculación simbiótica de ambos sistemas. En este sentido, Binder (2000) afirma: ¿Qué significa destacar la relación entre el derecho penal y el procesal penal? (...). Mientras el derecho penal especialmente en cuanto a la teoría del delito ha alcanzado un grado de desarrollo importante y existe un consenso apreciable sobre muchos de sus conceptos y sobre la estructuración del esquema de análisis de la pena, el derecho procesal penal no ha elaborado aún una sistematización de análoga profundidad científica, por esta razón no intentaré esbozar siquiera algún tipo de integración en el nivel de sistema de análisis global, por idénticas razones tampoco ahondaré en ciertas relaciones particulares que existen en el nivel de las estructuras de las normas. Nuestra perspectiva será funcional es decir señalaremos la operatividad del proceso penal en conjunción con las normas penales dentro de la configuración de la política criminal de nuestra sociedad () La política criminal es pues un conjunto de decisiones técnico valorativas relativas a determinados instrumentos, sus instrumentos son muchos pero sin duda los principales son las normas penales que definen las conductas prohibidas y las sanciones a esas infracciones y las normas procesales que definen el modo como el estado determinará que se infracción ha existido quiénes serán los protagonistas de su segundo proceso definición y quién será el sancionado y cuál será la clase de gravedad de esa sanción (p. 47).

La distinción entre derecho penal y derecho procesal penal no aporta nada al principio de legalidad como garantía; la estrecha cercanía de algunas instituciones procesales con el derecho material obliga a revisar caso a caso la no aplicación de la prohibición de retroactividad penal. De otro lado, en muchas situaciones, funciones adicionales de las normas penales y de las normas procesales penales son equivalentes. Ante esta inestabilidad en la aplicación de las consecuencias derivada de la distinción entre derecho procesal penal y derecho penal, un sector de la doctrina no está segura si efectivamente la delimitación entre ambos sistemas puede tener efectos prácticos totalmente relevantes.

No obstante la realidad enrostra un número de situaciones “procedimentales” que tienen una importancia crucial en las normas penales, ¿cómo se puede establecer la competencia de un juzgado unipersonal o colegiado si no se sabe qué delito se ha cometido?, ¿cómo puede referirse al hecho punible sin remisión al Código Penal?, ¿cómo se pondera la proporcionalidad de la prisión preventiva si se ignora el tipo de que se imputa?, incluso motivos de derecho penal material pueden incidir en un trámite sobre faltas contra la persona. La estrecha relación entre ambos derechos se viene a confirmar en el momento de dar curso inicial al procedimiento. En el proceso civil se necesita “abrir” el Código Civil solo al dictar la sentencia, al contrario de lo que sucede en el proceso penal.

En opinión de Huaman (2013):

La visión instrumental de la relación entre ambas parcelas del derecho no es suficiente, por sí sola, para explicar el vínculo. Darle primacía a este criterio provoca una visión de corto alcance de lo que sucede en el proceso penal. Da por supuesto que ambos objetos relacionados son perfectamente distinguibles y delimitados. Sin embargo, el límite es difuso. Por ello se cuestiona, -por ejemplo-, la naturaleza (adjetiva o material) de muchas instituciones como la prescripción, las

condiciones objetivas de punibilidad, las normas del concurso real, la facultad de denuncia o querrela de la víctima en los delitos privados e, incluso, de la pena, entre otras. Adicionalmente, se sostiene que existe una zona neutra donde se situarían estos institutos de confluencia de las dos partes del ordenamiento jurídico, en donde la tendencia predominante de uno u otro no se ha resuelto inequívocamente (p.64)

La importancia de la norma penal se expresa en todo el proceso penal, incluso en aquellas fases en donde se estima que no es relevante, como en el momento de la apertura de indagaciones preliminares o el proceso mismo de valoración de la prueba. En definitiva, son dos aspectos de la misma realidad, dos cuerpos legales que forman parte del mismo sistema, siendo poco probable que exista un criterio absoluto que fronterice con precisión las normas penales de las procesales pues sus diferencias son más aparentes de lo que se piensa.

### **2.3.3. Relaciones inestables de ambos sistemas.**

La mirada que considera al proceso penal solo como un elemento de mínima interacción con otros componentes del sistema penal, evidencia una lectura sesgada que intenta construir una imagen reduccionista del sistema. Por ello se considera que el proceso penal, desde el punto de vista conceptual, es un espacio de apertura cognitiva y cierre operacional de sistema, cuyos límites jurídicos últimos estarían marcados por el propio derecho penal, el derecho procesal penal y por la Constitución Política. Se cita por ejemplo, el derecho de presunción de inocencia, que no puede ser examinado si no desde el corte constitucional que ofrece este derecho fundamental; así mismo resulta importante establecer si dicho derecho se extiende a procedimientos distintos del penal o surge únicamente cuando se investiga la comisión de un delito, por último, según la naturaleza procesal de este derecho, puede influir en que la privación de la

libertad generada por una medida de coerción no sea considerada una pena en sentido estricto, sin embargo, la privación de libertad generada por esta institución procesal puede traer consecuencias a la futura condena, lo que se vincula con los efectos de esta medida procesal, entonces queda claro que no podría ser satisfactorio realizar un análisis del derecho de presunción de inocencia sin considerar antes la relación obrante entre derecho constitucional, derecho penal y derecho procesal penal, aspectos que descartan un sistema jurídico interno cerrado.

Por ello, las normas penales exigen para su aplicación no solo un sistema dogmático penal acabado, sino también el cumplimiento de presupuestos procesales penales, que harán las veces de condicionantes para la aplicación de la pena, por lo que el proceso penal aparece como parte del contexto aplicativo de las normas penales o de condición necesaria de su operatividad. En consecuencia, no hay pena sin ley, pero tampoco hay pena sin proceso

De la misma forma, en relación a la función prevención que genera la norma penal ello se complementa con las exigencias del proceso penal, pues, si esta última no se cumplen, indefectiblemente se coloca en riesgo la imposición del castigo en nombre del estado, eso en definitiva conlleva al proceso penal a situarlo como herramienta capital de comprobación del delito y de imposición de consecuencias delictivas.

A todo esto, es claro que la estructuración del proceso penal es un “cuerpo no permeable” donde coinciden elementos del derecho penal, del derecho procesal y del derecho constitucional, en cuanto fundamento del ejercicio de la potestad punitiva del Estado; como se dijera antes distinguir entre normas penales y procesales dejando de lado la necesaria confluencia de ambos y en búsqueda de un criterio

universalista es estéril, pues la decisión judicial es amalgama de la operación entre normas penales, procesales penales y claro también constitucionales -esto último no es propósito del presente pero es una realidad que no puede ser dejada de mencionar-, véase el caso de la acusación por un delito grave cuyo éxito se condiciona a la existencia de prueba de cargo que a su vez debe ser lícita, la acusación aun cuando sea técnicamente acabada desde el ángulo del derecho penal, si adolece este extremo queda sin aplicación.

Concluyentemente, la relación entre derecho penal y derecho procesal penal es intermitente e inestable influida por el tiempo, siendo solo posible dibujar ciertas líneas de tendencias entre un área y otra, pero bajo ningún punto encontrar criterios descriptivos que expliquen con seriedad la diferenciación, sería inútil pues gozan de una intimidad casi inseparable.

Derecho penal y procesal penal, en cuanto subsistemas del gran sistema de justicia penal se influyen recíprocamente, sin que ello signifique afirmar que se trata de normas jurídicas de idéntica naturaleza, no obstante la influencia de uno sobre el otro puede ser percibida como una impropiedad científica, el surgimiento del derecho procesal y por extensión de todas las áreas que buscan cierta autonomía dentro del derecho está fuertemente influenciada por el positivismo filosófico que asociaba a cada ciencia como tal un objeto y método de estudio propio, en la evolución del derecho procesal ello se plasmaría en la incesante búsqueda histórica de una diferenciación respecto del derecho material.

Se torno importante la estrecha conexión entre el derecho penal y el proceso penal para el funcionamiento del sistema penal cuando se afirmó que ambas áreas del sistema debían tener el mismo paralelismo. Los ciudadanos que entran en contacto con el sistema de justicia penal deben recibir un mensaje coherente, ya sea de la

aplicación del derecho penal o de la aplicación del proceso penal, pues un caso penal que no opera con garantías puede percibirse como una simple ley policial, es decir tanto el propósito "represivo" del derecho penal y el propósito "garantía" del proceso penal, se percibe como "un solo cuerpo", por lo que debe ser operado de manera mutua. Nuevamente, se muestra inútil o superficial cualquier distinción absoluta de ambos sistemas normativos.

Ahora bien, la norma penal y la procesal penal presentan efectos de alcance recíproco de forma tal que se condicionan mutuamente respecto a su fuerza, por un lado la norma penal determina la naturaleza del delito como acto humano productor de efectos jurídicos, por otro las normas procesales penales establecen la forma de imposición de la pena, que a su vez es una consecuencia jurídica de la norma penal y consecuencia del proceso.

La visión que mejor representa la relación entre sistema penal y sistema procesal penal, como parte de un sistema mayor el sistema penal, es aquella de carácter sincrónico que permite explicar por qué para ciertos efectos la distinción pareciera irrelevante, como cuando se trata de protección de garantías, pues la ineficacia de la protección cuestionará la legitimidad del sistema penal en su totalidad con independencia si el problema se originó en el ámbito sustancial o procesal; pero por otro parte, esta sincronía explica por qué para el sistema penal es importante que normas procesales, por ejemplo, participen de funciones normalmente atribuidas a las normas penales, como cuando se afirma que el proceso penal también puede ser una variable de la imposición de la pena que a veces se percibe como condición de punibilidad.

En el ejemplo de la prisión preventiva como medida de coerción personal, ¿por qué la determinación de la cuantía probable de pena puede hacerse por una interpretación retroactiva o favorable al

imputado, pero si se trata de los requisitos de prisión preventiva, entonces solo la ley vigente al momento de la emisión debe ser aplicable al acto procesal o al vigente en el “momento del proceso?”, ¿es innecesario proteger las garantías de los ciudadanos expuestos a la acción criminal, independientemente de la fuente legal formal de su participación? Indudablemente el tema debe ser visto desde un ángulo de complejidad y no de simplicidad, pero basta con poner en la palestra esta vinculación sincrónica para reconocer su pertenencia al sistema estructurado y funcional.

La teoría del proceso penal, en sí mismo, es una incesante búsqueda de equilibrios entre los derechos y prerrogativas de los intervinientes que no puede mantenerse ajena a las normas penales y constitucionales y que se presenta como la principal fuente de dificultades. El Derecho procesal penal además de estar al servicio del derecho penal otorga a la norma penal su principal contacto con la realidad social, siendo clara la influencia y vinculación recíproca entre derecho y la sociedad.

Por su parte, cabe preguntarse si la doctrina procesal penal debe seguir supeditada con referencia al proceso civil, a fin de dar mayor preponderancia la aplicación seria de la norma penal a aplicar, sin embargo, aunque pueden haber elementos comunes, lo cierto es que la esencia de lo discutido en uno u otro proceso es diferente, al extremo que se modifica su naturaleza, en proceso civil es crucial la discusión de intereses privados; en el proceso penal, por su parte, la esencia radica en un interés público resaltante en la potestad punitiva del Estado, véase que lo importante que resulta para aplicar o no las normas de la carga de la prueba civil al proceso penal que reconociendo ello, lo incongruente que puede ser el régimen de carga de la prueba “civil” en relación al principio de objetividad que rige la actuación de investigación del Ministerio Público. En este sentido, asumiendo un uso correcto del concepto de carga de la prueba,

tampoco es del todo claro, especialmente en el caso de que la carga de la prueba la lleve el imputado en los casos de fluidos o muestras biológicas que son de su entera disposición y no del Ministerio Público, por lo que la carga alegada solo es declarativa. Así mismo en el caso de la legítima defensa, la relación de esta última con el hecho alegado sea equivalente al hecho constitutivo, impide la teoría de la carga civil de la prueba.

Esta relación sincrónica entre sistema penal y sistema procesal penal es un llamado a caminar más allá de las rígidas fronteras entre las dos disciplinas, demostrando una voluntad académica y teórica de apertura, sin equipararse a un desaire, indiferencia o lucha de escuelas, con relación a la autonomía del derecho penal, simplemente no debe olvidar que el ciudadano acusado dotado del atributo de la dignidad humana, puede verse afectado por diferencias conceptuales o técnicas durante la aplicación del sistema procesal en el sistema penal.

#### **2.3.4. Sistema penal sustancial**

Establecida la relación del derecho penal y derecho procesal como norma, corresponde reproducir intencionalmente la doctrina de la teoría del delito, el objeto de la prueba y el rol del fiscal, según su pertenecía a cada subsistema, aclarando que la nominación “subsistema” está condicionada en torno a un sistema precedente o mayor como puede ser el sistema jurídico o el sistema penal, mientras que el uso del término “sistema penal sustancial” y “sistema procesal penal” se emplea indistintamente cuando se refiera hacia su interior -partes o componentes-.

##### **A. Teoría del delito**

La teoría del delito es la sección del derecho penal encargada de explicar el delito en general, precisa las características que presenta una conducta para calificarse

delictiva, este sistema lógico de axiomas y postulados, es una construcción dogmática, que traza el camino para determinar o descartar la existencia del delito en cada caso concreto. Los estratos o escalones hacen el concepto de delito obtenido por vía de análisis, pero el delito no es la sumatoria de componentes, sino el resultado de un todo como unidad. Se puede decir que el concepto de delito es un sistema mayor que la suma de sus componentes.

El Estado ha seleccionado que conductas del global de comportamientos del ciudadano constituyen delitos, estos a título de prohibiciones se encuentran distinguidos en el segundo libro segundo "Parte Especial" del Código Penal (artículo 106° en adelante), donde se describen las conductas a las que se vincula una pena como consecuencia jurídica, se llama tipos penales a estos elementos de la ley penal que valen para individualizar la conducta de importancia penal, así cuando una conducta se adecua a la ley penal -conducta prohibida-, es un comportamiento, que presenta característica de tipicidad, no obstante no toda conducta típica es por sí sola delito, ya que no siempre existe conducta, como en los casos de fuerza física irresistible, actuación por error, cumplimiento de un deber jurídico y ejercicio de una función autorizada; del mismo modo tampoco existe delito pese haber una conducta cuando se actúe en un estado de necesidad o legítima defensa; teóricamente se dice que cuando la conducta no está permitida por el ordenamiento jurídico es antijurídica no admite causa de justificación a afirma el sentido delictivo de la conducta típica, porque de su contenido no surge un permiso para realizarlo; en la misma línea, tampoco no toda conducta típica y antijurídica constituye necesariamente un delito, el caso usual es el del sujeto que por su incapacidad mental o psíquica no puede comprender la prohibición de su comportamiento por tanto no

comete delito aun cuando su conducta es típica. La reprochabilidad al autor del injusto -conducta típica y antijurídica- es lo que se denomina culpabilidad.

Dicho esto y en línea del análisis progresivo de las categorías del delito, se puede afirmar que el delito es la categorización de “conducta típica, antijurídica y culpable”, orden de categorías que no admite variación de sus posiciones, ya que toda averiguación según la teoría del delito debe ir de lo típico a lo culpable y no al revés.

Otros criterios para establecer el delito van del autor a la conducta y de lo subjetivo a lo objetivo, es decir para averiguar si hay delito primero debía investigarse al autor (Hegel) y recién después de esto se procederá a analizar el hecho, ya que si el autor su espíritu no era libre, no era una conducta con relevancia penal, por ende no tenía sentido analizarlo, ya que no hay conducta en el hacer de un “esquizofrénico”, dicho criterio se apoya en las afirmaciones que sostienen que no puede haber delito sin autor y que este debe ser anterior al delito, y que nos ahorramos problemas si quitamos a los “locos” o “no libres” del Derecho Penal. Este argumento es falso, ya que tampoco hay autor de un delito si falta el delito; y en cuanto al segundo argumento, no se le puede privar al alienado de todos sus Derechos, en fin esta postura sostiene que el único que pertenece a la comunidad jurídica es el “hombre libre”, agrupando del otro lado, en calidad de “no libres”, no sólo a los “locos”, sino también a los que pertenecen a otras culturas, indígenas. En relación al análisis del delito desde el aspecto objetivo – subjetivo, diferencia dos cosas, en primer término, como un acontecimiento físico y luego como un acontecimiento psíquico. Se ha pretendido que la tipicidad y la antijuricidad se ocupan de la parte objetiva (externa), y la conducta y la

culpabilidad de la parte subjetiva (interior). Según este sistema, el injusto es objetivo y la culpabilidad subjetiva. Esta sistemática fue abandonada por carecer totalmente de solución alguna.

B. Corrientes que define el concepto de delito.

En una línea del tiempo, la teoría del delito y sus categorías han ido conceptualizándose de diverso modo, no siempre los elementos de cada categoría estaban presentados como en la actualidad se difunde -tipicidad, antijuricidad y culpabilidad-, existieron en sus inicios otros criterios para explicar el delito y actualmente se difunden otros razonamientos de corte filosófico en vías de adopción, estas corrientes se resumen en tres tipos: 1) Causalismo, 2) Finalismo y 3) Funcionalismo.

El causalismo, recibe esta denominación al regirse por el enfoque causa-efecto, siendo condición para atribuir responsabilidad penal, comprobar en primer orden la causa y en segundo lugar el efecto como la consecuencia directa de la primera, por ende, lo que una persona siempre será culpable cuando se acredite su acción como causa del resultado. De esta corriente se derivan dos alas: i) Causalismo naturalista, surgido en Europa a inicios del siglo XIX caracterizada por postular que las leyes de la naturaleza regían el universo, dicha corriente aplicada al derecho penal, generó una concepción, del delito, basado en la causalidad y el resultado Julio nexo causal entre movimiento corporal y el resultado de este, es exterior. ii) causalismo valorativo, está corriente reconoce la existencia de elementos normativos y subjetivos del tipo se desmarca de la concepción netamente naturalista, al incorporado el elemento voluntad como parte del ejercicio humano, de lo que se establece, por vez primera, la necesidad de analizar el aspecto político, lo que ocasionó que Liszt afirmará en su momento que el delito se trata de una acción voluntaria hacia el mundo

exterior, causando o no evitando dicha modificación en el mundo exterior.

El finalismo por su parte teniendo como mayor representante a Welsel, proyectó un sistema de derecho penal regido por la teoría final de la acción, en el que resalta el propósito o finalidad del agente, dicha concepción originó que se modifique la corriente causalista del delito imperante hasta ese momento. Esta teoría propone abordar el delito consiguiendo la acción como algo ontológico desde la naturaleza del ser- ontológico- y no como algo físico, es decir prima el análisis de la finalidad en lugar de la causalidad, respaldado en la afirmación de Welsel, quién consideró que la causa es ciega mientras que la finalidad es vidente; en consecuencia teniendo que el hombre es un ser racional, quién se propone fines sobre la base del conocimiento puede adelantarse a su comportamiento y resultados. Comprender el grado de ilicitud que tiene el agente y en función a este, evaluar el grado de reprochabilidad que amerite aplicársele, permitió que aparecieran por vez primera figuras tales como el error del tipo, el error de prohibición, entre otros relacionados con los elementos del tipo penal.

En relación al funcionalismo, sus actuales representantes, representantes Claus Roxin y Gunther Jakobs, ambos alemanes, aperturan esta corriente teórica cuestionando los problemas irresueltos por el causalismo y el finalismo, proponen una elaboración de la teoría del delito ante la necesidad doctrinaria de explicar lógicamente y coherentemente el fenómeno delictivo, ya que la realidad sumida en los riesgos, la industria, además de encontrarse atrapado por la biotecnología y cibernética necesita una ciencia penal que responda al actuar contemporáneo de las personas que desestabilizan la vigencia de la norma. Según esta corriente los elementos del delito

propuestos por el finalismo son reconocidos como tal sin embargo adquieren un sentido político-criminal y apuesta por la punibilidad como presupuesto orientado a perseguir los fines de la pena en el derecho penal. Esta corriente tiene dos inclinaciones, moderada y radical con matices especiales, el primero resalta la necesidad de una política criminal, destinada a proteger subsidiariamente bienes jurídicos derivados de base constitucional, mientras que la segunda apuesta por enfoque sistémico del delito resaltando la necesidad de promover la estabilidad de la norma y la no contradicción de la identidad social.

A todo lo dicho, más allá de las corrientes -causalismo, finalismo, funcionalismo- e institutos clásicos -tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad-, según como interactúan, cabe mencionar institutos actuales de importante valor teórico relacionados con la prolija teoría del delito.

### C. La imputación objetiva

En estos momentos, la imputación objetiva va aproximándose a ser una teoría general de la conducta típica, aunque un sector ha decidido llamarla simplemente criterios de imputación objetiva, no importando su denominación lo que queda claro es que en la concepción del injusto político-criminal de Claus Roxin, la doctrina de la imputación objetiva constituye una columna fundamental. Según este instituto, la imputación objetiva no se concentra más en la atribución del resultado, -no es ya la cuestión dominante-, sino que la imputación objetiva debe extenderse fuera del ámbito de la imputación de resultado, es decir se plantea una equiparación entre imputación objetiva a toda la imputación de la vertiente objetiva del tipo y que además la imputación objetiva es consecuencia del principio de culpabilidad. La imputación objetiva no es una enmienda de la

causalidad, sino una exigencia general de la realización típica - corriente basada en la finalidad político criminal-, por lo que la causalidad entre una acción y su resultado sólo puede constituir una parte del elemento «imputación objetiva»; lo relevante no está en la comprobación de la conexión directa de la conducta del agente con el resultado lesivo -que claro es parte ineludible del razonamiento-, sino si a esta puede objetivamente imputársele la producción del resultado. Es bastante aceptado que luego de verificada la causalidad natural, la imputación requiere comprobar, primero, si la acción ha creado un peligro jurídicamente desaprobado y, segundo, si el resultado es producto del mismo peligro -dichas pautas son la base para la determinación de la imputación objetiva y hacen posible diferenciar entre imputación objetiva de la conducta e imputación objetiva del resultado-.

La jurisprudencia nacional, ha señalado con evidencia las siguientes tipologías de imputación objetiva: imputación a la víctima, principio de confianza, riesgo permitido, prohibición de regreso, imputación en la participación, relación de riesgo, nexos causales desviados, incumplimiento de deberes de función o profesión, interrupción del nexo causal, fin de protección de la norma penal, consentimiento, imputación del resultado en el ámbito de responsabilidad por el producto.

En la misma línea, Cancio (1999) es concluyente al señalar qué: [...] en la teoría de la imputación objetiva en la que concurren instituciones dogmáticas, son todos los niveles de análisis que abarcan imputación objetiva del comportamiento e imputación objetiva del resultado, el primero se resume en tres instituciones románticas riesgo permitido, prohibición de regreso, e imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima, tales instituciones deben entenderse como escalones sucesivos de análisis de lo más genérico a lo específico, la comprobación

conduce en caso negativo afirmar la tipicidad del comportamiento, en sentido contrario la comprobación positiva establecerá la existencia de un riesgo permitido, una prohibición de regreso o de una imputación en el ámbito de responsabilidad la víctima lo que descartar la existencia de la tipicidad del comportamiento. Asimismo, en relación con la imputación objetiva del resultado De lo que se trata en este segundo escalón de análisis es de explicar el resultado lesivo producido, considerándose el resultado a consecuencia de la conducta típica cuando está parezca como el factor causal determinante el resultado (p.72).

D. Dominio del hecho e infracción del deber

a. Autoría por dominio del hecho

Roxin (2014) propuso la teoría de dominio del hecho, convirtiéndola en la corriente mas aceptada de la autoría y la participación, no es una teoría marcadamente objetiva ni extremadamente subjetiva; según ello autor es considerado como la figura central en la realización de la acción ejecutiva típica, quien domina el acontecer que conduce a la realización del ilícito, mientras que los partícipes, aun cuando ejercen influencia en el acontecer, no trascienden de manera decisiva o determinante en la ejecución. En estos delitos de dominio cometidos por cualquiera -se refiere a delitos comunes como el hurto, homicidio, lesiones, etc- se considera al protagonista del suceso dominante del hecho, distinguiéndose tres formas de autoría, que se materializan a través del dominio sobre la acción, el dominio sobre la voluntad y el dominio del hecho funcional. En relación al dominio de la acción, Roxin (2014), señala que: “[...] quien no coaccionado y sin ser dependiente de modo superior a lo socialmente normal, realiza todos los elementos del tipo de propia mano, es

autor. En todos los supuestos imaginables tiene el dominio del hecho” (p. 133), respecto al dominio de la voluntad, Roxin (2014) señala que: “[...] quien para cometer un delito tiene el dominio sobre la voluntad de alguien, [...], aquel que tuvo el dominio sobre la voluntad del otro es apreciado como autor mediato, atendiendo a que ocupó al otro para la comisión del hecho prohibido” (p. 147); y, respecto al dominio del hecho funcional (Roxin, 2014, p. 269) señala que: “[...] lo peculiar de la coautoría estriba precisamente en que cada individuo domina el acontecer global en cooperación con los demás [...]” (p. 269). Para Roxin, estos tipos de autoría, son manifestaciones de la figura central de la acción de ejecución y en el caso de la coautoría, por ejemplo, son varias personas las que están en el centro del evento delictivo.

En su momento Jakobs (1997), respecto a los tipos de autoría en los delitos de dominio, en primer lugar, refiriéndose a la autoría directa señaló que autor es siempre quien comete el hecho por sí mismo, quien ejecuta de propia mano la acción dolosamente y sin sufrir error, presenta las necesarias cualificaciones de autor, objetivas y subjetivas, específicas del delito, en segundo lugar, respecto a la coautoría considera que concurre cuando, en el plan de los intervinientes, se distribuyen las aportaciones necesarias para la ejecución, sea en todos los estadios del delito, sea entre los distintos estadios, de manera que también personas no participantes en la ejecución determinan la configuración de ésta; en tercer lugar, respecto a la comisión por medio de otro -autoría mediata precisa que lo característico recae en la responsabilidad predominante del autor mediato en virtud de su superior dominio de la decisión.

b. Autoría por infracción del deber.

Gómez (2006), señala que Claus Roxin, en su citada monografía denominada “Autoría y Dominio del hecho”, considera que el dominio del hecho no bastaría para determinar la autoría en todos los delitos. Así el propio Roxin (2014) señala que con independencia de los delitos de propia mano, era necesaria realizar una diferenciación entre dos clases de delitos denominados “delitos comunes o delitos de dominio” y los “delitos especiales o de infracción de deber”. Teniendo en cuenta que Roxin en sus inicios clasificó dentro del grupo de delitos especiales a los delitos culposos, de omisión, de propia mano y los delitos de deber, pero posteriormente modificó el listado de dicho orden.

Como se ha generalizado, en los delitos comunes, la fundamentación de la autoría, se realiza a través, del criterio del dominio del hecho, y la ausencia de ésta determina, falta de una conducta de participación; mientras que en los delitos de infracción de deber, el criterio del dominio del hecho resulta inútil; siendo el criterio a tomar en cuenta, desde un enfoque sistémico y de cumplimiento de roles, la defraudación de un deber específico extrapenal, por lo que tales criterios que fundamentan la autoría, son para Roxin, independientes entre sí; respecto de los delitos de infracción de deber, la exteriorización del comportamiento es pura fenomenología mientras no se encuadre en la norma penal, es decir la externalidad resulta siendo irrelevante, ya en 1963 Roxin afirmaba que la existencia de una categoría jurídica a la que denominó delitos de infracción deber; diferenciándola de la autoría directa de la siguiente manera: “El elemento que para nosotros decide sobre la autoría constituye una infracción de un deber extrapenal que no se extiende necesariamente

a todos los implicados en el delito, pero que es necesaria para la realización del tipo” (Roxin, 2014, p. 345). De esto se infiere como elemento básico del tipo la infracción de un deber extrapenal, con el cual se materializa la autoría, deber extrapenal que singulariza la figura central del suceso.

### **2.3.5. Sistema Procesal Penal**

El sistema procesal penal, no cabe duda es un sistema con estructura definida, cuenta con varios componentes que se interrelacionan, tiene límites o fronteras, actúa en un contexto, tiene un propósito u objetivo; goza de funciones, cuenta con subsistemas y es notoriamente complejo. Este sistema de índole abstracta reside en la norma procesal penal, cuya aplicación en el Peru, tiene vigencia progresiva desde el año 2004, es consecuencia de la urgente necesidad de superar la permanente crisis del sistema de justicia penal, cuya propuesta normativa, fue provida por la corriente reformista latinoamericana iniciada el año 1990, de notorias inclinaciones por la doctrina del garantismo, de lo acusatorio y de un pauta adversativa, que se presentaba como alternativa para superar las opciones inquisitivas y mixtas, estancadas por los ritualismos de la burocracia y las costumbres institucionales de ineficiencia, además se ser arrastrado por la escritura y el culto al expediente. Lo que se pretendió con este nuevo sistema procesal fue hacer frente a los problemas antes referidos y atacar otros males como la morosidad en la tramitación y resolución de los procesos, que traen como consecuencia la carencia generalizada de esclarecimientos exitosos de los conflictos, situación de los internos preventivos sin condena y la justicia de dos velocidades persecución pragmática para delitos de bagatela y persecución eficiente para delitos graves. Es por ello claro, que la dación de este cuerpo adjetivo de normas, componente principal del sistema procesal fija las posiciones, expectativas normativas, roles y deberes de cada actor procesal, tanto desde el

ámbito proponente -persecución- como del ámbito decisor -jurisdiccional- con miras a la solución, redefinición y/o esclarecimiento del conflicto que supone el acaecimiento de un hecho delictuoso, permitiendo al sistema volver a legitimarse ante el colectivo social, los agraviados y justiciables.

El proceso de reforma en el Perú, se inicia seriamente desde la Constitución de 1979, cuya intención del constituyente fue crear un órgano constituido al que llamo Ministerio Publico (actuante en nombre de la sociedad) que otorgándosele autonomía respecto del Poder Judicial y retirándole el título de simple auxiliar de justicia, lo posiciono por primera vez con el alto deber de perseguir el delito, posteriormente al cumplimiento de 12 años en 1991 en el Perú se puso en vigencia de forma parcial el Código Procesal Penal reemplazante del Código de Procedimientos Penales de 1940; tiempo después la Constitución de 1993 ratifico el deber constitucional del Ministerio Publico en la persecución del delito y se aprobó en 1995 otro proyecto de Código Procesal que mejoró la versión del Código de 1991 pero no prospero, fue al cabo de 13 años que en el 2004, ingreso en vigencia el Nuevo Código Procesal Penal siendo esta una versión acusatoria renovada promulgada por Decreto Legislativo N° 957, actualmente vigente en todo los distritos judiciales del Perú.

#### A. Características del sistema procesal penal.

Las características del sistema procesal, responde a motivos epistemológicos siendo el tema central el sentido acusatorio, garantista y adversarial. Una denominación extensa regida por principios de la doctrina del garantismo que cabe desmenuzar en el orden siguiente: i) Respecto de lo adversativo, debe afirmarse que se sostiene en un principio falsacionista destinado a someter a contradictorio para la búsqueda de la verdad; ii) Respecto de lo acusatorio, se propone la indefectible concurrencia de un órgano de persecución que pone en marcha

la maquinaria judicial y el concepto morigerado de proceso de partes, a la idea de esclarecimiento de la verdad; iii) Respecto de lo garantista, comprende mirar al imputado como sujeto y no objeto de derechos, implica el redoblamiento de escudos protectores derivados de la Constitución, teniendo que el juicio de imputación no desdibuja a la persona ni lo hace perder el atributo de la dignidad; distanciándose de las posiciones inquisitivas o mixtas que trataban al ciudadano como cualquier objeto. En ese contexto, la existencia del sujeto acusado presupone el choque con el sujeto persecutor Ministerio Público, cuyas posiciones en contraposición dialéctica solo podrá resolverse con la intervención de un tercero neutral e imparcial el juez garante.

El sentido adversarial cobra importancia cuando se asegura la igualdad de armas entre el Ministerio Público y el imputado, cuando se interroga y contra interroga a los testigos y peritos, cuando las pruebas son desahogadas y sometidas a contradictorio con el verdadero propósito de obtener información confiable, que valorada sirva para decidir en el conflicto. El proceso penal, también ofrece a la víctima la oportunidad de satisfacer efectivamente sus intereses, atendiendo el perjuicio que el delito le ha generado, por lo que resulta lógico en igual se refuerce sus derechos, inclusive más allá de la mera búsqueda de reparación civil. Este sistema procesal penal, según su diseño democrático respeta las garantías del procesado, evita la autoincriminación, rechaza que la confesión constituya la prueba del proceso, abandona la sombra del modelo inquisitivo que tomo al imputado como objeto de admisión de los cargos, orienta la búsqueda de prueba extrínseca, material, obtenida libremente y a través de una hábil investigación, fuera de cualquier inoficiosa confesión. También se destaca, los principios de publicidad y oralidad, sin ellos se convierte en un conjunto de

actos inconexos y con posibilidad muy seria de desnaturalizarse, para esto los operadores deben comprender que la oralidad, lleva implícito el desahogo verbal introducido en el juicio y las audiencias previas; en la misma línea, el principio de intermediación exige que la actividad probatoria y los requerimientos se valoren y se discutan ante la presencia (física o virtual en la actualidad) del juez de la causa de tal manera que la sentencia deba construirse únicamente a modo de síntesis sobre el material probatorio actuado bajo su directa intervención, es decir la oralidad permite que lo decidido solo recoja lo debatido en audiencia.

B. Modelo procesal acusatorio, garantista y adversativa.

Nieva (2012), afirma que el sistema acusatorio implica la presencia indefectible de un juez y de un acusador siendo este segundo un sujeto diferente al primero la finalidad de la presencia Autónoma de estos sujetos se encuentra en el propósito de garantizar la imparcialidad del juzgador lo que denota la importancia de la neutralidad con las partes enfrentadas en el proceso o en procuración de la igualdad de armas; dicho sistema no cuenta con otra circunstancia más trascendente que la diferencia de los roles rasgo peculiar que en muchos estados le ha conferido función al ministerio público o fiscal hacerse cargo de la acusación quedando prohibida la posibilidad de que sea la propia víctima en algunos casos quién se dirige directamente, este sistema en definitiva goza de amplia popularidad en el mundo dado el descrédito histórico que trajo el modelo inquisitivo en el pasado.

En el Perú, con la vigencia del NCPP, el juez tiene a su alcance las herramientas necesarias para resguardar las garantías constitucionales en el proceso; resalta el principio de imparcialidad, con un nuevo patrón procesal, que descarte la

torcida posición del juez instructor del pasado contaminado por los sesgos de parcialidad. Al delimitarse las funciones de cada una de las partes actuantes en el proceso, se deja al juez la suprema tarea de decidir; resaltándose la figura de juez de garantías, contralor del imperativo respeto de los derechos fundamentales responsable de asegurar la constitucionalidad y legalidad de la investigación. En el otro extremo la construcción de la acción recaída en el Ministerio Público la más resaltante y valiosa innovación del sistema procesal, habilita al operador planificar, idear, establecer y/o racionalizar la forma, oportunidad y modo persecución, contando con distintas opciones de actuación como renunciar al iniciar de investigación -cuando el caso no es justiciable penalmente- reservar provisionalmente hasta la adecuada individualización de los sujetos, hacer efectivo el principio o los criterios de oportunidad cuando no se afecte gravemente el interés público, proponer acuerdos reparatorios, plantear la incoación del proceso simplificado inmediato, solicitar la celebración de audiencia de terminación anticipada o formular una acusación directa. En ese orden lógico el abogado defensor cumple un papel discreto destinado de optimización del esquema acusatorio-adversativo, cuya capacidad técnica sin duda torna eficiente y eficaz el proceso, tan cierto es este apotegma que cuando el imputado carece de recursos para agenciarse un defensor de su elección o privado, el Estado le habilita uno de público, sin motivo de sustracción o renuncia, de modo tal que el principio de igualdad de armas no sea una quimera.

#### C. El Proceso Penal común

A diferencia del añoso Código de Procedimientos Penales, el NCPP ofrece un proceso penal “común” de cuyo análisis -mirada al interior- se desprende tres etapas interactivas, y de su síntesis -mirada al exterior- se advierte un papel destinado a la búsqueda

de la verdad o esclarecimiento de un conflicto. Las tres etapas estándar del proceso común son la etapa de investigación, la etapa de control o saneamiento, y etapa de juzgamiento o plenario. Veamos en orden del análisis.

D. La investigación preparatoria

Esta etapa primera del proceso, etapa de adquisición de conocimiento, bases del éxito o fracaso del proceso está dirigida por el Ministerio Público, titular de la promoción de la acción penal le corresponde conducir jurídicamente la investigación desde su inicio, así como ejercer el señorío en la misma, para cuyo propósito la policía nacional presta su apoyo en acciones de campo y ordenamiento de los primeros actos de indagación. En realidad las diligencias preliminares conforman los actos urgentes o inaplazables que permiten determinar si han tenido lugar los hechos y asegurar las fuentes del delito, además de individualizar a las personas actuantes en el evento criminal, cuyo plazo establecido normativamente es de 60 días en su primera fase preliminar y 120 en su fase preparatoria -donde se prevé bajo sospecha reveladora- obtener los datos de cargo y descargo- siempre que no medie actuación urgente por detención o motivos de complejidad del caso.

La investigación preparatoria se soporta en la información de las primeras diligencias, evalúa la existencia de una sospecha reveladora, y el simultaneo cumplimiento de los demás requisitos establecidos como vigencia de la acción penal, individualización del imputado y cuando corresponde el acatamiento de los requisitos de procedibilidad de cada delito; cuando ello ocurra el fiscal procederá a emitir su disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria que marca el inicio formal del proceso y habilita la intervención de diversos actores estatales; una vez expedida la disposición fiscal

de formalización y respondiendo siempre a un actuar estratégico el representante del Ministerio Público continuará con las indagaciones, ordenando los actos de investigación que guarden pertinencia y utilidad con el conflicto por esclarecer -no cabe dilapidar el tiempo con la repetición de diligencias superada, salvo que medien razones de complementación o ampliación de las mismas.

El papel de la investigación preparatoria es recoger toda la información que sirva para determinar si es posible someter a una persona a un juicio, la norma es clara la investigación preparatoria tiene por finalidad determinar si la conducta incriminada es delictuosa o no, sus circunstancias o móviles de acaecimiento, la identidad de su autor, partícipe o víctima, y la existencia del daño causado, pero siempre en la mira de permitir, con todo esto, al fiscal formular o no acusación y al imputado preparar su defensa, no se admite más investigaciones que hacen del proceso una creación hueca o vacía donde las indagaciones preparatorias como medio son más importantes que el propio juzgamiento, por ello el plazo de la investigación formalizada siendo de 120 días y prorrogable hasta por 60 días más debe ser adecuadamente dosificado, tanto por la pauta de simplicidad o complejidad que muestre el caso - en los casos complejos, entiéndase involucren gran cantidad de imputados o agraviados, giren en torno a delitos cometidos por integrantes o colaboradores de organizaciones criminales, demande la práctica de pericias sobre nutrida documentación la duración es de ocho meses y su prórroga exige resolución judicial.

Las reglas de la investigación comportan un deber de diligencia, cumplido el plazo de investigación el fiscal tiene que pronunciarse, acusando si existe base suficiente o requiriendo

el sobreseimiento si no se puede acabar la pretensión penal; ahora bien si este deber se incumpliera ingresa en juego el instituto de control judicial del plazo, consistente en solicitar via audiencia que el juez ordene al fiscal supere el estado de mora y se pronuncie en un sentido o en otro culminada la investigación. Binder (2000) es categórico al señalar que:

La investigación es una actividad eminentemente creativa; se trata de superar un estado de incertidumbre mediante la búsqueda de todos aquellos medios que puedan aportar la información que acabe con esa incertidumbre. Se trata pues de la actividad que encuentra o detecta los medios que servirán de prueba. En la realidad de la mayoría de nuestros sistemas procesales, lo que debería ser una actividad creativa se ha convertido en una actividad rutinaria, en una simple acumulación más o menos mecánica de hojas que transcriben actas [...] De este modo cuando la investigación se hace rutinaria se pierde uno de sus principios básicos, cuál es la necesidad de que existan estrategias de investigación, es decir caminos más eficaces para encarar y lograr la preparación de la acusación. (p. 236-237).

La investigación preparatoria moderna y democrática, busca despercudirse del rezado de la instrucción acuñada en el modelo de persecución autoritaria e inquisidora que abordaba los casos en tres fases primero la policía obtenía información para armar la acusación intimidando y coaccionando testigos segundos Ministerio Público le daba un ropaje legalidad integrando una averiguación previa con muchos papeles y diligencia irrelevantes, pero que servían para simular que se investigó legalmente y tres el juez que se convierte en un simple ratificador de la acusación que no ejercía ningún tipo de control sobre la arbitrariedad de la policía ni sobre la calidad de las

pruebas aportadas por Ministerio Público (Magaloni, como se citó en Ponce, 2019)

E. Etapa intermedia.

La etapa intermedia es el puente entre la conclusión de una investigación y el desarrollo del juicio. Es decir, funge de cordón umbilical entre lo que constituye la investigación como fundamento del proceso y la discusión de este en el juicio o plenario como etapa más importante. Según Benavente (2021), agotada la investigación se ingresa a la etapa intermedia en donde la fiscalía al acusar simplemente repite el cuadro fáctico que ha imputado, ofreciendo incluso como medios de prueba los mismos elementos de convicción que soportó la imputación, claro que está en la perspectiva que presentan suficiencia probatoria para que el juez alcance convicción de culpabilidad durante el juicio; de lo contrario es una salida legal autorizar al fiscal que solicite el sobreseimiento de la causa o bien efectuar un cambio en la calificación jurídica, de allí la defensa solamente espera el juzgamiento a menos que se acoja a una solución alterna al juicio.

Esta etapa tiene un propósito de cara con el sistema procesal, radica en que los juicios deben ser organizados técnicamente y se debe llegar a ellos luego de una actividad, eficiente y planificada con la tutela que esperan las partes. En definitiva, es interés del Estado por razón de economía garantizar que a juicio solo lleguen los casos de relevancia para obtener una condena, aun cuando es interés de la defensa pretender fenecer la acción ejercida con los medios técnicos de defensa. Según la norma procesal Decreto Legislativo N°957-2004, la etapa intermedia comprende desde el momento que se dispone la conclusión de la investigación preparatoria hasta que se dicta el auto de enjuiciamiento del proceso, o cuando el juez se decide por el

sobreseimiento del proceso, asimismo, según el legislador la audiencia de control de esta etapa se da porque tanto el sobreseimiento o la acusación pueden ser cuestionados, siendo la concurrencia del fiscal y del defensor obligatoria, en dicha etapa pueden interponerse, además, nuevos medios técnicos de defensa, no planteados con anterioridad o que se rijan por nuevas razones, de igual manera, el juez de la investigación preparatoria podrá pronunciarse a pedido de parte sobre la conservación o revocación de las medidas de coerción real y personal, así como ejercer el control de admisibilidad de las pruebas ofrecidas para su actuación en el juicio oral, permitiendo acuerdos probatorios entre las partes, cuidando que lo ofrecido en materia de pruebas sea útil, conducente y pertinente; además, de practicar, si es del caso, prueba anticipada al juicio oral, aquí las resoluciones que el juez emita sobre los medios de prueba o las convenciones probatorias, son irrecurribles lo que dinamiza el trámite del proceso colocando candado a estaciones que podrían demorarla en demasía. Cabe destacar que superado el esquema de mero trámite que aún pervive en la fase intermedia del viejo código de 1940, llamada “actos preparatorios de la audiencia”, el actual sistema permite discutir la acusación fiscal, -condición de un juicio planificado- o discutir el sobreseimiento -como renuncia de la persecución por motivos de economía-; este último fundado en razones negativas de la imputación (fáctica, jurídica, periférica o probatoria), que será declarado, inclusive de oficio cuando la acusación no sea un estándar procesal -no es suficiente entonces, que la acusación esté formalmente completa para llegar a juicio, el sistema procesal exige que la acusación no recaída en las causales del sobreseimiento -la presencia individual o conjunta de las causales del sobreseimiento niegan la validez de la acusación mientras que la ausencia de estas causales afirman la validez

de la acusación, si bien parece una obviedad esto en la práctica no es tan sencillo de comprender-.

Por tanto, si la acusación supera el exhaustivo filtro no es sobreesido corresponde dictar el auto de enjuiciamiento, deja de ser un formalismo automatizado para contener un resolución de capital importancia que delinearla lo que será en adelante la siguiente etapa el juicio oral -donde precisa el nombre de los imputados y de los agraviados, el delito o delitos materia de la acusación y su referencia legal, las tipificaciones alternativas o subsidiarias, los medios de prueba admitidos, el ámbito de las convenciones probatorias, las partes constituidas, la subsistencia o variación de las medidas de coerción y la orden de remisión de los actuados al juez competente para el plenario- esto con el propósito de dejar zanjada la relación procesal sin contaminar objetivamente al juez de la decisión final.

Es decir, en esta etapa el juez de control tiene una función “prescriptiva” que coteja la acusación con las normas procesales para fines de “saneamiento” -establecer la validez de la proposición fiscal-, mientras que el juez de juzgamiento, le corresponde una función de “valorativa y descriptiva” contrastación de la realidad frente conjunto de normas penales y procesal destinadas a determinar la “verdad” del hecho planteado.

F. Etapa de juzgamiento.

Denominado tercera etapa porque la primera y la segunda en realidad conforman la preparación del juicio sin embargo en la práctica se le ha otorgado importante atención y amplio espacio a la investigación y la etapa intermedia como si fueran las etapas estelares del proceso olvidando por momentos que el juicio penal es la etapa principal del proceso penal, es allí donde se

resuelve o redefine de un modo definitivo revisable el conflicto social que involucra las partes, es decir solo cobra importancia el juicio en la medida que se reconozca la existencia de un corte publicista el proceso. Refiere Binder (2000) El juicio oral requiere mayor preparación pues el sistema oral requiere parámetros más estrictos en el cumplimiento de las reglas de producción de la prueba cuestión que no opera para el caso de los sistemas privatísticos o escritos

Según la norma procesal Decreto Legislativo 957, la etapa del juzgamiento comprende la preparación del debate, el desarrollo del juicio, la actuación probatoria, la formulación de los alegatos finales y la deliberación y emisión de sentencia. El juicio se practica bajo la conducción del Juzgado Penal Unipersonal o del Juzgado Penal Colegiado, regido por la base de la acción penal -acusación fiscal- y en el marco de las garantías procesales estipuladas por la Constitución y las normas de índole internación adoptadas por el Perú sobre derechos humanos. El juzgamiento es público, porque el imputado habrá de defenderse de la acusación en un proceso abierto, observado y conocido por cualquier ciudadano -máxime ahora si en periodo de pandemia las redes sociales a través de los canales digitales aperturan esta observancia desde cualquier móvil y en cualquier lugar del territorio nacional y mundial.

Si se afirma que el juzgamiento es la etapa principal del proceso común, conviene explicar que el fundamento de esta aseveración radica en que es durante esta fase que se da la auténtica actuación probatoria, dirigida a crear convicción en el juez y cimentar su decisión condenatoria o absolutoria.

No cabe duda que el juicio oral, es la etapa principal del proceso, en el rigen especialmente la oralidad, la publicidad, la inmediación y la contradicción en la actuación probatoria, esto

último se visualiza en el principio falsacionista, que considera falsa la hipótesis si no soporta la refutación siendo verdadera y científica las hipótesis en tanto resista la confrontación, la contradicción y/o la refutabilidad, principios que deben seguirse en audiencias continuadas de juicio hasta su conclusión.

#### G. La prueba penal

La prueba es todo aquello que puede ser materia de conocimiento por la persona y sobre la cual recae nuestra atención, es una actividad cognoscitiva que representa todo aquello que debe ser investigado analizado y debatido en el proceso, son objetos de prueba los hechos que se refieran a la imputación la punibilidad y la determinación de la pena o medida de seguridad así como los referidos a la responsabilidad civil derivada del delito.

Cabe señalar que la prueba practicada durante el juicio oral es diferente de las practicadas en la investigación del delito, mientras estas últimas persiguen el descubrimiento y conocimiento de las circunstancias del hecho punible, la identidad del agente comisivo, habilitan un nivel de sospecha para la preparación del juicio oral -previa formulación de las calificaciones-; la prueba desahogada en el juicio oral es la verdadera prueba, ya que aspira obtener convicción del juzgador sobre los hechos alegados; es decir en un primer momento, se investiga valiéndose de las diligencias que ubicaron fuentes de prueba; en el siguiente momento se prueba, utilizando al efecto los medios procesales de prueba. Lo obtenido de la investigación condiciona la actuación en juicio.

#### H. Objeto de prueba

El objeto de prueba en el derecho penal son aquellos hechos que sirvan para demostrar: i) imputabilidad, ii) punibilidad,

iii) determinación de la pena o medida de seguridad y iv) responsabilidad civil, es decir comprende los aspectos que deben y pueden probarse Sanchez (2006) señala que el objeto de prueba es la materialidad sobre la cual recae la actividad, tiene la capacidad de producir un conocimiento relacionado con la conducta incriminada. En consecuencia, los hechos en cualquiera de sus planos son siempre objeto de prueba. Los hechos son de valiosa importancia en la actividad probatoria la doctrina refiere que el hecho es un término ambiguo sin embargo se llama hecho a todo aquello que existe en el mundo espacio-temporal distinguiéndose dos tipos de hechos, hechos a los eventos y hechos a los objetos, pero parecen que el sentido con el cual emplean los juristas la palabra hecho es más restringido y viene a coincidir con la idea de evento entonces una noción de hecho como evento es la que se asume para distinguir verdaderas o falsas proposiciones o creencias (González, 2005, como se citó en Talavera, 2017)

a. Objeto referido a la imputación.

El concepto de imputación se vincula umbilicalmente con la aparición de hechos con apariencia delictiva cuya tipicidad se haya concretado desde el inicio de la investigación fiscal, la imputación no existe si los hechos no tienen apariencia delictiva, ni mucho menos, se presumen los elementos o algunos de ellos que conforman un hecho en su relevancia penal. La investigación debe comprender la posible tipicidad de hechos de modo que no pierda su naturaleza judicial, relevante y contradictoria, de lo contrario equipararía un acto administrativo de irrelevante defensa. Y esa exigencia legal debe tener un reflejo en la regulación de una fase de investigación que ha perdido su carácter jurisdiccional y se ha tornado burocrática frente al papel adquirido por la policía, cuya

función, indiscutible y necesaria, no puede trasladarse al seno del proceso penal. Refiere con mucho pragmatismo Benavente (2020) lo siguiente:

Las bases de imputación consisten en aquellas circunstancias de tiempo lugar y modo de un hecho probablemente delictivo; circunstancias fácticas cuya veracidad será discutida en el proceso penal y resuelto por el órgano jurisdiccional, en definitiva. Sin embargo, estamos postulando que tales bases constituyen un primer nivel o momento del principio de imputación momento que se verá complementado con el estudio de la competencia de la gente así como las consecuencias de la imputación; recordemos que todo ello le hemos denominado la trilogía de la imputación. ahora bien, el recurso a las bases de la imputación exige la precisión de un suceso, de un evento que actualiza asumes un tipo penal. sin embargo, tales bases pasan por tres momentos cuáles son: (1) testimonio referenciado por la investigación forense o por la dialéctica informativa, (2) la construcción de las afirmaciones fácticas; y (3) sea la relevancia de la conducta.

b. Referidos a la punibilidad

Aquí no se discute si el sujeto en razón de su comportamiento le corresponde un juicio de responsabilidad penal sino la ponderación, equilibrio o razonabilidad como juicio global de la imposición de la consecuencia jurídica “pena” que también como hecho es motivo de comprobación por los medios que el proponente fiscal considere, tales medios deben ocupan sustancialmente de precisar si el sujeto, en razón de sus carencias sociales, sus condiciones personales, su proximidad con el delito -reincidencia, habitualidad-, goce

de reglas de conducta u otro tema de índole homologa, requiere un juicios de ponderación. Cabe señalar que la punibilidad busca determinar si es necesario formular al sujeto carga de responsabilidad por el comportamiento acaecido, ese razonamiento de necesidad, dada la configuración de la norma penal y la relación lógico-necesaria que se da entre las diversas categorías, se establece al final, comprobada la concurrencia del merecimiento de responsabilidad. La necesidad de formular un juicio de responsabilidad al sujeto por el comportamiento implica definir la pena como única alternativa al restablecimiento del comportamiento prohibido. Si bien, las categorías del delito han explicitado un orden que fundamenta el juicio de responsabilidad, la punibilidad añade a la responsabilidad, una dimensión utilitaria. Ello no quiere decir que las categorías anteriores estén desprovistas en todo momento de consideraciones de utilidad. En esa línea, Bustos (2015), señala que:

Como puede colegirse, la naturaleza y encuadre de la categoría de la punibilidad es una cuestión todavía hoy muy discutida: puede entenderse que ésta es un auténtico elemento de la definición del delito, haciéndose necesaria su acreditación para la existencia del mismo, o puede considerarse que el delito existe desde que concurre un hecho típico, antijurídico y culpable. Lo que sí es cierto es que una vez que se constata que un hecho reviste el carácter de típico, antijurídico y culpable, para que éste pueda ser castigado es necesario afirmar la posibilidad de aplicar una pena, esto es, la concurrencia del requisito de la punibilidad o penalidad. Esto último se desprende del contenido del propio Código Penal, que en su artículo 10 dispone que son delitos “las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley”. (p. 194)

c. Referidos a la responsabilidad civil.

La responsabilidad civil, acumulada como pretensión en el proceso penal, se conceptualiza como la obligación del agente autor de un delito de reponer el bien jurídico afectado o reparar económicamente los daños y perjuicios derivados de su infracción, por ello el principal propósito de la responsabilidad civil es compensar a la víctima directa o su entorno afectado por el daño o daños causados lo que en el fondo constituye un interés privado añadido al interés público. El ciudadano, víctima del delito y titular de la indemnización, en la que se valora la responsabilidad civil, puede renunciar a la misma siempre que no atente el interés, orden público, ni perjudique a terceros ajenos a la relación. Dicha reparación, podrá consistir en obligaciones típicas de dar, de hacer o de no hacer, y se determinará por el juez atendiendo a la naturaleza del delito y a las condiciones personales, carencias sociales y situación del responsable. La indemnización de perjuicios comprenderá no solo los ocasionados al agraviado, sino también a su entorno -familiares o terceros-; el órgano fiscal, tiene la obligación según la norma objetiva de exigir en favor del perjudicado, esclarecer dicho conflicto de responsabilidad civil concentrado en la vía penal, debiendo, ser cuantificada o propuesta la forma de resarcimiento en la sentencia que ponga fin al proceso, no obstante se advierte la salvedad de recurrir directamente a la vía civil, en cuyo caso será necesario accionar ante un órgano jurisdiccional civil. La misma obligación de resarcir en los cómplices, así como en los terceros civiles, personas naturales o jurídicas que sean incluidos al proceso.

Es claro que la responsabilidad civil apunta a reponer las cosas en el estado en que se encontraban antes del daño

y restablecer el equilibrio que alterado entre el agraviado y los miembros de su grupo, por lo que la sanción de la responsabilidad civil es, indemnizatoria y no represiva - otra cara del proceso penal-. Ambas consecuencias jurídicas penal y civil existen a partir de un mismo hecho, pero no impide tampoco que solo una consecuencia se manifieste sin excluir a la otra, es decir podría establecerse responsabilidad civil sin responsabilidad penal pero no al contrario.

En materia de responsabilidad resulta aplicable el principio general de la prueba establecido el artículo 1315 del Código Civil, según el cual el que reclama la ejecución de una obligación, debe probarla; recíprocamente, el que pretende estar libre, debe justificar el pago o el hecho que ha producido la extinción de su obligación; constituye un principio general aplicable a la responsabilidad civil, que todo aquel que pretenda la reparación de daños y perjuicios en justicia, debe demostrar la existencia y condiciones de la infracción, del daño y de la relación de causalidad entre los dos elementos anteriores. Estamos frente a un principio general de derecho consagrado en forma constante y unánime por la doctrina y la jurisprudencia tal como fuera referida en la sentencia Casatoria del primero de febrero de 1998.

Debe quedar claro que sin falta imputable al demandado, en principio no puede existir responsabilidad, pero si existe una falta y la misma no resulta ser la causa inmediata, legítima, directa y determinada del perjuicio patrimonial o extrapatrimonial sufrido por el demandante, tampoco está puede servir de fundamento a la acción de responsabilidad. La aplicación de los principios de la teoría

de la causalidad adecuada, requiere para que exista responsabilidad, la víctima pruebe la relación inminente entre la infracción y el perjuicio, de forma tal que de no haberse incurrido en la primera, no hubiese existido el segundo. Del Río (2010), señala que: El nuevo Código Procesal Penal, ataca una vieja confusión vinculado a la idea de que la acción civil en el proceso penal deriva del delito, interpretación que conduce a un supuesto interés público o de la sociedad en el pago de la reparación civil o en la reparación del daño que distorsiona seriamente su tratamiento procesal.

El Código Procesal Penal ubica en su real dimensión la participación del Ministerio Público en el ámbito de la acción civil y establece que su actividad en el ejercicio de esa pretensión tiene un carácter esencialmente sustitutivo. Además, es un instrumento normativo que reafirma la idea de que la acción civil ejercida en el proceso penal es privada y dispositiva.

Por otro lado, el Código Procesal Penal, habilita de modo novedoso el pago de la reparación civil, en los supuestos donde no opere una sentencia de condena mirada que es distinta al año esquema de accesoriadad que antes se privilegiaba.

I. El rol del fiscal en el sistema penal

El rol implica la identificación de deberes funcionales nacidos del status que adquiere el portador del rol -operador fiscal- este rol debe ejercerse en el ámbito normativo que dispone el cuerpo orgánico del Ministerio Publico. Cubas (2006), es ilustrativo con el rol cuando señala, la Fiscalía de la Nación tiene que liderar el proceso de reforma y conforme a sus obligaciones legales, debe

impartir instrucciones de carácter general para el mejor desarrollo de las investigaciones; adoptar modelos de organización que permitan asumir las facultades discrecionales como una política institucional, -por ejemplo, crear una unidad de litigación temprana a cargo de un fiscal provincial y constituida por varios fiscales adjuntos autorizados para realizar las diligencias preliminares en el plazo establecido por el artículo 334; así como para calificar las denuncias con la finalidad de desestimarlas y de aplicación del principio de oportunidad, de tal manera que se entregue al despacho fiscal exclusivamente los casos en los que debe llevarse a cabo la investigación formal. Como ya lo hemos señalado, esperamos que la nueva LOMP que se discute y elabora incorpore los conceptos propios al modelo procesal acusatorio y responda a los nuevos retos que implica la implementación del CPP de 2004, conforme al cual se distinguen las funciones de los distintos órganos; por ejemplo, la fiscalía corporativa, el fiscal coordinador. Los fiscales deben entender y aprehender este nuevo sistema procesal penal que implica, en primer lugar, un cambio de mentalidad (de la inquisitiva a la acusatoria) y, en segundo lugar, un cambio de actitud (corporativización real no ficta). Es decir, la reforma del proceso penal debe traer a la par la reforma del modelo de pensamiento de los operadores sin el cual el cumplimiento de los deberes funcionariales no será una realidad.

El esquema de despacho fiscal corporativo iniciado por un equipo liderado por la ex fiscal Echais abarca el diseño de una nueva organización de órganos fiscales y de órganos de apoyo, pensado en el óptimo funcionamiento, regido por estándares de calidad y el empleo eficiente de los recursos humanos y logísticos, con lo cual se busca romper el modelo seguido a modo de espejo de los despachos judiciales cuyo rol es diferente y por tanto implica otra organización interna con miras al sistema; en ese sentido cabe tomar como referencia la

“organización judicial”, como pauta de la “organización fiscal”, en paralelo, pero siempre diferenciándola, la comparación tiene un sentido práctico y sirve para reforzar la idea de que al Ministerio Público le corresponde un perfil proponente y lo convierte en el motor del nuevo sistema al conducir la investigación, perseguir el delito, ejercer la titularidad de la acción penal pública, representar a la sociedad en los juicios orales, promover la solución de conflictos, buscar la reparación efectiva a las víctimas y la asistencia a los testigos, dirigir nuevos sistemas de gestión, tiene capacidad de controlar y monitorear el “flujo de casos de todo el sistema, es decir porta un rol principal del que dimanan varias extremidades y contiene una pluralidad de estrategias para tal función. La reforma exige el desempeño funcional del operador fiscal en forma dinámica y proactiva, lo que significa un trabajo personalizado de los casos en donde no se concibe delegación como pauta general lo que genera en la práctica mayor trabajo fiscal, alta responsabilidad y expectativa de mejores resultados en la gestión de casos.

a. Titularidad de la acción.

El Ministerio Público, de acuerdo al inciso 4 del artículo 159°, de la Constitución, “conduce desde su inicio la investigación del delito”, entendiéndose que el Ministerio Público tiene el monopolio de la acción penal pública y por ende, de la investigación del delito desde que ésta se inicia, cuyos resultados como es natural determinarán si se promueve o no la acción penal por medio de la acusación, tal disposición fue desarrollada en el Código Procesal Penal teniendo que el artículo IV del Título Preliminar establece puntalmente que “el Ministerio Público es el titular del ejercicio de la acción penal pública y asume la investigación del delito desde su inicio”, en adelante el inciso 2) del artículo 60° del CPP, reitera tal disposición

precisando que para tal propósito los efectivos de la Policía Nacional están en la obligación de cumplir sus mandatos -auxiliar al fiscal que no es lo mismo que subordinarse- en el ámbito de la investigación delictual.

En síntesis, por mandato de la ley fundamental y del Código Procesal Penal, conducir implica manejar, dirigir, reconocerse como titular, con el señorío y autonomía sobre toda la investigación del delito desde que comienza hasta que finaliza, por ello las diligencias preliminares pueden realizarse en sede fiscal o policial, pero las diligencias de la investigación preparatoria sólo en sede fiscal de acuerdo con el sentido jurídico que ello implica.

La realidad de los despachos fiscales enseña que para obtener resultados positivos en la investigación, el fiscal debe dominar adecuadamente el derecho penal tanto de la parte general como de la parte especial de lo contrario, si no conoce los elementos del delito en general, y peor, si no se conoce los elementos objetivos y subjetivos de los tipos penales en particular, difícilmente se podrá determinar de inmediato qué actos de investigación se debe realizar en el caso concreto. Eso ocasionará que los resultados no sean de mucha ayuda para promover la acción penal, es el caso por ejemplo, el fiscal no sabe que para la configuración del delito de peculado -387° - es necesario que el agente, aparte de ser funcionario o servidor público, tenga una relación funcional con los bienes objeto de apropiación, será imposible que se le ocurra pedir de inmediato la respectiva constancia de aquella relación funcional, etc, lo que se traducirá en un dilapidamiento de recursos del Estado y de tiempo valiosos siendo, probable que tenga resultados adversos. En definitiva, este aspecto no debe

ser descuidado, pues la impunidad puede superar la voluntad de prevalecer en graves delitos como tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, corrupción de funcionarios, delitos ambientales, etc.

b. Carga de la prueba (imputación)

El descubrimiento de la verdad es un propósito del Estado cuando de resolver un conflicto se trata, para ello los pesos de quien carga la obligación de probar uno o varios hechos dependerá de la posición que goce en el contexto; por ejemplo en una relación matrimonial, el padre no tiene por qué demostrar su paternidad, los hijos nacido en el matrimonio se reputan del padre – para romper esta presunción debe demostrarse lo contrario-, lo mismo ocurre en un estado de derecho, el ciudadano goza de inocencia como derecho, no tiene por qué demostrar la vigencia de un derecho, solo se quiebra este cuando el Estado demuestra más allá de toda duda razonable el involucramiento delictual del ciudadano y el merecimiento de una pena. Es decir la carga de la prueba, se encuentra vinculada con los derechos dentro del proceso, la carga como tal, no es una obligación de subsecuente sanción, sino el camino para ejercer un derecho, es decir el ciudadano imputado por un delito, no tiene la obligación de mostrar su falta de participación en el delito de modo tal que su silencio en el esclarecimiento del hecho o falta de acreditación pueda ser sancionado, la inocencia como derecho optimiza el goce de un trato digno en el curso del proceso. Precisamente, el quebrantamiento de la inocencia por constituir un derecho no admite igualdad entre los sujetos comprendidos en el conflicto penal -se admite claro la iguala en otros tipos de conflictos como el civil-, porque mientras en el derecho privado se discuten intereses

particulares, en el derecho penal, la sociedad siendo la afectada, la carga de la prueba la tiene el Estado quien tutela el interés social en su conjunto por intermedio de un agente constitucional responsable de la acusación Ministerio Público; la carga de la prueba, refiere la incumbencia de la parte para probar los hechos que alega, siendo en tanto una regla de función para las partes y una regla de juicio para el órgano decisor en el momento de fallar.

Está claro que la carga de la prueba, tiene conexidad de manera directa con el principio de la “presunción de inocencia” franco límite en el desarrollo por el órgano de persecución, descartándose de cualquier forma se pueda invertir dicha carga, aun cuando el concepto de carga en materia penal fue trasladado a la categoría de principio, en cambio la inclinación moderna del derecho privado se orienta hacia la dinamización de esta, otorgándole al juez la facultad para distribuir la carga hacia la parte o sujeto desfavorecido a fin de aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. El Derecho penal teorizado muestra una regla de carga de prueba extendida en el liderazgo del órgano fiscal, sin embargo, la práctica judicial muestra una cara donde el imputado es quien tiene que demostrar la ajenidad de su conducta en los hechos atribuidos, cuestión que no es un estándar del estado constitucional

- c. Criterio objetivo regido por la Constitución y la ley  
Una mirada normativista del principio de objetividad, precisa que el operador fiscal se gobierna funcionalmente, con un propósito definido, conseguir los elementos o datos de cargo contra un imputado, así como los elementos de

eventual descargo que pudieran existir, a partir de los actos de investigación propios para el caso lo que implica que la decisión que tome el operador fiscal al término de las investigaciones preliminares o de la investigación preparatoria, tenga que coincidir objetivamente con dichos medios de prueba que soporten o descarten lo cargos imputados. El Fiscal es portador de una decisión democrática, su criterio debe reflejar el resultado objetivo de las investigaciones, ya sea que estos confirmen la hipótesis inculpativa o la descarten. El principio de objetividad no marcha solo encuentra ligazón con los otros principios que rigen la labor fiscal, tales como el principio de legalidad, de razonabilidad, de interdicción de la arbitrariedad y del debido proceso. Normativamente en el caso peruano la objetividad ha sido relacionada con la denominada institución del “criterio objetivo propio” contenido en artículo 5° de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

Esto significa, que para cumplir con la función conferida como titular de la acción penal y señor del proceso de investigación, el operador fiscal deba encaminar las diligencias tendientes a determinar si los hechos tuvieron lugar y la atribución de la responsabilidad o descarte de este con persistencia de la reparación si fuera el

d. **Conducción jurídica de la investigación**

La forma, diseño, oportunidad y estrategia de indagación lo decide y en consecuencia lo organiza jurídicamente el operador fiscal, dependerá del delito para establecer el camino -extenso o breve- de investigación, que además de ser fuente de obtención de conocimiento es también medio para esclarecer en lo posible los hechos de incertidumbre

denunciados. Para este propósito el sistema a considerado a la Policía Nacional, acatar un deber de auxilio o apoyo en la labor de campo, que abarca realizar pesquisas y diligencias que disponga el fiscal responsable del caso. De este modo, para organizar y obtener resultados positivos de la investigación, el Fiscal debe ser un amplio conocedor de la norma penal sustancial -general y especial- y norma procesal penal, de lo contrario su desconocimiento, hará imperceptible la previsión de actos de investigación conducentes con los elementos objetivos y subjetivos que cada delito requiere, difícilmente podrá identificar que actos de investigación son pertinentes, conducentes y útiles realizar, ocasionando que los resultados de la investigación no cumplan sus fines. La norma procesal alienta la existencia de una investigación estratégica, equiparable a una investigación planificada, técnica y jurídica, que amalgame del derecho penal y el derecho procesal como un solo cuerpo, no siendo posible aplicar la práctica de “salir en pesca”, pues si bien el operador fiscal goza de un criterio independiente este no es equivalente a un criterio intuitivo -lo que mande su alma- sino un criterio sistémico -basado en la norma-, como estándar de la investigación. De acuerdo con Cubas (2006), el buen Fiscal debe saber de ante mano que es lo que busca al disponer se realice tal o cual diligencia, si el Fiscal no sabe que para subsumir un hecho de homicidio en el delito de parricidio -artículo 107° CP- es necesario acreditar el entroncamiento familiar, difícilmente atinará a solicitar la partida de nacimiento del sospechoso para determinar si hay o no relación familiar con la víctima, por lo que el dominio normativo es crucial en la investigación delictual

e. Defensor de legalidad y calidad de servicio.

Desde el angular procesal, toda situación delictual con características de delito debe ser investigado, procesado y penado, esta persecución por decisión del constituyente está a cargo de la autoridad oficial que recaída en el Ministerio Público -de lo que se deriva el principio de oficialidad- pues el Estado exclusivamente le reconoce a modo de delegación tal titánica tarea.

De acuerdo a la Constitución y demás normas del sistema jurídico peruano, el proceso penal goza de una regulación en el que el Ministerio Público, es un ente eminentemente proponente (dictamina, informa, requiere y ejercita) cuanta acción corresponde para hacer valer la persecución u oponerse a las indebidamente actuadas por las partes en orden de la perspectiva que propone el deber ordinario consistente en el ejercicio de la acción pública penal, acusando y proponiendo las penas destinadas a estabilizar la vigencia de la norma penal. Dicha función debe estar orientada por los principios de defensa de la legalidad y defensa de los derechos de ciudadanos sin distinción de imputados y agraviados de una misma relación procesal

El principio de legalidad constituye el principio rector de la función fiscal, exige realizar indagaciones basadas en la sospecha de comisión de un hecho punible y según la calidad de información obtenida -suficiente sospecha- está obligada a formular acusación. La renuncia a ello se diría a modo de antítesis se manifiesta en el principio de oportunidad, que autoriza al órgano fiscal decidir entre un endeble acusación o un sobreseimiento con sensación de impunidad, esto ocurre aun cuando las investigaciones

conducen, con alta probabilidad el resultado de que el imputado ha cometido una acción punible, pero se elige el camino de la oportunidad por razones de economía, pragmatismo y selección de casos según su simplicidad- tiene asidero en la medida que el Estado y su organización judicial no se abastecen frente a todos los conflictos y casos de criminalidad requiriendo una clasificación de las conductas delictivas, apartando aquellas que no generan un interés social ostensible sobre su punición; o que amplían una sobre carga procesal, lo que en consecuencia por política estatal requieren un abordaje diferenciado, técnico y efectivo con las partes de la relación procesal - no pune, resarce y esclarece-.

Ahora bien el principio de legalidad procesal, impone a los órganos estatales determinaciones normativas como el deber de promover la persecución penal en los casos que conozca de una noticia o alerta delictual de contenido público; pero tampoco la norma es inflexible pues la doctrinalmente se critica que el órgano fiscal asuma la indagación de todos los delitos sin evaluar su oportunidad, por ello el principio de legalidad sufre un crucial detrimento en su aplicación práctica y se reserva incluso tácitamente su vigencia, no obstante en el mundo judicial ningún sistema puede dar tratamiento a la resolución de todos los delitos, por lo que se habilitan salidas tempranas propias de la justicia negociada. En estos tiempos, se admite que el principio de legalidad se cumpla de manera rígido, pues esto no contribuye a la solución de los conflictos ni mucho menos consolida el marco de la justicia penal.

Antiguos debates centran su atención en el tradicional principio de legalidad procesal e invisibilizan los

mecanismos de selectividad que con mayor eficacia hacen del sistema de justicia uno más humano y terrenal deseable por los ciudadanos de a pie. Es hartamente sabido que en los sistemas jurídicos donde prima la legalidad procesal se piensa que todos los delitos deben ser investigados, lo que implica una política insensata pues en ningún país la administración de justicia puede investigar y sancionar todos los delitos, el país que adopte como política la obligatoriedad de la persecución penal para todos los delitos, probablemente no goce de estudios serios de criminología y se incline más por el colapso de su administración justicia penal.

f. Obligación destinada a identificar hechos y autores.

El fiscal en el proceso penal es portador de una responsabilidad muy grande, su papel en la investigación preparatoria es protagónico e irremplazable, dependerá de su alto nivel de preparación para que la investigación prejudicial y preparatoria sea conducente con el juicio oral y en general con la determinación de la verdad procesal. Es condición de un futuro juicio el desarrollo de la investigación preparatoria planificada o estratégica, ya que no es posible transitar por la segunda y tercera etapa del proceso si previamente no se agota una investigación seria y ordenada con el conflicto; en definitiva la adecuada conducción de la investigación habilitara a su conclusión un control técnico y sencillo que siendo observada podrá dar origen a un juicio oral o a un sobreseimiento legítimo y legal, esto quiere decir que si en la investigación preparatoria no se encamina, halla o reúne las evidencias primarias referidas a la comisión del delito y las que relaciones suficientemente al imputado con el comportamiento delictual, será imposible acusar dejando

una sensación irresoluta del conflicto, un motivo de impunidad y descredito ante el ciudadano.

g. Autonomía, deber de eficacia y sostenida estrategia.

La Ley Orgánica del Ministerio Público, en su artículo 5° señala que los “[...] Fiscales actúan independientemente en el ejercicio de sus atribuciones, las que desempeñarán según su propio criterio y en la forma que estimen más arreglada a los fines de su institución [...]”. En la misma línea, el Tribunal Constitucional ha señalado como jurisprudencia relevante, que si bien es cierto se reconoce a los Fiscales el ejercicio independiente de sus funciones de acuerdo con sus propios criterios y en la forma que consideren más ajustada a los fines constitucionales y legales que persigue el Ministerio Público, también lo es que el puntual señalamiento del artículo 159° de la Constitución debe ser realizado de conformidad con criterios objetivos y razonables, y por tanto, exentos de un ejercicio funcional arbitrario; además precisa que, el principio de jerarquía no puede llevar a anular la autonomía del Fiscal de menor jerarquía en el ejercicio de sus atribuciones, de esto debe inferirse que el artículo 5° de la Ley Orgánica del Ministerio Público no debe interpretarse de ninguna manera, que los operadores fiscales de menor jerarquía se convierten en una suerte de “mesa de partes” de sus superiores, ni mucho menos constituir un habilitante para el ejercicio asistémico o de íntima convicción del fiscal

La autonomía institucional concedida constitucionalmente al Ministerio Público responde al nuevo modelo procesal penal, teniendo que el operador fiscal, titular y señor del ejercicio de la acción penal pública, rector de la

investigación, -constructor en general del esclarecimiento del conflicto-, su decisión no debe estar sujeta a la de otra institución, lo que implica que el Ministerio Público abandona hace tiempo el papel auxiliar, dictaminador del proceso y se convierte en un gran protagonista del éxito o fracaso del mismo, cuya responsabilidad impide se encuentre subordinado a las decisiones de otros órganos constitucionales e incluso poderes del estado, siendo esta asimilación del rol un proceso de largo aliento por el propio estado, sus funcionarios y la ciudadanía en general.

Se colige que los operadores fiscales, del Ministerio Público deben conservar en el marco de sus funciones capital independencia rechazando las intromisiones internas y externas que oscurecen el debido esclarecimiento de los conflictos penales.

## **2.4. Investigación preparatoria**

La investigación preparatoria, constituye un componente del sistema procesal con una función y estructura definida que responde a la finalidad del proceso penal, definirla sistémicamente solo es posible posicionándola en función del sistema o sistemas al cual pertenece.

### **2.4.1. La acción penal Pública.**

La acción penal pública no siempre ha sido una facultad propia del Estado, en sus inicios fue una manifestación privada, pero que en la actualidad habiéndose comprendido política y jurídicamente que el Estado concentra, monopoliza el dictado de las leyes penales, las impone judicialmente y las ejecuta con el propósito de restablecer la paz social, dicha facultad es eminentemente pública, para entender ello, es necesario una mirada histórica e intercontinental en dos tiempos y lugares diferentes:

i) Europa Continental: Mucha antes del siglo XVIII el delito tenía connotación privada, por ende el ejercicio de la acción gozaba de exclusivo interés privado, ya la antigua Grecia y Roma, empleaba el modelo acusatorio en el que cualquier ciudadano u ofendido podía formular acusación tratándose de delito público o delito privado respectivamente. Situación parecida ocurría en el antiguo derecho germánico, donde la acción penal se caracterizaba por ser una especie de oposición entre grupos familiares, individuos o grupos, no había injerencia de representantes del Estado y los intervinientes acusaban y se defendían de forma privada; los casos requerían verificar el daño y designar al adversario de la víctima, no obstante, se podía arribar a una transacción entre las partes, posteriormente el carácter público de los delitos promovió seriamente su concentración en el poder del emperador, luego del monarca y finalmente en el poder punitivo del estado moderno, dicha concentración clarificó la ruta para que la mayoría de delitos fueran considerados públicos y por en consecuencia la persecución oficiosa tuviera la importancia que hoy tiene. Dicho escenario fue propicio para fecundar la aparición del proceso inquisitivo difundido por toda Europa y que desde la estructura como había sido diseñada privó a las personas individuales el ejercicio de la acción penal, otorgando dicha potestad a un representante estatal, quien ejercía oficialmente la función, este funcionario era llamado juez instructor.

Ya a partir del siglo XVIII, gracias a las ideas introducidas por la corriente del “iluminismo” y que repercutieran en el sistema de persecución penal, surge un modelo de procesamiento mixto en el que se alternan o mixtifican algunos postulados del sistema inquisitivo – la ofensa de la sociedad exige persecución penal pública y a la vez hallar la verdad histórica como fin del proceso– y del sistema acusatorio -división de roles entre quien acusa y quien juzga-, esto pensado en dos propósitos cumplir el interés del Estado de liderar la represión del delito y proteger al destinatario ciudadano de dicho

poder -ambos equilibrados en este sistema mixto-. En el siglo XX, exactamente en 1974, Alemania Incorporó una innovación consistente en alternar el procedimiento de instrucción o investigación a cargo del Ministerio Fiscal subrogando la presencia del juez, situación que fue copiada positivamente por países aledaños como Italia y Portugal quienes también incorporaron este nuevo instituto dejando atrás las normas que habilitaban la intervención del juez como responsable de la instrucción pues su figura representaba una misión inquisitiva y contradictoria con el proceso penal y el sentido constitucional de un estado de derecho, además que no era tolerable ni coherente con el principio de acusación que propugnaba división de roles, fiscal y juez.

Esta situación trajo como consecuencia que las amplias facultades de investigación del juez se reduzcan al de un juez de control o árbitro apegado a un modelo ideal anglosajón otorgando en el otro extremo facultades exclusivas destinada a la investigación de hechos a cargo del Ministerio Público, respuesta del Estado contenido en deberes legales, constitucionales y de garantía de los ciudadanos, con lo que se pretendía lograr una abreviación del proceso penal y promoción de una auténtica identificación de pruebas evitando los patrones del juez instructor, reiteración de actos de investigación inútiles, insulsos y formalistas

Queda claro que cuando el Estado adopta para sí mismo diversas facultades que armonizan el ius puniendi, la pena y la realización del derecho penal, la acción penal adquirió una función pública que relativizó el interés particular de la víctima y privilegió el interés de la sociedad, lo que en consecuencia obligó gestar una administración de justicia pública y crear órganos estatales especializados, así quedaron sentadas las bases para afirmar el interés público en la persecución de los delitos.

ii) Derecho Anglosajón: Explica la implementación del principio acusatorio en el sistema anglosajón implica detenernos en dos sistemas jurídicos uno procedente del Reino Unido y otro propio de Estados Unidos; en relación al proceso penal nacido en Reino Unido la característica principal consiste en la consagración más pura del principio acusatorio dónde no existe la figura del juez instructor ni del ministerio fiscal sino que se encarga a la policía el desarrollo de la investigación y promover en caso existan suficientes elementos pedido de enjuiciamiento ante el juez, aquí en la práctica la acusación la hace un abogado la policía o el director de persecuciones públicas, todos en nombre de la corona prescindiendo del ministerio fiscal. Situación distinta ocurría en Estados Unidos antes del siglo XVIII, el delito era calificado como una transgresión a la víctima y No necesariamente a la sociedad lo que en consecuencia arrastrada que la persecución penal no era un deber de los organismos públicos sino un deber del articular ciudadano, sin embargo tal como sucedió en Europa la corriente iluminista del siglo XVIII, incorporó la idea Qué es el delito era una afectación de alcance social más allá de la externalidad acaecida con el particular y que por ende modificó la estructura del sistema de persecución penal, por ello actualmente en Estados Unidos el ejercicio de la acusación recae en un representante estatal y la investigación la realiza la policía.

#### **2.4.2. Definición:**

El termino acción lingüísticamente, nace de los aforismos del derecho romano *nemo iudex sine actore* que significa, no puede existir un proceso si no hay actor y *nemo procedat iudex iure ex officio* que equivale a no puede existir un proceso de oficio. La evolución de estos significados aplicados al derecho penal, convierten a la acción en el poder de reclamar la intervención de la justicia frente a la vulneración de un derecho o bien jurídico, diferenciándose de la pretensión que es la concreción de esa potestad.

Según Franco Loor (2010), jurista ecuatoriano, responsable de la recopilación seria de los conceptos en torno a la acción y su variación en el tiempo, cita en su artículo académico a más de 35 estudiosos de la especialidad quienes con seria explicación marca la línea fronteriza entre la acción penal y civil, la acción y pretensión como institutos, véase la cita de cita contenida en su artículo:

Edmundo Duran Díaz en su "Manual de Derecho Procesal", señala que es complicado trasladar el concepto de la acción, del proceso civil al proceso penal, pues el primero se desarrolla alrededor de una acción, real o hipotética, de derechos y obligaciones recíprocos entre el demandante y demandado, mientras que en el proceso penal no tiene relevancia discutir facultades y obligaciones recíprocos entre dos partes; la norma penal se encuentra limitada de ingresar en el conflicto de intereses de dos partes y en general en sus relaciones privadas, la norma penal contiene mandamientos y prohibiciones sancionados con una pena en caso de incumplimiento. Ni siquiera puede decirse que exista una relación penal entre el autor y la víctima del delito; lo que hay es una relación entre el Estado y el imputado. No hay una relación privada entre dos, sino una relación pública de toda la sociedad por un lado y el inculpaado del otro. Por ello cuando se pone en movimiento la jurisdicción penal no se reclama el reconocimiento de un derecho sustantivo sino un pronunciamiento judicial de culpabilidad o inocencia". Para Vincenzo Manzini en su "Tratado de Derecho Procesal Penal", todo delito da siempre lugar, por lo menos virtualmente a la pretensión punitiva que se hace valer por la acción pena.

Agreda franco Loor (2010) citando también al Dr. Manuel Ossorio y Florit, en su estudio sobre la acción penal de la Enciclopedia Jurídica Omeba , Tomo I, trae a colación que Alcalá Zamora y Castillo, en su obra Derecho Procesal Penal, en colaboración con el Dr. Ricardo

Levene (h), que la acción penal es el poder jurídico de promover la actuación jurisdiccional a fin de que el juzgador se pronuncie acerca de la punibilidad de hechos que el titular de la acción reputa constitutivo de delitos. En cambio, Massari expresa que "en sentido amplio, la acción puede definirse como el poder jurídico de activar el proceso a fin de obtener sobre la res deducida un pronunciamiento jurisdiccional. Para el tratadista Sebastián Soler en su "Derecho Penal Argentino" "la acción no es más que el momento dinámico de una pretensión punitiva preexistente y estática, a la cual la desencadena la comisión de un hecho". Nótese que hay autores que confunden la acción penal con la pretensión penal, y cuya distinción señalaremos más adelante.

Con este criterio doctrinario y desde esta misma perspectiva Alfredo Velez Mariconde en su obra Derecho Procesal Penal, citado por César San Martín Castro en su Derecho Procesal Penal, insiste que "la acción penal es un poder jurídico que impone el Derecho Constitucional y cuyo ejercicio regula el Derecho Procesal de provocar la actividad jurisdiccional del Estado", San Martín Castro afirma que: "Lo expuesto nos permite sostener, siguiendo parcialmente a Gian Doménico Pisapia, que la acción consiste en puridad, en un poder - deber de activar la jurisdicción, o sea de pedir al órgano jurisdiccional un pronunciamiento concreto sobre una noticia criminal específica y que, además, se trata de una iniciativa típicamente procesal dirigida a la activación de la función jurisdiccional para la actuación del derecho penal sustantivo". Y agrega San Martín: " En tal virtud, como no cabe definir la acción penal a partir de la noción de derecho, únicamente cabe calificarla de poder jurídico. Por consiguiente, corresponde conceptualizar la acción penal como el poder jurídico mediante cuyo ejercicio, a través de la puesta en conocimiento al órgano jurisdiccional de una noticia criminal, se solicita la apertura o la aprobación formal del proceso penal, haciendo surgir en aquel la obligación de pronunciarse sobre la misma

mediante resolución motivada. La categoría de poder utilizada en la definición -a diferencia de las categorías de derecho, posibilidad o facultad- permite denotar sin esfuerzo el nexo acción-jurisdicción, a la vez que el vocablo jurídico destaca que su origen está en la organicidad del ordenamiento, y su destino y su función son afirmarlo" y continua San Martín Castro diciendo que " este poder jurídico es común en el ejercicio de la acción penal del Ministerio Público y, en su caso, de la víctima. Señala De La Oliva Santos, que ese poder jurídico está, cuando lo ejerce el Ministerio Público, íntimamente relacionado con sus funciones públicas, que ha de realizar imperativamente; en cambio, en los casos de ejercicio de la acción por los particulares, que pueden hacerlo libremente, ese poder jurídico es la sustancia de un derecho subjetivo disponible".

Es decir, como se puede apreciar respecto de la teoría de la acción penal persiste una difusa confusión entre los procesalistas debido a la conexión histórica del proceso civil con el proceso penal, cuya separación es una necesidad, pero no deja de ser polémica, algunos autores no encuentran distinción entre acción con pretensión, además que las concepciones al ser muy diversas alejan el propósito de unificación que abarca actualmente las ramas del derecho constitucional y administrativo. Bueno conclusivamente debe quedara claro que la acción penal no es lo mismo que la pretensión penal, la acción penal anida al proceso penal y habilita su desarrollo durante todas las etapas del proceso penal –equipara biológicamente a la definición de concepción y vida.

#### **2.4.3. Papel de la acción penal en el proceso penal.**

La acción penal es un instituto de función tripartita; i) evita la autodefensa, ii) condiciona la pena, iii) habilita las garantías del proceso; ya el Dr. Ricardo Vaca, en su "Manual de Derecho Procesal Penal, citado por Llor (2010), explica con magnífica claridad que así como a los particulares les está prohibido realizar actos violentos de

autodefensa de sus derechos la prohibición rige también para el Estado, por ello cuando se comete un hecho de características delictuales, los funcionarios del Estado, no aplican de manera directa e inmediata las sanciones previstas en la ley penal sustantiva, sino que se rigen por una previa investigación y al cabo toman una decisión motivada, destinada a instaurar un proceso penal de acuerdo a las normas constitucionales y del Derecho Procesal Penal, que funja de garantía del derecho a la defensa del sospechoso, imputado. Por otra parte, siendo que la acción penal es el punto de partida del futuro juicio penal, adopta por finalidad hacer efectiva la represión. Finalmente, parece una obviedad, pero sin acción no solo no hay proceso sino tampoco ninguna garantía, la acción como luz de emergencia activa las garantías que recaen sobre los sujetos comprendidos en el proceso y por tanto siguiendo estas garantías se puede declarar oficialmente si una persona es culpable o inocente señala el autor". A todos queda claro que el fundamento de la acción penal, se contiene e la ley y en la constitución entregando de acuerdo al constituyente el deber irrenunciable del Estado de que ante la comisión del delito, se activa la función de la acción penal, por ello debe reiterarse que la tutela efectiva es un deber y de corte constitucional desarrollado por la norma procesal siendo a su vez un verdadero derecho a la tutela jurídica, desglosándose por tanto en la competencia del órgano fiscal, el ejercicio de la acción penal pública correspondiéndole dirigir jurídicamente la investigación preliminar y formalizada que aspira con este nuevo modelo de enjuiciamiento, se construya una investigación del delito técnica y jurídicamente mejor estandarizada, que amalgame la norma penal y la norma sustancial con miras al conflicto.

#### **2.4.4. Características de la acción penal.**

Las características de la acción penal pública, más difundidas son cuatro, cuyo contenido a criterio de Loor (2010) nos aproxima a lo siguiente: a) Publicidad: Por su importancia en la vida de la sociedad,

el Estado ha dispuesto que su actividad tenga por propósito reintegrar la paz social perturbada por el delito y por ello recae en el órgano fiscal la labor protectora y representativa de la sociedad ejerce plena intervención la acción penal durante todo el desarrollo del proceso penal. b) Oficialidad: Es por determinación del constituyente un verdadero monopolio en función del órgano fiscal cuyo ámbito de actuación se encuentra desarrollado en su ley orgánica y diversas normas legales. c) Indivisibilidad: La acción penal es única, esta presente en el curso del proceso, pero no es que cada acto promovido por el operador fiscal sea una acción penal diferente, esta es única y tiene una sola pretensión, la sanción penal que alcanza a todos los que han participado en la comisión del delito, por tanto no existen distintas acciones que correspondan a cada agente, sino una acción indivisible. d) Obligatoriedad: El Estado a través del órgano fiscal porta una obligación de ejercer la acción penal ante la noticia de la presunta comisión de un hecho ilícito, la gravedad que trae esta afectación a los derechos no libera ni exceptúa el rol del Estado. e) Irrenunciabilidad: En otro aspecto es importante señalar que la acción penal pública es irrenunciable -es de proseguirse aun de oficio- por cuanto quienes ejercen la acción no pueden retroceder de lo postulado por el órgano fiscal, la falta de intervención de la parte agraviada no es motivo de renuncia de la acción, únicamente respecto al caso peruano la renuncia y abstención se produce por motivo de oportunidad y/o acuerdo reparatorio -esto condicionado claro al cumplimiento de sus términos de lo contrario la acción penal puede reanudarse-; en consecuencia la acción penal es irrenunciable como regla salvo expresas excepciones.

#### **2.4.5. Investigación penal y actos de investigación**

La investigación penal lingüísticamente está compuesta de dos palabras la primera está referida la investigación que según la Real Academia Española responde a la acción de investigar o hacer diligencias para descubrir algo, la segunda que comprende el término

penal está referido a la atribución de una pena como consecuencia jurídica o lo relativo a las instituciones que persiguen los crímenes o delitos. Visto desde un plano literal la investigación penal comprende encargar en el propio Estado a través de un órgano especializado la verificación descubrimiento o comprobación de la existencia de un hecho situación o circunstancia que reviste características delictuales y que por tanto acarrearán la determinación de una responsabilidad jurídica en el autor o participantes del contexto señalado.

En general la definición de la investigación penal como un instituto procesal implica dos vías para comprenderla; la primera de carácter analítico y simple que comprende la descripción y desglose de los componentes de la investigación, que en línea normativa responden a lo urgente, a lo inaplazable, a la obtención del dato de cargo y del descargo sobre la comisión de un hecho presunto, es decir mira la investigación hacia el interior y sus partes; mientras que la segunda vía remite a una síntesis compleja que mira la investigación penal en relación al exterior, definiendo cual es el papel que cumple con el sistema al cual se adscribe. Ambos extremos teóricos -descomposición y función de la investigación- se ven armonizados cuando la investigación pasa a un plano práctico, traducido en efectivos actos de investigación, que en orden principista del proceso acusatorio -sin prueba no hay acusación- son básicos datos de prueba destinados a la búsqueda de la verdad, según la incertidumbre delictual que los origina.

#### **2.4.6. Los actos de investigación.**

Reunir estos datos de prueba, conducentes a esclarecer los hechos y las responsabilidades, compromete al operador fiscal, la verificación del hecho y si tomo lugar de modo penal relevante, para ello constatación del escenario delictual, la convocatoria del agraviado, testigos e incluso disponiendo la concurrencia del imputado -aun cuando este no es dato si no medio de defensa-, constituyen fuente

valida de conocimiento en la investigación. La naturaleza preparatoria de estos actos de indagación y su distingo con los actos de prueba, reside en que no tienen carácter judicial sirviendo solo para emitir disposiciones fiscales propias de la etapa de recopilación de información primando en sus curso la sospecha genérica, posteriormente si esta sospecha se fortalece alcanzara el nivel de revelador permitiendo la primera manifestación de la acción con la formalización de la investigación y si esta sospecha se fortalece aún más se traducirá en una de carácter suficiente para ejercicio de la acción penal a través de la acusación, niveles de sospecha que guardan relación con los niveles del conocimiento delictual indagado por el operador fiscal.

A. Secuencia de los actos de investigación.

a. Actos de investigación preliminares.

Véase, desde una mención normativa, las investigaciones empiezan desde que se toma conocimiento de la sospecha de la comisión de un hecho delictuoso -artículo 329°.inciso 1, es notorio que se trata de actos incipientes de la investigación preparatoria, intitulado técnicamente fase de “investigación preliminar”, probablemente considerado por el legislador un escalón para distinguir el nivel de conocimiento que trae la investigación preparatoria formalizada, a pesar de formar parte de una misma estación procesal pero que no admite repetición de diligencias preliminares y preparatorias siempre claro que no medie necesidad de ampliación de información -artículo 337°.2-, en cuyo caso procederá complementar el acto de indagación original.

b. Actos de investigación formalizados.

Si lo preliminar presenta un rasgo de urgencia e inaplazabilidad lo preparatorio presenta un rasgo de

obtención de cargo o de descargo con miras a acusar o sobreseer el caso, por ello si el fiscal considera que el hecho no es justiciable penalmente o acaecen causas de extinción de la pena o del delito, dispondrá archivar a nivel preliminar lo actuado -artículo. 334°.1-, por el contrario, si agotado lo preliminar se infiere que existe delito, se ha identificado al autor y la acción penal se mantiene vigente, dispondrá la formalización y continuación de la investigación preparatoria -artículo. 336°-, con las implicancias jurídicas que ello trae, como la suspensión de la prescripción de la acción penal y la obligación judicial de controlar la facultad de archivo fiscal y cuanta otra urgencia de tutela de derecho de las partes exija intervención judicial.

c. Metodología aplicada a la investigación preparatoria

Hablar de metodología de la investigación penal en estos tiempos de empirismos dónde las formas resultan complicadas puede ser leída como un ritualismo innecesario que hace menos terrenal el proceso penal, sin embargo no puede desconocerse que la investigación penal o la persecución del delito en el fondo, tiene en curso también una metodología básica no dicha por la norma pero intrínseca, que se infiere de las finalidades que se traza el proceso penal. Sobre ello Ponce (2017) es muy ilustrativa cuando señala que:

“[...] El procedimiento penal acusatorio tiene un carácter epistemológico y no meramente intuitivo o subjetivo entendido como un procedimiento que tiene rigor metodológico para lograr su propósito. El procedimiento penal tiene como finalidad el establecimiento de una verdad la existencia de un delito, la responsabilidad de quién lo cometió y la pena correspondiente. si la empresa

es llegar a una verdad debe seguirse un método para ello [...]. Sin embargo, el método no se reduce a seguir una serie de pasos, sino que consiste en que la verdad a la que se llegue esté sujeta a comprobación.” (p.55).

Pérez (2017) por su parte señala de modo menos directo, pero igual de ilustrativo lo siguiente:

“La humanidad ha presentado preferencia por descubrir y examinar su entorno, así que la metodología de la investigación se ha convertido hoy por hoy, en una herramienta indispensable para conseguir mejores resultados cuando se investiga un tema, y se quiere presentar unas deducciones ágiles y veraces. Puesto que con el conocimiento la persona reflexiona, cuestiona y enriquece los conceptos que conforman su realidad. Además, la metodología de la investigación admite que se pueda definir, construir y hacer válidos los métodos que hacen posible obtener nuevos conocimientos y como es un trabajo muy creativo, se logra plantear interrogantes para resolver. Con la metodología se puede planear cómo se hará la investigación y cuando se aplica en la investigación penal, permite ver un proceso claro y objetivo, para así obtener, conseguir y analizar los datos que proporcionan determinadas fuentes, que suministran los elementos necesarios y precisos que permitan elaborar un informe que explique lo investigado”. (p.55).

En tal orden, queda sentado que la investigación penal acoge una metodología destinada hacer efectiva sus fines y propósitos.

d. Planeamiento estratégico de la investigación preparatoria

No existe una fórmula que establezca el cómo Investigar un hecho delictual, tampoco existen manuales que describan de modo estandarizado, exacto o concreto, el

camino para hallar la solución a una incertidumbre delictual, las normas procesales se remite genéricamente a los deberes del operador de la investigación y propósitos comunes que debe alcanzar cada etapa de la investigación, solo algunos actos de investigación están a detalle explicados en sus formas, plazos y requisitos, pero en general todos los instrumentos de la investigación mencionados en la norma procesal están esparcidas - como herramientas y piezas de un automóvil por ensamblar- sin una ruta escrita o pauta específica de su empleo; en la investigación del delito ocurre una situación similar las herramientas e institutos de la investigación se encuentran diseminados en el sistema jurídico, su empleo oportuno dependerá de la estrategia, objetivo y finalidad que visiona el operador fiscal, para ensamblar el caso.

Cabe señalar que la elección de la estrategia responde al objetivo investigador, este a su vez responde a un problema o incertidumbre inicial -sospecha delictual- en cuya cadena se visiona una finalidad macrosistémica del proceso, coadyuvar con el esclarecimiento del conflicto y la determinación de la verdad.

En este punto se toma como referencia las legislaciones Colombiana, Salvadoreña y Peruana para hurgar sobre los modos de planeación de la investigación penal.

Al respecto, el Programa de Asistencia Legal para América Latina y el Caribe – LAPLAC de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito en Colombia – UNODC señala que:

La planeación de la investigación implica fijar metas concretas y específicas que aseguren un resultado, determinen estrategias y establezcan directrices de la investigación, porque la investigación no se puede dejar al azar, sino que debe tener una

dirección y un control, por lo que debe conformarse un equipo de trabajo, con el ánimo de adelantar una investigación penal efectiva. Por tanto, elaborar un plan de trabajo implica no dejar al azar la investigación. Frente a su elaboración se pueden presentar tres opciones y soluciones extremas o intermedias como se exponen a continuación: 1.- La ausencia de plan de investigación, significa dejar al azar la misma. Desafortunadamente, esa falta de una planeación es una práctica común, quizás porque hemos estado acostumbrados a trabajar de manera individual, sin un plan específico y aun así hemos obtenido algunos buenos resultados. 2.- La existencia de un plan absoluto, donde no se deja espacio alguno para el cambio. No se admite el concepto de otros y se opta por nuestra posición como la más acertada. Ambas posiciones resultan perjudiciales para cualquier investigación. Si queremos una investigación efectiva como resultado de la conformación del equipo de trabajo. 3.- Por último, elaborar un plan generador de justicia material que nos permita trazar metas posibles, buscar objetivos concretos y desarrollar una coordinación y control de gestión sobre los resultados del proceso, un plan que surja del consenso y la comunicación permanente entre los actores. (p.14).

En el caso peruano, la planeación de la investigación con este nuevo sistema procesal fue puesto en marcha por el Manual para el Desarrollo del Plan de Investigación (2012), dispositivo que en definitiva constituye un conjunto de pasos destinados a orientar de modo general, la aplicación de la norma procesal en campo y resalta una ruta estratégico, que recoge ocho objetivos básicos i) determinar si el hecho se produjo y si habiéndose producido se encuentra tipificado como delito, ii) identificar a los autores o partícipes del hecho típico acaecido, iii) identificar las conductas específicas así como sus agravantes y atenuantes, iv) ubicar y conservar las fuentes de prueba, v) establecer las

medidas de aseguramiento cautelar judicial, vi) controlar los plazos de investigación y vii) construir una teoría del caso, viii) evaluar la aplicación de salidas alternativas. Según el dispositivo nacional, este esquema es un patrón general de la investigación, sin embargo no es la única pauta, en el sistema latinoamericano se advierte como en el caso Salvadoreño la necesidad de plantear con anterioridad a la investigación tres interrogantes claves para el investigador fiscal: i) ¿Qué quiero demostrar?, ii) ¿Cómo voy a lograrlo?, iii) ¿Con qué recursos cuento para lograrlo? a partir de lo cual se procede a la elaboración de un plan de trabajo fijando prioridades de lo que se pretende demostrar, una vez encaminada la investigación se evalúan los resultados obtenidos a fin de replantear o confirmar la ruta de investigación, no perdiendo de vista el control de la gestión de forma constante. En tal orden para desarrollar el plan estratégico de la investigación, el fiscal deberá adoptar una técnica que facilite el desarrollo de las actividades orientadas a cumplir los pasos y dar respuesta a las preguntas mencionadas, con un plazo determinado, esta tarea implica analizar y depurar permanentemente la información que se adquiera sobre la base de la hipótesis o sus replanteamientos.

El Salvador fija adicionalmente y a diferencia del Perú, un punto de partida que en apariencia es obvio, pero constituye técnicamente un inicio seguro. Analizar detalladamente la primera información delictual, construir la sospecha inicial, elaborar un primer diagnóstico para determinar aun de manera provisional el delito a investigar; el análisis y depuración de la información fija temporalmente el hecho punible a investigar, siendo indispensable ir más allá de la simple descripción de lo sucedido, superado ello corresponde proponer las posibles causas y antecedentes, es decir plantear hipótesis que abarquen la información disponible. Cabe precisar que lo que se

persigue al formular las hipótesis, es orientar la actividad investigativa y precisar las órdenes a la policía de investigación, cuando se vulneren o se afecten derechos fundamentales, con la previsión de obtener evidencias que permitan probar los elementos estructurales del delito y se construyen teniendo en cuenta la información que se ha clasificado y que establece los hechos a investigar. Posterior a esto según el sistema Salvadoreño, recién se fijan los pasos importantes en el planeamiento de la investigación, a tener en cuenta son: 1. Verificar si obran registros de expedientes similares 2. Establecer la vinculación de las personas involucradas con otros hechos semejantes. 3. Ligar los bienes con otros hechos en caso de que existan, esto último básicamente para relacionarse con los casos de organización criminal. A todo ello, el Plan Estratégico de la Fiscalía General de la Republica del Salvador (2009), le ha dado la siguiente definición, que representa la más adecuada y próxima a una mirada sistémica:

El plan de investigación es una técnica aplicable a la investigación penal, en la cual, partiendo de los componentes básicos de la estructura jurídica de la conducta punible, se establecen los objetivos de la investigación o las líneas de las mismas a seguir. Es una herramienta para planear, ejecutar y evaluar una investigación, un planteamiento de la investigación realizado entre el fiscal y el investigador policial para formular hipótesis y establecer directrices adecuadas. En conclusión, podemos entender que un plan de investigación debe estar integrado por los siguientes objetivos específicos: i) La evaluación de lo que existe, ii) la decisión del camino a seguir o lo que se va a hacer, 3) el permanente control de gestión. Además, la elaboración de un Plan Estratégico de Investigación definido en una guía metodológica permite concretar: 1) La obtención de los medios probatorios necesarios para llegar a

demostrar tanto la existencia del delito como la responsabilidad de los implicados. 2) La adecuada participación del fiscal en el juicio, pues el PEI le mostrará un registro histórico de la actividad investigativa en lo que respecta a cada elemento de la estructura jurídica del delito investigado y por lo tanto le facilitará tanto la preparación del juicio, como la actuación en el mismo, y en algunos casos la pronta adaptación y conocimiento del caso ante eventuales sustituciones o cambios de fiscales. 3) La optimización de la aplicación del principio de oportunidad. 4) La realización de la investigación en un tiempo corto y preestablecido, con un manejo óptimo del recurso humano y logístico. 5) El trabajo en equipo. 6) La estructura de la teoría del caso. (p.31).

En el Perú, según lo dispone el artículo 159° de la Constitución Política del Perú, corresponde al Ministerio Público, conducir desde su inicio la investigación del delito, encontrándose con tal propósito, la Policía Nacional obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función, ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte, promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho, velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia, representar en los procesos judiciales a la sociedad; en consecuencia la elaboración de un plan de investigación, constituye un instrumento indispensable en la búsqueda de resultados estratégicos para la lucha delictual, que compromete la participación de todo el equipo fiscal e investigador de la Policía Nacional del Perú -, que se traza desde su inicio, se complementa durante toda la investigación y es útil para acudir al juicio, permitiendo un orden histórico de la investigación y la progresividad de la información obtenida. Es de precisarse a pesar que en el “Plan de Investigación” peruano

no se dice pero la norma procesal así lo demanda, cada elemento del delito, la ponderación de la pena y además la acreditación de la reparación civil constituyen objetos de indagación que oportunamente indagados, aseguran un caso técnicamente completo ante el juez pero además compatible y complementario a la teoría del caso que alguna corriente nacional también propugna en la actualidad. La práctica judicial recomendable desarrollar el plan de investigación separando cada hecho punible.

De esto se puede establecer que todo “Plan Estratégico de Investigación”, visiona constituirse en una herramienta de organización de la persecución del delito que ayuda a trazar metas razonadas, técnicas y/o sistémicas, que originan objetivos puntuales para proyectar desde un inicio el éxito de la investigación -si no se hacen llevaran al fracaso- esto en el tiempo evita la instalación de prácticas intuitivas, defectuosas, innecesarias, que desvían el papel que cumple la investigación en relación al proceso penal mismo. Aclárese que la investigación del delito por su sentido creativo no puede reducirse a un plan, pero es sin duda el punto de inicio para reemplazar la investigación penal intuitiva por una investigación penal sistémica.

Además, desde un plano micro sistémico, el plan de investigación permite control de la gestión fiscal, registro administrativo e histórico del caso, organización del acopio probatorio, base de la acusación y complemento de la teoría del caso, por lo que debe ser una exigencia disciplinaria del operador fiscal en clave para los resultados del proceso (esclarecer el conflicto). En este punto la fiscalía del Salvador (2009), recomienda con excelente precisión:

Frente al Plan Estratégico de Investigación, se debe evitar la falsa percepción de considerar la planeación de la investigación como un mero formato que contiene aspectos únicamente administrativos, que no permiten dar una verdadera visión de lo que se va a investigar, ni permiten un verdadero registro histórico de lo que va a ser útil en la investigación. Por tal razón, se debe resaltar e insistir que la planeación de la investigación no se concreta con la elaboración del formato, si no que su esencia estriba en la materialización por medio de él; ya que tiene como finalidad servir de criterio orientador para su desarrollo y de mecanismo para un adecuado y efectivo control de gestión y depuración de casos (p.27).

En definitiva, la propuesta de un Plan Estratégico de Investigación no pretende intimidar la creatividad del operador fiscal ni recortar su criterio objetivo, pretende fijar parámetros básicos, sencillos, flexibles y suficientes para planificar la investigación armonizando su finalidad con la finalidad del proceso.

## **2.5. Enfoques aplicables a la investigación preparatoria**

La búsqueda de la verdad es un propósito del sistema penal, el operador deberá decidir por uno de dos caminos, la búsqueda de la verdad bajo una pauta sistémica o la búsqueda de la verdad bajo una pauta por convicción, cada ruta es distinta y gozan de costos distintos. Como decisión sobre elección de una u otra vía, dependerá de la visión del operador, sobre la comprensión de la realidad que tiene al respecto. Se presenta en adelante una tipología de la investigación preparatoria clasificada a partir de la teoría de los sistemas y el paradigma de la complejidad, es decir si la investigación preparatoria se explica y comprende como una realidad compleja y funcional al sistema penal se está ante un enfoque sistémico, mientras que si la investigación preparatoria se explica como una realidad simple, parte o

elemento sin función definida, entendida desde la percepción y creencia, personalísima del operador, se está ante una investigación asistémica.

### **2.5.1. Enfoque sistémico**

La aplicación del enfoque sistémico introduce en la visión del operador fiscal una nueva posibilidad de interpretación el instituto de la “investigación preparatoria” dejando de lado miradas intuitivas, aisladas o personalísima.

Este enfoque tiene que ver con la “producción de la prueba” es decir con la investigación preparatoria, ámbito en el que la decisión fiscal, debe ceñirse a una ruta sistémica responder con racionalidad al descubrimiento de la verdad en el proceso. Para ello la investigación preparatoria debe ser comprendida y explicada desde el paradigma de la complejidad y los sistemas.

Esta construcción teórica llevada a un plano práctico, deberá considerar tres temas de fluida interrelación: i) tratamiento dogmático del delito -con el sistema penal sustancial-, ii) tratamiento del objeto de la prueba -interrelación con el sistema procesal penal y iii) tratamiento del rol normativo del operador fiscal que liga los dos anteriores. Esta distribución tripartita de saberes se exterioriza en la práctica en las dos fases de la investigación.

Primero a nivel preliminar: El enfoque sistémico, exige “diseñar actos de investigación” en orden al “tratamiento dogmático” del hecho, para ello debe seguirse los siguientes pasos: i) adecuada calificación típica del hecho aunque sea temporal - dominio temático de concurso ideal, real y aparente-, ii) descarte de causas de justificación o inculpabilidad, iv) manejo de criterios de imputación objetiva y v) manejo de teorías de dominio de hecho e infracción del deber. Estos pasos estarán sujetos al tipo de delito que se investiga y al tipo de hecho que se conozca. Cabe precisar que este tratamiento acompaña

los actos de investigación urgentes e inaplazables propios de esta fase.

Segundo a nivel preparatorio: El enfoque sistémico, exige “diseñar actos de investigación” cuyo objetivo sea el “objeto de prueba”, para ello debe transitarse por: i) agotar la reconstrucción del hecho imputado con todas sus circunstancias, ii) adecuada ponderación de la pena y iii) responsabilidad civil derivada del delito. Estos pasos tampoco son ineludibles, estarán sujetos al orden metodológico de la investigación preliminar. Cabe precisar que este tratamiento acompaña los actos de investigación de cargo y de descargo propios de esta fase.

Como se observa, la integración del tratamiento dogmático del delito -sistema sustancial- y el objeto de prueba -sistema procesal- no copa el enfoque sistémico, requiere del cumplimiento del rol normativo de fiscal, -titular de la acción, responsable de la carga de la prueba, deber objetivo investigar, conducción jurídica de la investigación, actuación proactiva en favor de la sociedad- y la teoría del caso, para enlazar ambos sistemas a través de los actos de investigación. De otro lado cabe precisar que en relación a la teoría del caso, conforme la mirada adversarial con la que fue elaborada el sistema procesal, el uso de este enfoque no es contrario ni excluyente, sino integrador.

Este enfoque se divide en tres manifestaciones:

#### A. Dogmático de la investigación

Este enfoque tiene asidero procesal en el artículo 329° del CPP, que señala “El Fiscal inicia los actos de investigación cuando tenga conocimiento de la sospecha de la comisión de un hecho que reviste los caracteres de delito (...)”. Es claro que no puede investigarse un hecho que no tenga tal parámetro sustancial, la doctrina para ello se encargó de definir los elementos comunes de todo delito – que puede variar según la corriente filosófica

causalismo, finalismo, funcionalismo-, sin embargo para fines estrictamente pedagógicos de esta trabajo se asume la fórmula cuatripartita básica (tipicidad, antijurídica, culpabilidad y punibilidad) no definida por el código Penal, pero reconocida singularmente por el Código Procesal Penal en el artículo 344° numeral 2 literal b). Este enfoque de la investigación visibiliza la teoría del delito y sus manifestaciones actuales, como parámetros de la planificación de los actos de investigación y búsqueda de prueba.

B. Investigación por objeto de la prueba

Este enfoque comprende todo aquello que requiere ser averiguado, conocido y demostrado, parte del artículo 156° del CPP cuyo ámbito comprende la imputación, la punibilidad, la determinación de la pena, la responsabilidad civil.

C. Investigación por rol normativo del Fiscal.

En este tipo de investigación los deberes funcionales juegan un papel crucial obligaciones que se encuentran detallados en la Constitución Política, Ley Orgánica del Ministerio Público, Código Procesal Penal, Guías Operativas, Manuales, Directivas, Oficios Circulares, Jurisprudencia Vinculante, Acuerdos Plenarios, que establecen la alta responsabilidad que porta el operador fiscal en el proceso de reforma penal, como director de un despacho corporativo, titular indiscutible de la acción penal, responsable de llevar la carga de la prueba a juicio, conducir jurídicamente la investigación, defender la legalidad y la calidad del servicio estatal, obligación destinada a identificar hechos y autores, deber de eficacia, deber de sostenida estrategia, actuar por criterio objetivo y autonomía funcional son alguno de los parámetros que delimitan la función fiscal. En este tipo de investigación lo central es el cumplimiento de la función fiscal, aquí el gran poder monopolizador de la investigación y la acción

penal, se supedita frente al mandato normativo; en este tipo de investigación se privilegia la función del actor, no importa el orden de los actos de investigación sino el cumplimiento global de la función. Este tipo de investigación también tiene inclinación sistémica pero no es metodológicamente ordenada.

### **2.5.2. Enfoque asistémico**

Este enfoque es alentado por la norma procesal, es consecuencia del desajuste normativo presentado entre el artículo 5° de la Ley Orgánica del Ministerio Público, los artículos 321° y 253° del Código Procesal Penal, el primer dispositivo faculta al operador fiscal “investiga bajo su criterio objetivo”, el segundo refiere la obligación de “recabar elementos de convicción” y el tercero el deber de “averiguar la verdad”; es decir se puede inferir válidamente que la averiguación de la verdad puede tomar dos caminos el primero regido por un criterio objetivo o el segundo regido por un criterio de convicción, sin embargo verificado que en 29 momentos el término “elementos de convicción” es mencionado en el Código Procesal Penal, se infiere que el camino pensado por el legislador para la averiguación de la verdad es bajo un criterio de convicción, que al ser una opción insegura, subjetiva, personalísima de sentir y de corazonadas no asegura una averiguación técnica, objetiva, seria ni sistémica de la verdad, puede responder a los fines del proceso pero no por un acto racional sino casual, lo que es incompatible con el sistema garantista que el modelo procesal adoptó.

Este camino no es aconsejable por los criterios personales que se toma. Es solo una suposición y el sentimiento jurídico de haber acreditado los elementos del delito. Existe un caso conocido en la práctica del pensamiento intuitivo, se observó en el caso del ladrón de la gallina. La forma como resolvió el caso por la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Junín. El artículo 20° inc.8 CP establece, “está exento de responsabilidad penal el que obra por disposición de la ley,

en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”.

El pensamiento intuitivo no conoce reglas metodológicas, no da garantías, no es ordenada y segura de las categorías del delito. Actúa diametralmente opuesto al principio de culpabilidad. Además, deshace el principio de necesidad de prueba que impone la prohibición de aplicar el conocimiento privado del juez allí donde no existen pruebas. La decisión judicial está demostrada con pruebas aportadas al proceso, sin suplir con el conocimiento personal, porque sería desconocer publicidad y contradicción para la validez de todo medio probatorio.

### **Capítulo III**

## **Verificación en Campo de los Enfoques Aplicables y Metodología de la Investigación**

### **3.1. Diseño de investigación**

El diseño de esta investigación “El enfoque Sistémico como propuesta de la Investigación preparatoria“, inicia su camino en la observación, destinada a identificar las características y elementos del objeto de conocimiento la investigación preparatoria mirada desde un plano sistémico jurídico. La observación presta atención al mundo que nos rodea para intentar entenderlo, calidad de la observación es lo que suele distinguir los descubrimientos más importantes.” La observación es un modelo del proceso creativo”. (Pelli, 2005, p.27).

A la vez, la descripción de los resultados de la observación de la investigación preparatoria bajo criterios que le dan coherencia y orden a la presentación de datos, prepararon el camino para la explicación del fenómeno. La descripción tiene como ideal la verdad (Gutbourg, 1999, p.55).

La explicación ha permitido relacionar los diferentes aspectos del problema, ¿Cómo aplicar el enfoque sistémico a partir de uno de sus componentes la investigación preparatoria? ¿Cuáles son los enfoques que se emplean respecto de la investigación preparatoria? ¿De qué manera se desarrollan los enfoques en las investigaciones preparatorias en una breve verificación en la Fiscalía Penal de Concepción? ¿En qué consisten los fundamentos, características y condiciones de aplicación del enfoque sistémico en la investigación preparatoria?

Para ello, se analizó la información originada en la descripción teórica y las observaciones que se han efectuado para determinar los rasgos de la investigación preparatoria con la propuesta de un enfoque sistemático. (Hernández, Baptista, Fernández, Hernández, 2010 p.76).

Asimismo, se hizo el análisis interpretativo que consistió en el análisis de los datos de carácter simbólico de las fuentes obtenidas, textos, carpetas fiscales entrevistas y otros pasando a lo abstracto del nivel descriptivo al nivel comprensivo para arribar a las conclusiones sobre la propuesta de la investigación.

A la vez la investigación jurídica para el presente estudio tiene un enfoque cualitativo. Está orientada principalmente a la descripción y la comprensión del fenómeno en estudio como es la investigación preparatoria. Se trata de construir porque el conocimiento no se descubre. Con regularidad se trata de, observar, describir, explicar e interpretar lo que se halla en los datos. (Aranzamendi, 2015, p.148) .

El tipo de investigación es teórico, porque se aplica el estudio del derecho en abstracto, los objetos a investigar no se perciben sensorialmente, no son tangibles. Se entiende que es un prototipo de investigación especulativa, sobre todo ideas a defender lo que se conoce como investigaciones de base cognitiva flexible (Guevara, O.2013). La finalidad de este tipo de investigación jurídica, cognitiva es la reconstrucción del núcleo teórico de un segmento del derecho, es decir la norma, entendida como forma lingüística elaborada por el hombre un constructo racional y simbólico.

El método de investigación para el presente estudio se orienta en la investigación dogmática jurídica con la finalidad de analizar y proponer un enfoque sistemático para una estandarizada persecución del delito. La investigación señalada para el inicio de la investigación del derecho procesal penal, la dogmática jurídica incide sobre lo jurídicamente construido. En este panorama, por dogmática del derecho, se entiende como la ciencia del derecho en un sentido estricto y propio y como dicen los juristas es una mezcla de actividades siguientes: Descripción del derecho vigente, análisis sistemático conceptual y elaboración de propuestas para la solución de casos jurídicos problemáticos. (Alexy,1999, p.55)

También como la investigación es cualitativa tiene un método sistemático, cuyo fundamento se sustenta en prácticas claramente interpretativas, permitiendo que el aspecto interpretativo ayuda a justificar argumentos a través de un marco teórico y experiencias vividas, respectivamente. (Aranzamendi, 2008, p.154). Este método se usó para conectar normas entre sí, en el marco de un ordenamiento legislativo, con el propósito de obtener una respuesta coherente que sola lectura de un solo texto normativo no está en grado de ofrecer.

### **3.2. Población y muestra**

En las investigaciones cualitativas la población y muestra tiene como objetivo estudiar en profundidad un número reducido de casos extraídos de un determinado segmento poblacional. (Izcará, 2014 p.75).

La tesis cuenta con dos tipos de población, la primera estuvo conformada por un grupo de 6 profesionales abogados en el cargo de fiscales penales de la provincia de Concepción, la población fue pequeña y se pudo acceder sin restricción a ella- aquí operó simultáneamente población y muestra respectivamente; en la segunda población se encuentra el conjunto de documentos constituido por cuadernos o carpetas de investigación fiscal, en este caso la población estuvo constituida por 1200 carpetas fiscales penales del periodo 2019, eligiéndose una sola muestra representativa elegida por conocimiento y criterio del investigador.

### **3.3. Proceso de muestreo**

El muestreo es el procedimiento por medio del cual se realiza la selección de dichos casos, caracterizados por presentar una riqueza de información en torno a un fenómeno social específico. Busca la representatividad, prima el criterio del investigador. Además ha sido una investigación no probabilística porque no todas las unidades de observación de una población finita tienen las mismas posibilidades de ser seleccionadas para conformar la muestra. Todos los procedimientos de muestreo en la investigación cualitativa presentan un carácter intencional, por lo tanto, no permiten estimar la

probabilidad que cada elemento tiene que ser incluido en la muestra. Además, las muestras son muy reducidas para los estándares manejados. En la investigación cualitativa es el investigador quién decide qué individuos formarán parte de la muestra y cuál será el tamaño de la misma (Castro, 2001, p.64). Considerando estos lineamientos la investigación identifico dos fuentes -personas y documentos-, bajo dos criterios, la pertinencia y la adecuación (Tójar, 2006, p.187). Cabe precisar que en la primera fuente se eligió a la población total de 6 fiscales y la muestra es la misma numéricamente, “población igual a muestra” (Vara, 2015, p.286) mientras que en el segundo grupo poblacional se tomó una muestra intencionada identificando una carpeta fiscal con inicio y conclusión de investigación preparatoria.

#### **3.4. Técnicas e instrumentos.**

Técnicas que se utilizó en la presente investigación son: Fuentes primarias y fuentes secundarias. Entre las fuentes primarias se recopiló información de libros especializados, revistas, trabajos de grado y post grado, leyes, reglamentos diccionarios, fuentes de internet y otros. Fuentes secundarias comprendió el recojo de información en campo con aplicación de ficha de entrevista y ficha de levantamiento de información en campo. Las categorías comprendidas son elementos del delito, el objeto de la prueba y el rol del fiscal inmerso en el análisis documental, esta técnica e instrumento es elegida con la recogida de datos cualitativos sobre experiencias, opiniones o conocimientos específicos.

#### **3.5. Recolección de datos.**

Las técnicas de acopio de información son los instrumentos que el investigador utiliza para acceder a los datos (Tojar, 2006, p.228). Pueden distinguirse tres tipos de recogida de datos cualitativos. El primero prácticas discursivas (la entrevista con una persona o con un grupo) los datos de las entrevistas son citas literales de la persona o del grupo, en la interacción conversacional sobre sus experiencias u opiniones sobre un tema particular. En cuanto la observación directa y los documentos escritos (Patton, 1990,

p.45). Son descripciones detalladas y precisas de actividades, conductas y acciones humanas.

Considerando estas pautas para la recolección de datos del estudio, se ha realizado una entrevista referente a la conceptualización teórica del enfoque aplicado a la investigación preparatoria a cargo de los señores fiscales del despacho corporativo de Concepción, recogiendo su manejo teórico aplicado a la conducción de las investigaciones delictuales, siendo las interrogantes las siguientes:

1. ¿Utiliza Ud. algún enfoque específico para la planificación de los actos de investigación a su cargo? SI ( ) NO ( ).Porqué
2. ¿Aplica la “teoría dogmática del delito” en la planificación de actos de investigación a su cargo? SI ( ) NO ( ).Porqué
3. ¿Influye el “objeto de prueba” en la planificación de los actos de investigación a su cargo?  
SI ( ) NO ( ).Porqué
4. ¿Toma en cuenta la “teoría del caso” en la planificación de los actos de investigación a su cargo? SI ( ) NO ( ).Porqué
5. ¿Considera que el “rol normativo fiscal”, determina la realización de los actos de investigación a su cargo? SI ( ) NO ( ).Porqué
6. ¿Cuándo apertura o formaliza una investigación, los actos de investigación se planifican bajo un enfoque sistémico o intuitivo? Explique.

En otro momento el recojo de datos comprendió, la recolección de datos correspondiente a la descomposición de una carpeta fiscal concluida basado en una ficha o guía de levantamiento y revisión documental, abarcó analizar entre los actos de investigación el dominio de las categorías implícitas al enfoque sistémico, es decir manejo de la teoría dogmática del delito, manejo del objeto de prueba y manejo del rol fiscal.

Siendo los ítems los siguientes:

N°	ITEMS	AS	AP	NP
		3	2	1
Elementos del delito (enfoque dogmático)				
1	Práctica de actos de investigación según tipicidad			
2	Práctica de actos de investigación según antijuricidad			
3	Práctica de actos de investigación según culpabilidad			
4	Práctica de actos de investigación según punibilidad			
Objeto de prueba				
1	Práctica de actos de investigación según hecho punible			
2	Práctica de actos de investigación según ponderación de la pena			
3	Práctica de actos de investigación según reparación civil			
Rol del fiscal				
1	Deber de eficacia			
2	Deber de objetividad			
3	Criterio objetivo			
4	Carga de la prueba de cargo			
5	Carga de la prueba de descargo			
6	Actuación proactiva			
7	Titularidad de la acción			

### 3.6. Validación de instrumentos:

Sobre los instrumentos aplicados se empleó adicionalmente una matriz de validación, suscrita por tres profesionales cuya valoración se circunscribió para los Instrumentos N°1 y N°2 respecto de excelente, muy bueno, regular y deficiente, siendo el resultado global de muy bueno.

## **Capítulo IV**

### **Resultados**

#### **4.1. Resultados**

##### **4.1.1. Aplicación del enfoque sistémico en la investigación preparatoria.**

El enfoque sistémico aplicado a la investigación preparatoria presenta tres momentos: i) identifica un sistema del cual el objeto por explicar es una parte, ii) explica el comportamiento o propiedades del sistema; y iii) explica el comportamiento o propiedades del objeto en términos de su función o papel dentro del sistema. En relación al primer punto, el sistema identificado es el sistema procesal penal, en cuyo ámbito de se localiza la investigación preparatoria, como un componente normativo de estructura y función definida. Respecto del segundo punto el sistema procesal penal se reconoce como un sistema de comportamiento complejo, se sostiene por la interacción de sus componentes normativos y cuenta con una multifunción, determinar la verdad y esclarecer el conflicto -finalidad normativa y corriente doctrinaria mayoritaria-, promover la realización del derecho penal sustantivo -doctrina sustancialista-, condena del culpable, protección del inocente, estabilidad jurídica de la decisión -corriente funcionalista- siendo claramente las primera finalidades objeto de interpretación prioritaria en el presente estudio. En el tercer punto, se define la función de la “investigación preparatoria” como el medio destinado asegurar la adquisición de conocimiento delictual o romper la incertidumbre delictual, que condicionar el éxito o fracaso del proceso penal, siendo sin lugar a dudas el método elegido por el proceso penal para cumplir su finalidad.

Ahora bien, para llegar a esta definición sistémica, se debe someter la investigación preparatoria a una pauta que va de lo simple -

analítico a lo complejo - sintético. En el plano analítico la investigación preparatoria, se mira de modo reducido, es decir hacia adentro, centra su atención en la estructura y cómo funcionan sus elementos; así la investigación preparatoria en este primer plano queda interpretada como el primer eslabón de una escalera a la que se denomina proceso penal y se descompone en dos fases puntuales -preliminar y preparatoria- que exige en el investigador jurídico penal actos de averiguación urgentes, inaplazables, de cargo y de descargo todo en torno al hecho delictual. En el plano de la síntesis la investigación preparatoria se mira hacia afuera de sus elementos concentrado en el propósito y en el por qué sus elementos operan como lo hacen; en consecuencia, la determinación de la finalidad de la investigación preparatoria en este segundo plano debe ser redescubierta o reinterpretada a partir de la finalidad que persigue el sistema procesal correspondiendo entonces a la investigación preparatoria fungir de método de averiguación de la verdad, promover el esclarecimiento del conflicto penal, garantizar la condena del culpable, proteger al inocente, buscar la estabilidad jurídica de la decisión y teniendo en claro que los elementos normativos que acompañan a la investigación operan como lo hacen pues se encuentran abocados a promover la realización del derecho penal sustantivo.

En línea generales este enfoque sistémico tiene como punto principal el concepto del sistema que es un conjunto de elementos interrelacionados con un objetivo común. “De esta manera, se comprende que el enfoque de sistema se reconoce como la aplicación de la teoría general de sistemas, donde se aborda un menor nivel de complejidad y explicación del objeto del proceso o el fenómeno de la realidad objetiva estudiada. No necesariamente tiene un acento distintivo en lo que respecta al valor de análisis y síntesis de la expresión funcional y estructural desde la generalidad, particularidad y singularidad en los fenómenos, pues no se tiene que hacer uso ni

explicación de los elementos puntuales que la teoría expresa de forma íntegra en cuanto a categorías y conceptos.

Desde ya la aplicación del enfoque sistémico implica introducir en la visión del operador fiscal una nueva posibilidad de interpretación el instituto de la “investigación preparatoria” dejando de lado miradas intuitivas, aisladas o personalísima, a cambio de una visión sistémica e integradora.

Ahora bien, esta construcción teórica llevada a un plano práctico, deberá considerar tres temas de fluida interrelación: i) tratamiento dogmático del delito -con el sistema penal sustancial-, ii) tratamiento del objeto de la prueba -interrelación con el sistema procesal penal y iii) tratamiento del rol normativo del operador fiscal que liga los dos anteriores. Esta distribución tripartita de saberes se exterioriza en la práctica en las dos fases de la investigación.

Primero a nivel preliminar: El enfoque sistémico, exige “diseñar actos de investigación” en orden al “tratamiento dogmático” del hecho, para ello debe seguirse los siguientes pasos: i) adecuada calificación típica del hecho aunque sea temporal - dominio temático de concurso ideal, real y aparente-, ii) descarte de causas de justificación o inculpabilidad, iv) manejo de criterios de imputación objetiva y v) manejo de teorías de dominio de hecho e infracción del deber. Estos pasos estarán sujetos al tipo de delito que se investiga y al tipo de hecho que se conozca. Cabe precisar que este tratamiento acompaña los actos de investigación urgentes e inaplazables propios de esta fase.

Segundo a nivel preparatorio: El enfoque sistémico, exige “diseñar actos de investigación” cuyo objetivo sea el “objeto de prueba”, para ello debe transitarse por: i) agotar la reconstrucción del hecho imputado con todas sus circunstancias, ii) adecuada ponderación de

la pena y iii) responsabilidad civil derivada del delito. Estos pasos tampoco son ineludibles, estarán sujetos al orden metodológico de la investigación preliminar. Cabe precisar que este tratamiento acompaña los actos de investigación de cargo y de descargo propios de esta fase.

Como se observa, la integración del tratamiento dogmático del delito -sistema sustancial- y el objeto de prueba -sistema procesal- no copa el enfoque sistémico, requiere del cumplimiento del rol normativo de fiscal, -titular de la acción, responsable de la carga de la prueba, deber objetivo investigar, conducción jurídica de la investigación, actuación proactiva en favor de la sociedad- y la teoría del caso, para enlazar ambos sistemas a través de los actos de investigación. De otro lado cabe precisar que en relación a la teoría del caso, conforme la mirada adversarial con la que fue elaborada el sistema procesal, el uso de este enfoque no es contrario ni excluyente, sino complementario.

**Tabla 1**

*Resultado consolidado teórico de aplicación del enfoque sistémico*

Aplicación	Enfoque Sistémico
Identificación de sistemas	Sistema procesal penal sujeto a un sistema mayor
Explica funcionamiento de sistema	Sistema de estructura y función compleja
Explica función, elemento y sistema	Utiliza las herramientas de análisis y síntesis

Fuente: Elaboración propia

#### 4.1.2. Enfoques que se emplean en la investigación preparatoria

**Tabla 2**

*Resultado consolidado tipología de enfoques aplicados*

Enfoque Sistémico	Enfoque Asistémico
Mirada racional	Mirada intuitiva
Análisis estructural	Relativiza la estructura
Síntesis de la función	Ignora la función
Planeación estratégica	No existe planeación
Actos de contenido tripartito	Actos sin contenido normativo
1.Manejo dogmático del delito	1.Disperso manejo dogmático

Enfoque Sistémico	Enfoque Asistémico
2.Manejo procesal del objeto de la prueba	2.Superficial manejo del objeto de la prueba
3.Manejo eficaz del rol fiscal	3.Manejo ineficiente del rol fiscal

Fuente: Elaboración propia

En la investigación preparatoria se emplean dos grandes enfoques: “enfoque asistémico de la investigación” y “el enfoque sistémico de la investigación”, opera una situación homóloga a la valoración de la prueba donde existen dos sistemas de valoración íntima convicción y sana crítica. Esta separación de los enfoques de la investigación preparatoria ocurre por el modo en el que es mirada la investigación por el operador, es decir si el paradigma que dirige su percepción es uno de carácter simple y reduccionista entonces la pauta que le imprima a la investigación se basará en su íntima convicción o guiada por su corazonada, por el contrario, si el paradigma que dirige su percepción es de carácter complejo y integrador entonces la pauta que le imprima a la investigación se basara en las reglas del sistema penal.

De este modo a nivel del “Enfoque Sistémico” podemos encontrar cuatro manifestaciones específicas,

- i) La investigación preparatoria, basada en la teoría dogmática del delito, regida por los elementos del delito (tipicidad, culpabilidad y punibilidad), los criterios modernos de la imputación objetiva y los criterios de aplicación de la teoría del dominio del hecho y la infracción del deber, cómo saberes sustanciales más relevantes. Las fuentes se encuentran principalmente en la doctrina y la ley penal, responde al subsistema penal sustancial.
- ii) La investigación preparatoria, basada en el objeto de la prueba, orientada en la construcción del hecho objeto de imputación, ponderación de la pena y responsabilidad civil derivada del delito. La fuente se encuentra principalmente en la ley procesal, responde al subsistema procesal penal.

iii) La investigación preparatoria basada en el rol normativo del fiscal, enrumba el caso a partir de la titularidad en el ejercicio público de la acción, deber de la carga de la prueba, deber de investigar las circunstancias que eximen o atenúan responsabilidad, conducción jurídica de la investigación, actuación decidida en favor de la sociedad, obligación procesal destinada a identificar tipos de autores, criterio objetivo, deber de eficacia sostenido en estrategia, defensor de la legalidad y elevada calidad de sus servicios. La Fuente se encuentra principalmente en la ley procesal y norma constitucional, responde al subsistema procesal penal.

iv) La Investigación preparatoria basada en las pautas de la teoría del caso y regida por sus elementos fáctico, jurídico y probatorio. Su fuente es doctrinal responde a una marcada inclinación adversarial, tiene importancia en el orden metodológico que imprime al caso, ya que permite definir el hecho delictual (con lineamiento de imputación necesaria), subsumirlo por premisas con el juicio de tipicidad y concatenarlo con un medio probatorio específico, si bien forma parte de una estrategia de litigación oral es también válido para efectos de planificación de la investigación preparatoria.

Estas manifestaciones aplicadas de modo integrado, simultáneo, sucesivo o intermitente agotan el enfoque sistémico esperado, pues visibilizan desde la investigación preparatoria, los subsistemas que conforman el sistema penal. De ningún modo es satisfactorio con el enfoque sistémico el empleo aislado o individual de estos saberes - ocasiona en la práctica una actuación no estratégica del fiscal en la investigación-.

Por otra parte se encuentra el “Enfoque Asistémico o intuitivo”, en el que sus principales manifestaciones recaen en el pensamiento causal de la acción, en la ausencia de metodologías definidas para conducir la investigación y en el privilegio de la responsabilidad objetiva como parámetro de investigación, este enfoque tiene una percepción

sesgada, reducida, simple de la investigación preparatoria se oculta bajo la careta del “criterio objetivo” y “libertad probatoria” del fiscal -ambos de fuente legal-, mostrándose arbitrario, excesivamente personalizado -abandonado a la convicción del operador- inconexo con los fines del proceso -la averiguación de la verdad-, la norma penal -aplicación sustantiva- y en general con el sistema penal traduciéndose en actuaciones teatrales, ritualiza y exacerbadas en el formalismo.

#### 4.1.3. Enfoque desarrollado por la fiscalía penal de concepción

**Tabla 3**

*Resultado consolidado de entrevistas fiscales de penales*

Pregunt a	Respue sta 1	Respu esta 2	Respuesta 3	Respue sta 4	Respue sta 5	Respuest a 6
1	¿Utiliza algún enfoque específico para la planificación de los actos de investigación?	Si, por que los actos tienen que tener pertinencia, conducencia y utilidad	Si, para llevar a cabo una investigación se tiene que tener en cuenta cuando, como, donde y quien se produjo el hecho a investigar	Si, al tomar conocimiento de un hecho ilícito se coordina con la PNP la finalidad de trazar un programa estratégico de investigación cuyo objetivo es recabar indicios de la comisión de un ilícito.	Si, se tiene que determinar quién, cuando, como y donde se produjo el hecho	Si, utilizo mi punto de vista a la hora de realizar análisis de un caso concreto
2	¿Aplica la teoría dogmática del delito en la planificación de los actos de investigación?	Si, porque mediante ello se determina su configuración del delito	Si, a fin de determinar el delito específico a investigar	Si, en todo momento se debe respetar los derechos fundamentales de la persona	Si, eso nos ayuda a determinar las categorías del tipo penal	Si, en razón a que se debe contar con los suficientes argumentos para llevar al juez un

Pregunt a	Respue sta 1	Respu esta 2	Respuesta 3	Respue sta 4	Respue sta 5	Respuest a 6	
	investig ado		No, ello correspond e en verificación y tramite en la etapa correspondi ente ante el juez, en la investigació n preliminar que es parte de la investigació n preparatori a es suficiente los indicios reveladores de la comisión del delito	Si, los actos de investig ación tienen que estar orienta dos a obtener medios probato rios que acredit en el delito que se investig a	Si, los actos de investig ación están orientad os a la obtenci ón de pruebas para descubr ir un hecho real que acontec ió	caso de manera estructur ada	
3	¿Influye el objeto de prueba en la planifica ción de los actos de investig ación a su cargo?	Si, median te la prueba se acredit a su culpabil idad o inocenc ia del imputa do	Si, los actos de investig ación tienen que estar orienta dos a obtener medios probato rios que acredit en el delito que se investig a	No, ello correspond e en verificación y tramite en la etapa correspondi ente ante el juez, en la investigació n preliminar que es parte de la investigació n preparatori a es suficiente los indicios reveladores de la comisión del delito	Si	Si, por que el objeto de la prueba es lo que se va a verificar y sobre el cual el juez emitirá pronunci amiento	
4	¿Consi dera que el rol normati vo fiscal determi na los actos de investig ación a su cargo?	Si, median te ello da pautas para la realizac ión de diligenc ias prelimi nares que dan base a la investig ación prepara toria	Si, porque con ello se determi na la jurisdic ción, compet encia en el territori o y especi alidad	No, independie ntemente de las labores y obligacion es del fiscal contemplad as en la LOM es fundamenta l la estrategia, planificació n y tipo de enfoque que se le de al caso en concreto, para llegar a los objetivos	Si, para determi nar las circunst ancias del delito, quien, donde, como y cuando	Si, el rol normativ o fiscal está ligado a la forma como uno debe conducirs e y los actos de investiga ción están tendente s a la resolució n de un hecho	
5	¿Cuánd o apertur a o formaliz a una investig ación	Bajo el enfoqu e sistémico porque tiene que	Sistémico, en razón de que la teoría del caso se	Enfoque sistémico porque existe un objeto común, es decir el desarrollo	Bajo un enfoque sistémico o por que obedec e a una planifica	Sistémico toda vez que por medio de este se logra estudiar	Bajo un enfoque sistémico ello en razón a que los actos de investiga

Pregunta	Respuesta 1	Respuesta 2	Respuesta 3	Respuesta 4	Respuesta 5	Respuesta 6
los actos se planifican bajo un enfoque sistémico o intuitivo?	estar basado en la realidad objetiva mas no bajo la intuición	formula haciendo uso del método científico o en la cual hay una hipótesis que se valida con los medios de prueba	de los actos de investigación se realiza en base a conocimientos y objetivos, para que estas sean explicadas de forma clara y concreta en un eventual enjuiciamiento	ción con el objeto de determinar cuándo, produjo el hecho y quien para alcanzar una verdad o un grado de certeza	no solo el entorno también la estructura del caso en específico a investigar	ción deben estar destinados a probar o refutar la afirmación, ya que si se realizarían estos actos de manera intuitiva estos no tendrán respaldo científico

Fuente: Elaboración propia

Como se advierte, en la Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Concepción el enfoque asistémico o intuitivo es predominante, es aplicado de forma repetitiva e irreflexiva por el operador fiscal, mientras que el enfoque sistémico es reconocido pero no desarrollado.

Se advierte de la entrevista de seis profesionales fiscales de dicho despacho, todos afirman seguir un enfoque específico para la planificación de los actos de investigación, sin embargo ninguno de manera detallada explica en qué consiste el enfoque empleado, encontrando en la mayoría confusión donde equiparan enfoque como imputación necesaria, enfoque como requisitos de la admisión de la prueba, enfoque como punto de vista, enfoque como estructura del caso y enfoque como coordinación institucional; situación preocupante pues denota un desconocimiento supino de los fines de la investigación preparatoria en relación al sistema penal.

Respecto de la aplicación de la teoría dogmática del delito en la planificación de actos de investigación todos los fiscales respondieron

manejar dicho saber, sin embargo sólo uno señala la necesidad de planificar para determinar las categorías del tipo penal, el resto incurre en imprecisiones y redundancias -que reiteran el texto de la pregunta- y equivocaciones como la equivalencia de dogmática y derechos fundamentales.

En relación al objeto de la prueba ninguna entrevista delimita el contenido del objeto de la prueba ni sus desgajos, por lo general es confundido con una categoría del delito culpabilidad o con una competencia jurisdiccional y no fiscal.

Ahora bien sobre la teoría del caso, solo un entrevistado desgaja sus elementos mientras que el resto desconoce su contenido, enreda el concepto con otras definiciones como circunstancias del hecho precedente, concomitante y posterior, juicio de tipicidad puro, imputación necesaria, determinación de la verosimilitud del hecho, actuación imparcial.

Sobre la aplicación del rol normativo fiscal, ningún entrevistado delimita el estatus funcional del operador fiscal y los deberes que comportan en relación al proceso, todos incurren en generalidades desconectadas del tema, como jurisdicción competencia y especialidad, gobierno personal y otras vaguedades sin utilidad, siendo claro por tanto el desconocimiento de los propios operadores de sus obligaciones en relación a la investigación y el sistema.

Finalmente, de modo unánime los entrevistados -señores fiscales- responden que la apertura o formalización de la investigación, siempre está planificada por el "Enfoque Sistémico" sin embargo ninguno explica la vinculación del sistema penal con el componente denominado "investigación preparatoria", dejando relucir una respuesta superficial sin contenido teórico.

De otro lado se confirma el predominante enfoque asistémico o intuitivo de los señores fiscales de la fiscalía penal de Concepción, revisado de modo intencional la Carpeta Fiscal 433-2015, relacionada a un presunto delito de usurpación agravada, cuyos actos de investigación preliminar y preparatoria extendidos del 2015 al 2019, no tuvieron un apego serio a la teoría dogmática del delito, tampoco al objeto de la prueba y débilmente privilegió el rol normativo fiscal. Vease, que se aplicó parcialmente los saberes de la tipicidad como categoría del delito y la punibilidad para efectos de planificación de la investigación, mientras que resulto notorio que nunca se aplicó actos de investigación relacionados a la antijuricidad, culpabilidad imputación objetiva y determinación de la autoría. Así mismo nunca se aplicó, el objeto de la prueba como instrumento de planificación y desarrollo en los actos de investigación. Respecto del Rol normativo del fiscal en la planificación de los actos de investigación prima el criterio objetivo, nunca aplicó el deber de eficacia -repitió innecesariamente la toma de testimoniales sin aporte específico- y parcialmente aplicó el deber de objetividad, el deber de carga de la prueba y el deber de prueba de descargo. Esta investigación demoro cuatro años con actos de investigación inútiles sin aporte al esclarecimiento del conflicto o averiguación de la verdad, tiempo que pudo dedicado al trámite de otros casos si se manejara un enfoque sistémico serio.

#### **Tabla 4**

##### *Resultado consolidado de análisis de carpeta fiscal*

Reg fiscal N°433-2015 Actos de investigación	Investigación Preparatoria	Tiempo 5 años Sujeto 4 sujetos Delito usurpación Diligencias 39
Teoría del delito	Tipicidad Antijuricidad Culpabilidad Punibilidad	Aplica parcialmente Nunca aplica Nunca aplica Nunca aplica

Objeto de prueba	Hecho imputativo	Nunca aplica
	Punibilidad	Aplica parcialmente
	Reparación civil	Nunca aplica
	Deber eficacia	Nunca Aplica
Rol del fiscal	Deber objetivo	Aplica parcialmente
	Criterio objetivo	Aplica siempre
	Carga Prueba	Aplica parcialmente

---

Fuente: Elaboración propia

#### 4.1.4. Fundamento, característica y condición de aplicación del enfoque sistémico en la investigación preparatoria

**Tabla 5**

*Fundamentos de enfoque sistémico*

Enfoque Sistémico	
Fundamento	Teoría de sistemas
Característica	Empleo del paradigma de la complejidad
Condición	Abandonar mirada intuitiva

Fuente elaboración propia

Este enfoque considera que la investigación preparatoria es un cuerpo complejo cuyo tratamiento debe abordarse en función al sistema penal, reconoce previamente la existencia de sistemas concurrentes -penal sustancial y procesal penal-. Es claro que en el estudio de los sistemas es crucial la forma en que cada una de las partes o elementos que lo conforman se interrelacionan y cómo las conductas de cada uno de estos aspectos se influyen de forma mutua. No es posible comprender ni explicar el funcionamiento de un sistema si no se concibe como un todo unificado. Al aplicar esta teoría a la explicación de un determinado objeto, proceso o fenómeno de la realidad objetiva, se tienen que expresar todos los elementos que constituyen dicha teoría, en su conjunto y de forma expresa.

Caracteriza al enfoque sistémico el empleo del paradigma de la complejidad, no excluye al paradigma de la simplicidad, sino que tomándolo de base complementa su visión integradora. De acuerdo al paradigma de la complejidad la realidad se observa con un sentido expansivo y de síntesis, su explicación también ingresa a través del enfoque. Para mejor comprensión de esta característica, tenemos que según el paradigma de la simplicidad la investigación preparatoria, se mira de modo reducido, es decir hacia adentro, centra su atención en la estructura y cómo funcionan sus elementos, mientras que según el paradigma de la complejidad, la investigación preparatoria traza su mirada hacia el sistema, es decir afuera de sus

elementos, concentrado en el propósito y en el por qué sus elementos operan como lo hacen, por tanto, el enfoque se caracteriza por lo complejo, no se aparta de la simplicidad pero la complementa.

Es condición para la aplicación del enfoque sistémico abandonar la mirada intuitiva, tradicional personalísima o básica corazonada del operador fiscal y reemplazarla por una mirada más racional de la investigación preparatoria, esta nueva mirada de la realidad tiene su condición en la adecuada comprensión del paradigma de la complejidad y el reconocimiento de pertenencia al sistema como operador jurídico de conflictos penales.

## **4.2. Análisis de los resultados**

Examinada la información bibliográfica diversa, relacionada con la teoría de los sistemas y teoría de la acción penal pública, contrastada a su vez con la información intencionado -en campo- de una carpeta fiscal y las entrevistas sostenida con todos los fiscales del despacho corporativo de la provincia de Concepción, se tiene en claro cuatro puntos.

### **4.2.1. Propuesta de aplicación del enfoque sistémico:**

La propuesta de aplicación del enfoque sistémico va dirigida al operador fiscal, no se equipara a una propuesta legislativa -pensada en robustecer la legislación procesal-, tampoco tiene espíritu de un manual o protocolo rígido, pues toca lo que tanto se critica -evitar la automaticidad-, principalmente esta propuesta funge de oportunidad reflexiva para romper patrones instalados por el operador fiscal -acciones heurísticas- en el desarrollo de sus investigaciones, que han invisibilizado los saberes de la teoría dogmática del delito, el objeto de la prueba y los deberes implícitos al rol normativo fiscal, tópicos relegados o asumidos como inexistentes. Esta distribución tripartita de saberes son los que en realidad sostienen la propuesta del enfoque integrador de la investigación preparatoria.

La propuesta se inicia ubicando a la investigación preparatoria en el primer eslabón de una estructura del proceso, delimita sus fases diferenciadas -preliminar y preparatoria- y resalta la finalidad externa de la averiguación de la verdad.

Esta propuesta “Enfoque sistémico aplicado a la investigación preparatoria” será compilado en un documento que eventualmente llevará el nombre de “Pauta sugerente de actuación fiscal” explicado en dos momentos: Primero a nivel preliminar: Comporta “diseñar actos de investigación” en orden al “tratamiento dogmático” del hecho, para ello debe seguirse los siguientes pasos: i) adecuada calificación típica del hecho aunque sea temporal - dominio temático de concurso ideal, real y aparente-, ii) descarte de causas de justificación o inculpabilidad, iv) manejo de criterios de imputación objetiva y v) manejo de teorías de dominio de hecho e infracción del deber. Estos pasos estarán sujetos al tipo de delito que se investiga y al tipo de hecho que se conozca. Cabe precisar que este tratamiento acompaña los actos de investigación urgentes e inaplazables propios de esta fase. Segundo a nivel preparatorio: Comporta “diseñar actos de investigación” cuyo objetivo sea el “objeto de prueba”, para ello debe transitarse por: i) agotar la reconstrucción del hecho imputado con todas sus circunstancias, ii) adecuada ponderación de la pena y iii) responsabilidad civil derivada del delito. Estos pasos tampoco son ineludibles, estarán sujetos al orden metodológico de la investigación preliminar. Cabe precisar que este tratamiento acompaña los actos de investigación de cargo y de descargo propios de esta fase.

#### **4.2.2. Definición de enfoques empleados**

En el desarrollo de la investigación preparatoria se pueden distinguir dos enfoques claros que determinan la toma de decisiones por parte del operador fiscal, se tiene por un lado el enfoque sistémico que mira la investigación en relación al sistema y por el otro el enfoque

asistémico que mira la investigación en relación a su íntima convicción.

El “Enfoque Sistémico” es definido a partir de cuatro temas condicionantes de su aplicación que de modo integrado, simultáneo, sucesivo o intermitente muestran los subsistemas -penal procesal penal- que conforman el sistema penal, de ningún modo es satisfactorio con el enfoque sistémico el empleo aislado o individual de estos saberes. El enfoque comprende: i) La investigación preparatoria, basada en la teoría dogmática del delito, regida por los elementos del delito (tipicidad, culpabilidad y punibilidad), los criterios modernos de la imputación objetiva y los criterios de aplicación de la teoría del dominio del hecho y la infracción del deber, cómo saberes sustanciales más relevantes. Las fuentes se encuentran principalmente en la doctrina y la ley penal, responde al subsistema penal sustancial. ii) La investigación preparatoria, basada en el objeto de la prueba, orientada en la construcción del hecho objeto de imputación, ponderación de la pena y responsabilidad civil derivada del delito. La fuente se encuentra principalmente en la ley procesal, responde al subsistema procesal penal. iii) La investigación preparatoria basada en el rol normativo del fiscal, enrumba el caso a partir de la titularidad en el ejercicio público de la acción, deber de la carga de la prueba, deber de investigar las circunstancias que eximen o atenúan responsabilidad, conducción jurídica de la investigación, actuación decidida en favor de la sociedad, obligación procesal destinada a identificar tipos de autores, criterio objetivo, deber de eficacia sostenido en estrategia, defensor de la legalidad y elevada calidad de sus servicios. La Fuente se encuentra principalmente en la ley procesal y norma constitucional, responde al subsistema procesal penal. iv) La Investigación preparatoria basada en las pautas de la teoría del caso y regida por sus elementos fáctico, jurídico y probatorio. Su fuente es doctrinal responde a una marcada inclinación adversarial, tiene importancia en el orden metodológico

que imprime al caso, ya que permite definir el hecho delictual (con lineamiento de imputación necesaria), subsumirlo por premisas con el juicio de tipicidad y concatenarlo con un medio probatorio específico, si bien forma parte de una estrategia de litigación oral es también válido para efectos de planificación de la investigación preparatoria.

Por otra parte se encuentra el “Enfoque Asistémico o intuitivo”, definido por sus principales manifestaciones recaídas en el pensamiento causal de la acción, en la ausencia de metodologías definidas para conducir la investigación y en el privilegio de la responsabilidad objetiva como parámetro de investigación, este enfoque tiene una percepción sesgada, reducida, simple de la investigación preparatoria se oculta bajo la careta del “criterio objetivo” y “libertad probatoria” del fiscal -ambos de fuente legal-, mostrándose arbitrario, excesivamente personalizado -abandonado a la convicción del operador- inconexo con los fines del proceso -la averiguación de la verdad-, la norma penal -aplicación sustantiva- y en general con el sistema penal traduciéndose en actuaciones teatrales, ritualiza y exacerbadas en el formalismo.

#### **4.2.3. Verificación del desarrollo de los enfoques:**

Se verifico en la fiscalía provincial penal corporativa de Concepción el desarrolla preminente del enfoque asistemático o intuitivo, se advierte de la entrevista de seis fiscales, todos afirman seguir un enfoque específico para la planificación de los actos de investigación, sin embargo ninguno de manera detallada explica en qué consiste dicho enfoque empleado, encontrando en la mayoría confusión, equiparan enfoque como imputación necesaria, enfoque como requisitos de la admisión de la prueba, enfoque como punto de vista, enfoque como estructura del caso y enfoque como coordinación institucional. Situación preocupante pues denota en su posición, un desconocimiento supino de los fines de la investigación preparatoria en relación al sistema penal.

Esta situación es confirmada de la revisión intencionada de la carpeta fiscal 433-2015 caso de usurpación agravada, cuyos actos de investigación preliminar y preparatoria se extendió del 2015 al 2019, sin apego serio a la teoría dogmática del delito tampoco al objeto de la prueba y débilmente privilegiando el rol normativo fiscal. Véase, qué se aplicó parcialmente los saberes de la tipicidad como categoría del delito y la punibilidad para efectos de planificación de la investigación, mientras que resulta predominante que nunca se aplicó actos de investigación relacionados a la antijuricidad, culpabilidad imputación objetiva y determinación de la autoría. Así mismo nunca se aplicó, el objeto de la prueba como instrumento de planificación y desarrollo en los actos de investigación. Respecto del Rol normativo del fiscal en la planificación de los actos de investigación prima el criterio objetivo, nunca aplicó el deber de eficacia -repite innecesariamente la toma de testimoniales sin aporte específico- y parcialmente aplicó el deber de objetividad, el deber de carga de la prueba y el deber de prueba de descargo.

Respecto de la aplicación de la teoría dogmática del delito en la planificación de actos de investigación todos los fiscales respondieron manejar dicho saber, sin embargo sólo uno señala la necesidad de planificar para determinar las categorías del tipo penal, el resto incurre en imprecisiones, redundancias -repite el texto de la pregunta -y equivocaciones como la equivalencia de dogmática y derechos fundamentales. En relación al objeto de la prueba ninguna entrevista delimita el contenido del objeto de la prueba ni sus desglosado por lo general es confundido con una categoría del delito culpabilidad o con una competencia jurisdiccional y no fiscal. Ahora bien sobre la teoría del caso, solo un entrevistado desglosa sus elementos mientras que el resto desconoce su contenido, enreda el concepto con otras definiciones como circunstancias del hecho precedente, concomitante y posterior, juicio de tipicidad puro, imputación necesaria, determinación de la verosimilitud del hecho, actuación imparcial.

Respecto de la aplicación del rol normativo fiscal, ningún entrevistado delimita el estatus funcional del operador fiscal y los deberes que comportan en relación al proceso, todos incurren en generalidades desconectadas del tema, cómo jurisdicción competencia y especialidad, gobierno personal y otras vaguedades sin utilidad, siendo claro por tanto el desconocimiento de los propios operadores de sus obligaciones en relación a la investigación y el sistema. Finalmente, de modo unánime los entrevistados -señores fiscales- responden que la apertura o formalización de la investigación, siempre está planificada por el “Enfoque Sistémico” sin embargo ninguno explica la vinculación del sistema penal con el componente denominado “investigación preparatoria”, dejando relucir una respuesta superficial sin contenido teórico.

#### **4.2.4. Establecer fundamentos características y condiciones:**

El enfoque sistémico en general permite abordar el problema de la complejidad -paradigma- a través de una forma de pensamiento basada en la totalidad y sus propiedades. Dicho expresamente el enfoque sistémico tiene como punto principal el concepto del sistema que es un conjunto de elementos interrelacionados con un objetivo común. “De esta manera, se comprende que el enfoque de sistema se reconoce como la aplicación de la teoría general de sistemas, a consideración del autor, tiene un acento distintivo en lo que respecta al valor de análisis y síntesis de la expresión funcional y estructural Como se ve el fundamento del enfoque sistémico recae en el manejo del paradigma de la complejidad, que opera como complemento del paradigma de la simplicidad, es decir este enfoque considera que la investigación preparatoria es un cuerpo complejo cuyo tratamiento debe realizarse en función al sistema penal al cual pertenece, reconoce para ello la existencia de subsistemas concurrentes -penal sustancial y procesal penal- a este sistema principal. La principal característica del enfoque sistémico se resume en dos lecturas fundamentales, estructural que abarca la identificación del interior del

sistema detallando los componentes estructura y funciones a modo de radiografía del sistema; e integral o extensivo que consiste en la evaluación del funcionamiento del sistema y la pertinencia y efectividad de sus componentes. Las condiciones para aplicar el enfoque sistémico dependerán de la integración de saberes que el operador fiscal, emplee para el tratamiento del hecho delictual según el tipo de delito en el que se enmarque.

### **4.3. Discusión de resultados**

Aperturada la discusión cabe dejar sentado una idea básica de la teoría esbozada por Niklas Luhmann, que cuándo se hace teoría o dogmática propia del derecho penal no corresponde distanciarse de los datos o elementos del sistema de lo contrario la doctrina resultará incomprendida o simplemente rechazada por irrelevante, por tal motivo debe quedar claro que cuando se examina el funcionamiento de un específico sistema, bajo el lente o líneas de la teoría de sistemas, no se quita ningún elemento del sistema en cuestión sino que se describe como tal la estructura y sus interrelaciones.

#### **4.3.1. Respecto del primer resultado**

Bajo esa precisión, el resultado del primer problema de esta tesis, deja en claro que el enfoque sistémico aplicado a la investigación preparatoria debe darse bajo tres pasos específicos, Nieto (2013) los resume; i) identificar un sistema del cual el objeto por explicar es una parte, ii) explicar el comportamiento o propiedades del sistema; y iii) explicar el comportamiento o propiedades del objeto en términos de su función o papel dentro del sistema. Ahora bien si el primer paso es la definición del sistema entonces es indispensable recurrir a la identificación de sus veinte categorías, Arriaga (2003) siguiendo la doctrina Luhmaniana los resume del modo siguiente: i) sistema, ii) estructura, iii) componentes, iv) frontera, v) contexto, vi) medio ambiente, vii) propósito u objetivo; viii) funciones, ix) totalidad, x) recursividad, xi) subsistema; xii) entropía, xiii) negaentropía, xiv) homeostasia, xv) sinergia, xvi) autopoiesis, xvii) niveles estructurales,

xix) jerarquía y xx) complejidad; tales contenidos propios de la teoría sistémica deben ser reconocidos teóricamente pero no son instrumentos condicionantes del enfoque ya que rebasan la generalidad de este, cabe señalar que el enfoque y la teoría son expresiones del conocimiento en torno al sistema diferentes ya que la teoría es una herramienta de estudio que va de lo complejo a lo simple, del todo a las partes; mientras que el enfoque es un elemento de síntesis ya que va de lo simple a lo complejo, de las partes al todo, afirma (Martínez, 1990). La diferencia semántica radica en el nivel de profundización. En consecuencia, las categorías arriba mencionadas para efectos de aplicación del enfoque no requieren desarrollo completo, si no solo el contenido de alguno de estos pues el enfoque no se propone hurgar en las bases de la teoría sino explicar algunas manifestaciones de estas. De otra parte, la corriente de la última década Martínez (2011), señala que los sistemas pueden ser estudiados desde diferentes puntos de vista, se consideró cuatro de manera detallada; 1) elementos, 2) conexiones, 3) comportamientos y 4) puntos de vista, dichos puntos son reiterativos en cuanto a comportamiento y conexiones, no se puede describir un comportamiento si no es a través de sus conexiones, por lo que la elección de este camino es poco práctico y muy abstracto, es por ello que la pauta de Nieto resulta la más comprensible de aplicar, se respalda en el paradigma de la complejidad y toma valor de análisis y síntesis la expresión estructural y funcional, por su parte De la Peña y Velázquez (2018), señalan que las cuestiones referidas al sistema y sus subsistemas, también puede argumentarse y explicarse a partir de la interacción entre las categorías filosóficas de lo universal, lo particular, lo singular, categorías que expresan las vinculaciones objetivas del mundo y las etapas de su conocimiento.

Este primer resultado, es coincidente en parte con las conclusiones que muestra la investigación de Rodríguez (2017), quién aborda el instituto de “la investigación preparatoria relacionado con la acusación

fiscal” -acción penal-, cuya conclusión principal señala que la acusación tiene relación significativa y moderada con la investigación penal, situación que puede parecer una obviedad para cualquier lector, pero para esta investigación es fundamental pues identifica sin proponérselo el empleo de una pauta analítica -simple y reduccionista-, propia del paradigma de la simplicidad, primer escalón del enfoque sistémico, ello se manifiesta en la descomposición que hace el autor de dos elementos de un mismo sistema -investigación y acusación- con el objeto de definir su interrelación funcional, pero de cara al interior, encontrándose incompleto el enfoque pues no existe definición del papel de estos componentes frente al sistema, cuestión que no se logra pues la visión del tesista en aquel antecedente apostó por el análisis y no por la síntesis. En la misma línea, la tesis desarrollada por Izaga (2017) denominada “Importancia de la investigación en los delitos de corrupción”, coincide con el resultado antes descrito señala que el desarrollo apropiado de la investigación preparatoria, incide significativamente en la demostración de los delitos; esto trae varias lecturas puede comprenderse entonces a la investigación como base del proceso, a la investigación como fuente de imputación o a la investigación como la demostración del delito, quiere decir en definitiva que la investigación penal es un escalón estructurado del sistema procesal destinado a promover la debida aplicación de la norma penal; aquí también clarísima vinculación de dos componentes que trabajan a un mismo norte sistémico norma procesal y norma penal. Aquí se toca las dos categorías de la presente investigación “enfoque sistémico” e “investigación preparatoria”

#### **4.3.2. Respecto del segundo resultado**

En el segundo resultado, se tiene dos tipologías de investigación preparatoria, “sistémica y a sistémica”, la primera está orientada a interpretar la investigación como un componente del sistema es decir asume a la investigación desde un plano más racional -estructuralista y funcional- que explica técnicamente el papel de la investigación

preparatoria en relación al proceso y los otros niveles sistémicos; mientras que la segunda tiene como principal característica interpretar a la investigación desde un plano personalísimo emotivo sujeto al mandamientos intuitivo y la corazonada del operador alejada de cualquier contrastación con la función del sistema.

En esa línea, el plano internacional, refiere en la investigación denominada “Relación del derecho penal con el derecho procesal penal”, escrita por Vera (2017) y publicada a través Institución CONICYT Chile, dos muy interesantes conclusiones coincidentes con la tipología del enfoque sistémico; primero, señala que una visión global o de conjunto del proceso penal respecto al sistema de justicia penal permite entender de mejor forma la operatividad del mismo y segundo, la asunción de una configuración sincrónica o de retroalimentación entre derecho penal y derecho procesal penal, lejos de perjudicar la autonomía, genera una visión más realista de lo que sucede en los tribunales. Dicho antecedente no es expreso en el empleo del enfoque sistémico, pero deja notar los mismos pasos fijados por Nieto (2013), se remite a identificar el sistema luego la función y finalmente la interrelación de los componentes que lo conforman, resaltándose la función a partir de la relación hallada entre norma penal y la norma procesal penal, análisis teórico que coincide con las subcategorías del presente trabajo de investigación i) elementos del delito - representa la norma penal-, ii) objeto de prueba -representa norma procesal-, y iii) rol del fiscal que como norma extrapenal se encarga de ligar ambas normas. En el antecedente en discusión se advierte una novedoso propuesta consistente en elaborar una metodología del derecho procesal penal que considere o se halle en la misma sintonía con los principios derecho penal, lo que confirma que las radicales separaciones entre ambos sistemas son autónomamente teóricas pero prácticamente innecesarias, ya antes también lo había señalado Gomez (2001) en su Tratado de Derecho Procesal Penal y ahora se reafirma en el enfoque sistémico

-la interrelación de los componentes es lo que mantiene vivo al sistema-.

#### **4.3.3. Respecto del tercer resultado**

En lo que respecta al tercer resultado se confirma que los operadores fiscales de la provincia de Concepción no tienen claro el enfoque sistémico, predominando el manejo de las investigaciones preparatorias sin metodología definida es decir gobernadas por su intuición y creencia personal, en dicho plano la tesis de Pozo 2015, determina que una de las principales causas de la deficiente investigación fiscal en la región Huánuco, radica en la inadecuada calificación de hechos, pues se aperturan casos de innecesaria investigación que no tienen proyección de éxito, lo que a la larga tiene implicancias en la vulneración de la tutela procesal efectiva, esta conclusión es coincidente con el resultado del presente trabajo pues la presencia de una investigación deficiente originada en el manejo intuitivo del operador, no es exclusiva de Concepción sino es repetida en otras latitudes como la región Huánuco, donde adolecen de una planificación estratégica, sistémica, integradora de los actos de investigación, inapropiada calificación de los hechos y desvinculación con el tratamiento dogmático del delito el objeto de la prueba y el cumplimiento del rol fiscal.

Igualmente el antecedente de tesis elaborado por Nación (2017) “vulneración del principio de imputación necesaria en la investigación preparatoria en el distrito de Huánuco” concluye que el archivo y sobreseimiento de diversas investigaciones se origina en la falta de construcción de una imputación necesaria teniendo que la imputación resulta siempre deficiente, dicho antecedente es ilustrativo cuando relaciona la construcción de la imputación suficiente bajo el desarrollo serio de las primeras diligencias por lo que la inobservancia de una adecuada indagación del hecho trae como consecuencia una deficiencias de imputación; tal cuestión tiene coincidencia con los

resultados de campo “predominancia de una investigación intuitiva”, lo que quiere decir que si las investigaciones fiscales adoptan una planificación asistémica, no integral- bajo actos de investigación inconexo con los elementos del delito -sistema sustancial-, objeto de la prueba -sistema procesal- y el rol del fiscal, la imputación necesaria siempre será una debilidad pues la importancia de definir el hecho punible y su calificación técnica, no es un estándar de un enfoque sistémico.

#### **4.3.4. Respecto del cuarto resultado**

Finalmente, en el cuarto resultado se encuentra el fundamento del enfoque sistémico conformado por la teoría de sistemas, cuya característica principal se resume en el paradigma de la complejidad, la aplicación de este enfoque permite explicar la función de la investigación preparatoria en relación al proceso penal, es decir que exhumando su estructura y función, se sintetiza su relación de componente frente al sistema -de investigación preparatoria a proceso penal quiere decir-. La condición para aplicar este enfoque radica en la incorporación de un nuevo paradigma del operador fiscal denominado “paradigma de la complejidad”, que le permite conducir la investigación preparatoria, interrelacionando la norma penal y la norma procesal es decir triangulando los elementos del delito, objeto de la prueba y rol del fiscal para los acto de investigación que se proponga; este resultado no es pacífico, pues existen posiciones divergentes que apuntan a otro estilo de pensamiento, por ejemplo Bustamante (2017) en la tesis “Reforma Constitucional para establecer un innovador modelo de investigación preliminar del delito y afianzar la función de la policía nacional”, propone un retroceso en la visión de los roles compartidos en la investigación delictual, pues no cree desde su tesis, la capital función del Ministerio Público, considerando que el desarrollo de la investigación es estrictamente práctica y no jurídica, deja en un segundo plano la interrelación de la norma penal y la norma procesal, función propia de un operador

instruido jurídicamente que para el caso no lo es la Policía Nacional, cree entonces que la Policía Nacional a partir de una modificación constitucional, cumpliría un rol jurídico frente al esclarecimiento del conflicto y determinación de la verdad, cuestión incompatible que solo puede adoptarse en la medida que se modifique simultáneamente este y otros componentes del actual sistema penal, por tanto el estatus normativo de la policía nacional dejaría de ser tal para habilitarle deberes de representación de la sociedad y un seguro dominio jurídico de los eventos delictuales, tema que histórica y culturalmente nuestro Estado no adoptó, por ello el constituyente el diseñó para la policía nacional la función de coadyuvar con el orden interno y asistir a los órganos Fiscales, en consecuencia la propuesta de una reforma constitucional implica una involución en la visión sistémica. Cabe precisar que el presente trabajo no tiene propósitos de modificación del sistema sino de interpretación del sistema según la pauta introductoria de este título.

## Conclusiones

1. La propuesta del enfoque tiene que ver con la “producción de la prueba” es decir con la investigación preparatoria, ámbito en el que la decisión fiscal, debe ceñirse a una ruta sistémica responder con racionalidad al descubrimiento de la verdad en el proceso. Para ello la investigación preparatoria debe ser comprendida y explicada desde el paradigma de la complejidad y los sistemas. En la práctica, se considera tres temas normativos que todo acto de investigación debe interrelacionar: i) tratamiento dogmático del delito -con el sistema penal sustancial-, ii) tratamiento del objeto de la prueba -interrelación con el sistema procesal penal y iii) tratamiento del rol normativo del operador fiscal que liga los dos anteriores.
2. Los enfoques que se emplean en la investigación preparatoria son de dos tipos, enfoque que responde al sistema penal -esta subdividido en tres manifestaciones- y enfoque que responden a la intuición del operador fiscal.
3. El desarrollo de los enfoques en las investigaciones preparatorias en la fiscalía penal de Concepción es predominantemente intuitivo - asistémico, no responde a parámetros metodológicos o coherentes con el sistema penal.
4. Es fundamento del enfoque sistémico la teoría de sistemas, este enfoque se caracteriza por el empleo de la síntesis -paradigma de la complejidad-, su aplicación está condicionada al abandono de la mirada intuitiva o la simple corazonada del operador fiscal con el que gestiona la investigación de los delitos en su función tradicional, debiendo reemplazarla por una visión compleja e integradora de la investigación preparatoria como realidad normativa en función al sistema procesal y sistema penal.

## **Recomendaciones**

1. A las facultades de derecho de las universidades públicas y privadas del Perú, incluir en la curricula talleres de integración de norma procesal y sustancia penal con atención del “Rol y visión sistémica del fiscal en el proceso penal.”
2. A la Escuela del Ministerio Público, incidir en los temas de “Investigación preparatoria y dogmática del delito”
3. A la Fiscalía de la Nación, promover plenos distritales fiscales que interpreten el “criterio objetivo del fiscal”
4. Al Ministerio Público, evaluar la elaboración de extensos protocolos de actuación de índole analítica e incidir en lineamientos síntesis que integran rol del operador fiscal en el proceso.

## Referencias Bibliográficas

- Ackoff, R. (2004). *El paradigma de Ackoff*. Mexico. Limusa.
- Alexy, R. (1999). *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1999, pág 240-241
- Aranzamendi, L. (2008). *Investigación Jurídica*. 2da edición. Lima, Perú: Edición. ADRUS
- Arpasi, P. (2018). *Constitucionalidad de los actos de investigación ordenados por el juez de investigación preparatoria, regulación y tratamiento en el derecho comparado*. Tesis, Escuela de Post Grado, Universidad Nacional del Altiplano. Puno.
- Arriaga, E. (2003). *La Teoría de Niklas Luhmann*. ¿Centro de Innovación Desarrollo e Investigación Educativa (CIDIE) Universidad de México Recuperado (bonga.unisimon.edu.co/bitstream/handle/20.500.12442/3945/Metateoria\_Praxis\_Tomol.pdf?sequence=1&isAllowed=y#page=12)
- Barberousse, P. (2008), Fundamentos teóricos del pensamiento complejo de Edgar Morin. *Revista Educare Universidad Nacional de Costa Rica*, (12), 95-113. Recuperado el 14 de setiembre de 2021 de <https://www.redalyc.org/pdf/1941/194114586009.pdf>.
- Binder, A. (2000). *Introducción al Derecho Procesal Penal*. AD-HOC Argentina.
- Ministerio Publico (2019). *Boletín Estadístico del Ministerio Publico*. Oficina de Estadística. [https://fiscalia.gob.pe/Docs/0/files/boletin\\_estadistico](https://fiscalia.gob.pe/Docs/0/files/boletin_estadistico).
- Poder Judicial (2015). *Informe Estadístico Nacional 2006-2015*. Ministerio de Justicia. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1526189/III-INFORME-ESTADI%CC%81STICO.pdf.pdf>
- Juzgado de Investigación Preparatoria de Concepción. *Resumen Estadístico de hitos 2019*. Formulario de carga y producción.
- Bustos Rubio, M. (2015). Más allá del injusto culpable: los presupuestos de la punibilidad. *Estudios Penales Y Criminológicos* (Recuperado a partir de <https://revistas.usc.gal/index.php/epc/article/view/2425>)
- Bustamante, B. R. (2017) *Reforma Constitucional para establecer un innovador*

- modelo de investigación preliminar del delito y afianzar la función de investigación de la Policía Nacional, en el marco del proceso penal Lima. Tesis. Post Grado, Universidad San Martín de Porres. Lima.*
- Cancio Meliá, M. (1999) *Lineas básicas de la teoría de imputación objetiva*. Universidad Autónoma de Madrid.
  - Crescencio, E. (2000) Sistema penal y problemas sociales [Archivo PDF]. [https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/31172585/Bergalli\\_control\\_social-with-cover-page-v2.pdf](https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/31172585/Bergalli_control_social-with-cover-page-v2.pdf)
  - Constitución Política del Perú. Artículo 158 de diciembre de 1993 (Perú).
  - Decreto Legislativo N°957. Libro Tercero julio de 2004 (Perú)
  - De la Fuente, J. (1997) *El lenguaje desde la biología del amor, literatura lingüística*. Recuperado de <https://dx.doi.org/10.4067/S0716-58111997001000009>
  - De la Peña Consuegra, G. y Velásquez Ávila, R. (2018). Algunas reflexiones sobre la teoría general de sistemas y el enfoque sistémico en las investigaciones científicas. *Revista Cubana de Educación Superior*, (2), 31-44
  - De la Villa Moral Jimenez, M. (2016). Conceptos básicos del paradigma de la complejidad aplicados a la cuestión del método en Psicología Social. *Summa Psicológica UST Universidad Oviedo de España*, (14), 12-22.
  - Franco Loo, E. (2010) Importancia de la acción penal pública en el derecho procesal penal (Recuperado a partir de [https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2010/10/27\\_81a116.pdf](https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2010/10/27_81a116.pdf))
  - Fiscalía de la Nación-Peru, (2012). Manual para el desarrollo del Plan de Investigación (recuperado [https://www.mpf.n.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/3534 mp\\_ma\\_nuales](https://www.mpf.n.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/3534_mp_ma_nuales).)
  - Fiscalía General de la República San Salvador (2009) Plan Estratégico de Investigación (recuperado de la Fiscalía General de la República y la Policía Nacional Civil (recuperado de <https://www.unodc.org/documents/colombia/2013/diciembre/PLAN ESTRATEGICO DE INVESTIGACION EL Salvador.pdf>)

- Fuentes, H. y Matos, E. (2004). *El proceso de investigación científica, desde un pensamiento dialéctico hermenéutico: reto actual de la formación de doctores*. Documento de trabajo inédito de la Cátedra Manuel Grant. Universidad de Oriente, Santiago de Cuba.
- García, S. (2019). Objeto y fines del proceso penal. Revista Jurídica de la Universidad Nacional Autónoma de México, recuperado de <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/reforma-judicial/issue/archive>
- Guevara, O.(2013).*Análisis de proceso de enseñanza aprendizaje de la Disciplina Proyecto Arquitectónico en la carrera de Arquitectura, en el contexto de aula*. Tesis doctoral de la universidad autónoma de Barcelona.
- Gómez López, J. (2001) *Tratado de derecho penal*. Colombia Ediciones doctrina y Ley.
- Gonzalez Lagier, D. (2021). *Emociones sin sentimiento*. Ediciones Palestra. Lima-Peru
- Gonzales, F. (2005). ¿Qué es un paradigma? Análisis teórico, conceptual y psicolingüístico del término. Revista Investigación y Postgrado, (20), 13-54. Recuperado el 14 de setiembre de 2021, de <http://ve.scielo.org/scielo.php?pid=S1316-00872005000100002&script=sci>
- Gutbourg, A. (1999) *Pensar en las normas* “Buenos Aires; Eudeba,1999,p.175.
- Hernández, R., Batista, L., Collado, C. (2010) *Metodología de la investigación*. México. McGraw-Hill. Hernández, R., Batista, L., Collado, C. (2016) Procesos de la investigación científica-cualitativa. .Centro de Investigación y del Doctorado en Administración de la Universidad de Celaya.MC Graw Hill Education
- Huamán Castellares, D. O. (2013) *El sistema integral del derecho penal*.Tesis Pontificia, Universidad Católica del Peru]
- Izaga, P. J. (2017) *La investigación denominada “Importancia de la Izcara, P, S.(2014 ) Manual de Investigación Cualitativa*. Fondo Mixto de Fomento a la Investigación Científica y Tecnológica de Tamaulipas. Editorial Fontamana.
- Izcara, P. (2014) Manual de investigación cualitativa. Fondo Mixto de Fomento a la investigación científica y tecnológica de Tamaulipas. Editorial Fontamana
- Jacobs, G. (1997) *Estudios de Derecho Penal*. Universidad de Bonn
- Ley Orgánica del Ministerio Publico. Artículo 5 marzo de 1981 (Perú).

- Luengo, E. (2008). *La simplicidad del método científico y la complejidad de lo real*. Ministerio de Ciencia t tecnología de Venezuela. ITESO,A.C
- Luhmann, N. (2006). *El derecho de la sociedad*. Quinta del Agua Ediciones
- Martínez. (1990). *El enfoque de sistemas aplicado a la organización de la formación profesional en México*. Cuaderno de planeación universitaria. Ciudad de México.
- Martínez, M. (2011). El paradigma sistémico, la complejidad y la transdisciplinariedad como bases epistemológicas de la investigación cualitativa. *Revista Electrónica de Humanidades, Educación y Comunicación Social*, 6 (11), 8-9. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4171976>
- Munne, F. (2004). El retorno de la complejidad y la nueva imagen del ser humano: hacia una Psicología Compleja. *Revista Interamericana de Psicología/Interamerican Journal of Psychology*. Recuperado. de <http://www.redalyc.org/pdf/284/28438104.pdf>
- Nación, A. C. (2017). *Vulneración al principio de imputación necesaria en la investigación preparatoria, en el distrito judicia l de Huánuco*. Tesis, Universidad de Huánuco.
- Nieto Licht, C. (2013). Enfoque sistémico en los procesos de gestión humana. *Revista Escuela de Administración de Negocios Institución Universitaria Bogotá Colombia*, (74), 120-137
- Nieva Fenoll, J. (2012). *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*. Universidad de Barcelona España
- Pérez Corrales, S. (2017) *Metodología de la investigación aplicada en la investigación penal* (recuperado de <https://repository.usc.edu.co/handle/20.500.12421/1545>)
- Pineda, M. Cirilo. (2016) *Las Garantías del Debido Proceso en la Investigación PreProcesal y Procesal Penal* .Tesis de maestría, Universidad Técnica Particular de Loja.
- Ponce Villa, M. (2019). *La epistemología del Procedimiento Penal Acusatorio y Oral*.
- Pozo, C. M. (2015). *Vulneración a la tutela procesal efectiva en la investigación*

*fiscal en los delitos comunes en la Sala Liquidadora de la Corte Superior de Huánuco.* Tesis, Universidad Nacional Herminio Valdizán de Huánuco.

- Programa de Asistencia Legal para América Latina y el Caribe – ONU (2005). Planeación de la Investigación y Programa Metodológico Planeación de la investigación y Programa Metodológico. Bogota Colombia, (recuperado de [https://www.unodc.org/documents/colombia/2013/diciembre/Planeacion\\_de\\_la\\_investigacion\\_\\_Colombia.pdf](https://www.unodc.org/documents/colombia/2013/diciembre/Planeacion_de_la_investigacion__Colombia.pdf)).
- Ribotta, S. (2012) . Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Revista Electrónica Iberoamericana, 2 (6), 27-28 <http://www.urjc.es/ceib/>
- Rodríguez, P. S. (2017). *La investigación preparatoria y la acusación fiscal en el distrito judicial de Huaura.* Tesis postgrado. Universidad Cesar Vallejo, Lima Norte.
- Roxin, Cl.(2014) Derecho Penal Parte General II.Tomson Reuters. Pamplona España
- Talavera Elguera, P. (2017) La prueba penal. Instituto Pacifico
- Tójar,J.C.(2006),*Investigación cualitativa*, Comprender y actuar, Madrid. La Muralla.
- Vara, H.A.(2010).*Desde la idea hasta la sustentación de tesis.* Facultad de Ciencias Administrativas. Universidad San Martín de Porres.

## Anexos

### Anexo 1: Entrevista sobre investigación preparatoria

El presente instrumento tiene como único fin recabar información directa, referente a la conceptualización teórica del enfoque aplicado a la investigación preparatoria de los Señores Fiscales.

#### I. Datos del entrevistado

Nombres y apellidos	
Despacho fiscal	

#### II. Desarrollo de entrevista

1. ¿Utiliza Ud. algún enfoque específico para la planificación de los actos de investigación a su cargo?

Si		No	
----	--	----	--

¿Por qué?

2. ¿Aplica la “teoría dogmática del delito” en la planificación de actos de investigación a su cargo?

Si		No	
----	--	----	--

¿Por qué?

3. ¿Influye el “objeto de prueba” en la planificación de los actos de investigación a su cargo?

Si		No	
----	--	----	--

¿Por qué?

4. ¿Toma en cuenta la “teoría del caso” en la planificación de los actos de investigación a su cargo?

Si		No	
----	--	----	--

¿Por qué?

**5. ¿Considera que el “rol normativo fiscal”, determina la realización de los actos de investigación a su cargo?**

Si		No	
----	--	----	--

**¿Por qué?**

**6. ¿ Cuándo apertura o formaliza una investigación, los actos de investigación se planifican bajo un enfoque sistémico o intuitivo? Explique.**

La entrevista ha concluido muchas gracias por su colaboración.

Huancayo 2021.

## Anexo 2: Ficha de verificación de carpeta fiscal de la investigación preparatoria

El presente instrumento tiene como fin levantar información relacionado a los actos de investigación preparatoria, contenidos en la carpeta Fiscal.

**Instrucciones:** Se presentan un conjunto de ítems sobre la tipología de enfoques, se anotará con objetividad sus respuestas.

Leyenda		
Aplica Siempre	AS	3
Aplica Parcialmente	AP	2
Nunca Aplica	NP	1

**Marque con una (X) la respuesta en los recuadros del 1 al 3**

N°	ITEMS	AS	AP	NP
		3	2	1
Elementos del delito (enfoque dogmático)				
1	Práctica de actos de investigación según tipicidad			
2	Práctica de actos de investigación según antijuricidad			
3	Práctica de actos de investigación según culpabilidad			
4	Práctica de actos de investigación según punibilidad			
Objeto de prueba				
1	Práctica de actos de investigación según hecho punible			
2	Práctica de actos de investigación según ponderación de la pena			
3	Práctica de actos de investigación según reparación civil			
Rol del fiscal				
1	Deber de eficacia			
2	Deber de objetividad			
3	Criterio objetivo			
4	Carga de la prueba de cargo			
5	Carga de la prueba de descargo			
6	Actuación proactiva			
7	Titularidad de la acción			

Huancayo 2021

### Anexo 3: Matriz de Consistencia

**TÍTULO:** EL ENFOQUE SISTÉMICO COMO PROPUESTA DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA EN EL PROCESO PENAL PERUANO

**AUTOR:** Bach. Fidel Hugo, Palomino León

PROBLEMA	OBJETIVOS	CATEGORIAS	SUB/CATEGORÍAS	METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN
<p><b>GENERAL</b> ¿Cómo aplicar el enfoque sistémico en la investigación preparatoria?</p>	<p><b>GENERAL</b> Proponer la aplicación del enfoque sistémico en la investigación preparatoria.</p>	Enfoque sistémico	<p>1. elementos del delito 2. objeto de prueba 3 Rol del fiscal</p>	<p><b>Enfoque de investigación: Cuantitativo</b> <b>Tipo: Teórico</b> Método: dogmática jurídica y método sistemático</p> <p><b>Diseño de investigación: Observación, descripción, explicación y proposición.</b></p> <p><b>Población: Se extraerá del segmento poblacional</b> <b>Muestra:</b> Selección de casos intencionalmente.</p> <p><b>Técnicas de recolección de información:</b> Documental <b>Técnica de análisis de datos</b> 1. Descubrimiento de los datos. 2. Codificación y análisis de los datos. 3. Interpretativa: Datos de la información, fuente.</p>
<p><b>ESPECIFICOS</b> 1. ¿Cuáles son los enfoques que se emplean en la investigación preparatoria? 2. ¿De qué manera se desarrollan los enfoques en las investigaciones preparatorias en la fiscalía penal de Concepción? 3. ¿En qué consisten los fundamentos, características y condiciones de aplicación del enfoque sistémico en la investigación preparatoria?</p>	<p><b>ESPECIFICOS</b> 1. Definir los enfoques que se emplean en la investigación preparatoria 2. Verificar el desarrollo de los enfoques en las investigaciones preparatorias en la fiscalía penal de Concepción 3. Establecer los fundamentos, Características y condiciones de aplicación del enfoque sistémico en la investigación preparatoria</p>	Investigación preparatoria	Actos de investigación	

Fuente: Autoría propia