

UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS Fundada en 1551

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

UNIDAD DE POST GRADO

El derecho al debido proceso penal en un estado de derecho

TESIS Para optar el Grado Académico de: MAGÍSTER EN DERECHO con mención en Ciencias
Penales

AUTOR

JOSÉ ÁVILA HERRERA

LIMA – PERÚ 2004

..	1
Agradecimientos .	3
Introducción .	5
Capítulo I. Aproximaciones del Derecho al Debido Proceso Penal en la Actividad Judicial y la Jurisprudencia Peruana . .	9
1.1 Marco teórico desde el cual se afronta la investigación . .	9
1) El Fundamento en Torno a los Derechos Fundamentales .	11
2) Un Contexto Difícil: EL Control Penal y el Derecho al Debido Proceso . .	18
1.2 Hipótesis general y que plantea esta investigación .	22
1) La Justicia como Principio y Valor de la Actividad Jurisdiccional . .	22
2) El Valor Justicia en la Actividad Jurisdiccional . .	23
3) El Derecho al Debido Proceso en la Actividad Judicial . .	27
4) Evaluación Extrasistémica del Derecho al Debido Proceso Penal . .	27
5) Evaluación Intrasistémica del Derecho al Debido Proceso .	35
6) Tercer Caso: Jaime Castillo Petruzzi y otros vs. Estado Peruano . .	38
7) Cuarto Caso . .	41
Capítulo II. El Contexto Político y Democrático del Derecho al Debido Proceso Penal: el “Estado de Derecho” .	43
2.1 El Liberalismo, la Concepción Liberal del Hombre y El Estado Liberal como contexto Histórico del Estado de Derecho . .	44
a. El Liberalismo Político .	45
b. El Liberalismo Económico .	47
2.2 La Idea de Estado de Derecho: Algunos Problemas para su Definición . .	51
2.3 Configuración Histórico-Doctrinal de la Expresión “Estado de Derecho” .	53
2.4 Enfoque Analítico de la Expresión “Estado de Derecho” . .	59
2.5 Definición (es) de Estado de Derecho . .	61
2.6 Elementos del Estado de Derecho .	62
2.7 Presupuestos y Características del Estado de Derecho . .	66

1) “El Imperio de la Ley” Configura la Esencia del Estado de Derecho (Rule Of Law) . .	67
2) El Principio Político de la Separación de Poderes . .	68
3) La Legalidad de la Administración y el Principio de Legalidad .	69
4) Principio del Control de la Constitucionalidad de las Leyes .	70
Capítulo III. El Derecho al Debido Proceso Penal en la Teoría General del Garantismo . .	73
3.1 Garantismo Penal y Política de Emergencia .	73
3.2 El Proceso de Reforma del Proceso Penal . .	74
1) Factores condicionantes para el cambio .	75
2) Consideraciones Generales sobre el Concepto de “Garantía” .	78
3) La Garantía como Macroconcepto . .	82
4) La Garantía como Función y como Elemento de Sistemas Jurídicos Complejos .	83
5) Rudolf Von Ihering y la Lucha por el Derecho: fundamento filosófico que subyace en el garantismo . .	84
6) Breve Contexto en el que aparece la Teoría General del Garantismo de Luigi Ferrajoli . .	85
7) EL Modelo Garantista: definición, presupuestos, espacios de poderes específicos y utopía .	88
8) La Epistemología Garantista .	89
9) Garantismo y Utopía Liberal . .	91
10) Los Modelos de Derecho Penal y sus Garantías Penales y Procesales .	92
11) Tipología de los Sistemas Punitivos . .	94
Capítulo IV. El Debido Proceso Legal (aspectos generales, evolución histórica y su proceso de positivización e internacionalización) . .	97
4.1 Aspectos Generales .	97
4.2 Antecedentes y Evolución Histórica del Debido Proceso .	99
4.3 Trayectoria del Debido Proceso hasta su Recepción por Constituciones Modernas a partir del Siglo XIX . .	108
4.4 La Dimensión Internacional del Derecho al Proceso Debido: su Recepción en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos .	112
4.5 El Debido Proceso en el Constitucionalismo Jurídico Peruano .	116
Capítulo V. El Derecho al Debido Proceso Penal en el Sistema Jurídico Peruano: elementos	119

esenciales para su definición, naturaleza jurídica, propuesta de un modelo maximalista y sus elementos esenciales .

5.1 Breve Introducción para Situar el Tema Central .	119
1) El Debido Proceso Penal y su Triple Consideración: como Garantía Constitucional, Principio General del Derecho y como Derecho Fundamental .	123
2) El Debido Proceso Penal como Garantía Constitucional .	123
3) El Debido Proceso como Principio General del Derecho .	125
4) El Debido Proceso Penal como Derecho Fundamental . .	126
5) Implicancias Jurídicos-Políticos de la Naturaleza del Debido Proceso como Derecho Fundamental . .	128
6) Necesaria Precisión: El Derecho al Debido Proceso y el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva . .	129
7) Algunos Lineamientos del Proceso Penal Peruano . .	131
8) Sistema Acusatorio . .	133
9) Sistema Inquisitivo .	133
10) Sistema Mixto .	134
11) Características del Actual Proceso Penal . .	134
12) Noción del “Debido Proceso” .	135
13) El Debido Proceso Adjetivo o Formal .	136
14) El Debido Proceso Sustantivo o Material .	137
15) Naturaleza Jurídica del Derecho al Debido Proceso .	141
16) Elementos Esenciales del Derecho al Debido Proceso . .	143
17) Primera Propuesta . .	145
18) Segunda Propuesta: .	146
19) Tercera Propuesta . .	146
20) Cuarta Propuesta . .	147
21) Quinta Propuesta . .	148
22) Principios del Proceso Penal, el Derecho al Debido Proceso y su Configuración en la Constitución de 1993 .	149
23) Las Garantías Genéricas .	152
24) Las Garantías Específicas .	153

25) Modelo Maximalista del Derecho al Debido Proceso Penal .	155
Conclusiones finales y verificación de las hipótesis formuladas . .	223
Bibliografía .	229
Bibliografía del Capítulo I .	229
Bibliografía del Capítulo II . .	230
Bibliografía del Capítulo III .	232
Bibliografía del Capítulo IV .	233
Bibliografía del Capítulo V . .	233

A Marisol Alayza Neira y mi pequeño hijo Adrián; a mis adorados padres Frida Herrera y Godofredo Ávila, y mis hermanos: Mario, Alberto, Ernesto, Godofredo, Víctor, Coco y Fernando.

Agradecimientos

El autor expresa su profundo agradecimiento a:

- Rómulo Alayza Tejada y María Soledad Neyra, grandes señores; por su hospitalidad, cariño y confianza;
- Francisco Laporta San Miguel, catedrático de Filosofía del Derecho en España;
- Carlos Ramos Núñez, carísimo y fraternal amigo intelectual;
- César La Rosa García, viejo y caro amigo
- Pablo Sánchez Velarde, respetado y brillante magistrado
- Jorge Santistevan de Noriega, excelente señor;
- Walter Albán Peralta, Defensor del Pueblo en funciones
- Samuel Abad Yupanqui, un caro y valioso amigo;
- Wilfredo Pedraza Sierra, un excelente profesional;
- Guillermo Figallo Adrianzén y Oswaldo Hundskopf Exebio y Jesús Rivera Oré, por la oportunidad que me brindaron para hacer docencia universitaria en las Facultades de Derecho y Ciencias Políticas de las Universidades de San Martín, Lima e Inca Gracilazo de la Vega.
- Maria Lourdes Loayza Gárate, notable magistrada
- Rolando Vela Vela, probo magistrado
- Adelaida Bolívar Arteaga, admirable y ejemplar magistrada
- Mis colegas y amigos de la Defensoría del Pueblo

Introducción

En el desarrollo de mi experiencia laboral tanto en el Poder Judicial, Ministerio Público, como en la Defensoría del Pueblo, despertó mi preocupación e interés por el estudio de la noción y los elementos del derecho al debido proceso penal a la luz de la nueva normatividad, el desarrollo jurisprudencial en el derecho comparado y los aportes de la doctrina. El producto de esta investigación se ha venido plasmando en algunos pequeños artículos y se ha decantado en mi actividad académica, hasta llegar al estado actual que es materia del presente trabajo de investigación.

El tema del debido proceso pareciera ya superado, pues mucho se ha hablado y escrito sobre el mismo, desde quienes lo dejan reducido a una simple noción formal, es decir a un conjunto de actos procesales sucesivos y coordinados, hasta quienes lo ven desde la óptica material, y lo hacen consistir en la integración de fines y derechos fundamentales, que hacen de aquella ritualidad una auténtica garantía, un real límite material al poder punitivo del estado y no ya un simple formalismo.

Y es que en efecto, es en el proceso penal donde se decide la libertad de los ciudadanos, la protección de la comunidad en contra de la criminalidad y la vigencia de las normas y valores que hacen posible la vida democrática. Es decir, la institución que es objeto del presente trabajo, en el fondo, busca armonizar las exigencias de una Justicia Penal eficaz con el respeto efectivo de las garantías de las personas cuyos derechos se ven afectados por el proceso penal.

Con ocasión de los últimos acontecimientos políticos y jurídicos–penales de nuestro país, en especial del sonado caso de Jaime Castillo Petruzzi y otros ciudadanos chilenos

contra el estado peruano, todos hablaron del debido proceso: unos para salir en su defensa, ante los embates que se le hacen desde distintos frentes, incluyendo los estrados judiciales; otros como un tema más, sin conocer su contenido; y no han faltado los más recalcitrantes, que lo han calificado como simples artilugios de leguleyos y ven en el mismo un estorbo para la aplicación de la justicia a cualquier precio, sin importarles lo caro que ha resultado para la ciencia del derecho procesal penal y de la teoría de los derechos fundamentales.

En ese balance tan delicado y difícil de lograr, este trabajo pretende llenar, modestamente por cierto, un vacío en lo que atañe al funcionamiento concreto del proceso penal en países como el nuestro en vía de «desarrollo». De allí que nos avocaremos a demostrar que la búsqueda de los mecanismos para alcanzar la justicia debe detenerse pues, tal como lo explicaremos, éstos existen en las garantías y derechos fundamentales que las normas aplicables consagran, razón por la cual se debe pasar a buscar su plena y eficaz aplicación, en cualquier campo de relaciones sociales.

Para un mejor desarrollo de las ideas antes planteadas pretendemos dejar de lado la interesante discusión de lo que constituye el proceso penal en sí, como una institución compleja para centrarnos en un desarrollo descriptivo de la vinculación que existe entre el estado de derecho y el derecho al debido proceso penal. Para ello, hemos dividido el presente trabajo en cinco capítulos que enfocan temas diversos que permiten contar con una visión general del tema central de esta tesis.

El primer capítulo estará dedicado a realizar un breve balance sobre el enfoque y la aplicación del derecho al debido proceso penal, tanto en la actividad judicial como en el desarrollo jurisprudencial, en razón de la información disponible sobre investigaciones efectuadas en los últimos cinco años en el ámbito de la realidad judicial. Por ello, la metodología se ha centrado básicamente en la recopilación de información producida en trabajos de investigación y en informes y publicaciones efectuadas por instituciones públicas y privadas.

Como tema del segundo capítulo hemos propuesto una somera investigación respecto de la institución del “Estado de Derecho” a partir de sus orígenes, pasando a formular un análisis sobre el concepto. Posteriormente, describiremos sus definiciones, presupuestos y requisitos que deben concurrir en la construcción de esta institución como el único contexto político-jurídico que permite la realización del derecho al debido proceso penal.

El tercer capítulo se encuentra dedicado a describir muy brevemente las principales características del pensamiento garantista, porque como señala Norberto Bobbio, la elaboración de un sistema general del garantismo constituye las paredes maestras del estado de derecho que tiene por fundamento y fin la tutela del derecho objeto de la tesis a las variadas formas de ejercicio arbitrario del poder, particularmente odioso en el derecho penal.

Asimismo, en el cuarto capítulo hemos propuesto una somera investigación respecto de la institución del “Due Process of Law” en los Estados Unidos de América a partir de los orígenes ingleses de la institución en la Carta Magna del Rey Juan sin Tierra a partir del célebre caso *Marbury v. Madison* de 1803 y la evolución del mismo hasta su proceso

de positivización e internacionalización.

Finalmente, en el último capítulo, hacemos referencia a un desarrollo descriptivo del derecho al debido proceso penal en el Sistema Jurídico Peruano, explicando los elementos esenciales para su definición, su carácter de garantía general, de principio general del derecho y como derecho fundamental; la relación que guarda éste con el derecho a la tutela judicial efectiva, su naturaleza jurídica y la formulación de una propuesta de un modelo maximalista en el “sistema penal peruano” con una descripción teórica y jurisprudencial de sus elementos esenciales.

Confesamos que el trabajo ha sido arduo, nada sencillo y con algunas interrupciones por razones obvias que, espero no afecten la estructura del trabajo, pero su importancia para contribuir a ese ideal de todo buen abogado de alcanzar la justicia, a través del proceso y del procedimiento, creemos que valió la pena.

Asimismo, debo agradecer la oportunidad que me dieron las Universidades Nacional Mayor de San Marcos y la Universidad Internacional de Andalucía Huelva (España), para poder realizar este trabajo. Ocasión que me permitió conocer a excelentes profesores y compañeros, de quienes guardaré celosamente sus consejos y enseñanzas.

Antes de finalizar, con la autorización de mis críticos y benevolentes juzgadores y lectores, permítaseme justificar ante Marisol y nuestro pequeño hijo Adrián, todo el tiempo que les hurte en su atención y cuidado; soy consciente de ello y espero que con este trabajo -que en lo personal significa mi gran anhelo- puedan algún día contar con su comprensión y perdón.

San Borja, enero 2003.

José Ávila Herrera

Capítulo I. Aproximaciones del Derecho al Debido Proceso Penal en la Actividad Judicial y la Jurisprudencia Peruana

1.1 Marco teórico desde el cual se afronta la investigación

La intervención penal del Estado está orientado a cumplir ciertos objetivos de carácter social, ello configura el fundamento de la política criminal que desarrolla el Estado, el cual tiene que estar en concordancia con los ideales de la sociedad, constituyéndose la política criminal estatal en un sector de las políticas que se desarrolla en la sociedad, predominantemente desde el Estado.

La política criminal, es el conjunto de decisiones, instrumentos y reglas que orientan el ejercicio de la violencia estatal -coerción penal- hacia determinados objetivos ¹ (Binder

¹ Alberto Binder, considera a la Política Criminal como un sector de las políticas que se desarrollan en una sociedad, predominantemente desde el Estado. Ella se refiere al uso que hará ese Estado del Poder Penal, es decir, de la fuerza o coerción estatal en su expresión más radical.

1997:42,43).

En consecuencia, el Estado se constituye en una de las instituciones representativas de la sociedad de mayor importancia y poder para alcanzar dicho fin.

Este es creado en base a mecanismos de expresión de la voluntad de sus integrantes, pero la sociedad al organizarse políticamente, también necesita controlar a sus componentes a efectos que estos o algunos de ellos, no vulneren el supuesto pacto social establecido entre todos, control que sirve también para mantener el sistema político instaurado, de allí que se utiliza y se establece mecanismos naturales y artificiales para dicho control social.

Para las conductas más graves y atentatorias de estos ideales y valores que sustenta la vida en comunidad, se establece el sistema penal, el cual opera, en palabras de Beccaria, como extrema necesidad o amarga necesidad para la convivencia pacífica de los individuos, esto es, como última ratio, debiendo funcionar solamente cuando los otros mecanismos de control natural han fallado o no son aceptados por el que desobedece la norma, de allí que al Estado se le delega poderes o facultades y al mismo tiempo se establece límites a su actuación y al uso de ese poder.

El uso de ese poder conferido al Estado moderno -que se verifica mediante el sistema penal a través de normas imperativas y coactivas de la libertad de los individuos- no es absoluto, por ello se relativiza a través del reconocimiento y respeto irrestricto de un conjunto de derechos, garantías y limitaciones al ejercicio de ese poder, diseñadas y desarrolladas como políticas públicas referidas al campo criminal (leyes y procedimientos), con la finalidad que no se produzca un abuso de poder y por consiguiente, una contradicción con los ideales de felicidad que la organización social procura.

En consecuencia, la fundamentación político-criminal de la intervención punitiva estatal, debe consistir en relativizar la facultad de castigar del estado, justificándose sólo el uso de la fuerza estatal, bajo criterios límites, previamente enunciados en el ordenamiento jurídico interno e internacional como condición de obligatoriedad para todos, principalmente para los que hacen uso del poder conferido, convirtiéndose el derecho en instrumento menos arbitrario para frenar los abusos del poder.

Uno de esos criterios es el debido proceso penal, que se sustenta en la idea que el poder penal y estatal al ser conferido por la voluntad de la sociedad -la cual se organiza políticamente con la finalidad de servir a alcanzar el ideal de felicidad de sus componentes- debe operar necesariamente como última ratio, por lo que el ejercicio de ese poder debe tener una serie de parámetros o limitaciones garantizadoras de la dignidad de la persona humana, las cuales están plasmadas enunciativamente en la Constitución del Estado, instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos y se encuentran instrumentalizados en las leyes procesales y penales, las mismas que deben ser concretadas materialmente conforme a la política criminal estatal, siendo los jueces, fiscales y Magistrados del Tribunal Constitucional los encargados de garantizar los derechos de la persona y de salvar las desigualdades o el abuso del poder estatal.

La introducción en nuestra constitución de un artículo que aseguraba a todos los ciudadanos un debido proceso hubiera podido en principio considerarse como una

tautología, ya que precisamente la finalidad del proceso penal es la de garantizar las actividades de las partes como método para obtener una sentencia justa.

Sin embargo, la experiencia ha demostrado que el inciso 3° del artículo 139° de la Constitución Política de 1993, que garantiza dicho derecho fundamental, es con mucho el que con mayor frecuencia se denuncia como infringido ante las instancias máximas del Poder Judicial, Tribunal Constitucional, Tribunales Internacionales, e incluso, a la Defensoría del Pueblo.

Esta realidad refleja dos importantes datos. El sistema judicial penal peruano presenta una serie de problemas estructurales que lo deslegitiman constantemente ante la sociedad, siendo un gran obstáculo para el acercamiento a la justicia que contribuya a la consolidación democrática del país y al respeto de los derechos humanos, particularmente, de los sometidos a imputación penal.

En segundo lugar, y no menos grave es que a través del proceso penal se refleja el correcto funcionamiento de cualquier Estado de Derecho.

Así mismo, la existencia de una política criminal ciertamente autoritaria y a veces incoherente que tiende a agravar las penas, creación de nuevos tipos penales, procedimientos penales sumarísimos, agudizan el contexto que hace más inviable el cumplimiento de los derechos y garantías judiciales reconocidas y exigidas por la Carta Magna y los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

No menos cierto es que la violencia política, la inseguridad ciudadana y las medidas de un modelo de política criminal autoritario², han servido lamentablemente de marco de esa multitud de situaciones violatorias de los derechos humanos. La Legislación penal de emergencia y el juzgamiento de los delitos de terrorismo agravado han sido los más agudos indicadores de cómo órganos y funciones del Estado como el Poder Judicial, el Ministerio Público y el fuero Militar pueden convertirse en entidades violadoras de derechos humanos, siendo las barreras más infranqueables para instaurar un sistema garantista de los derechos de los ciudadanos.

Finalmente, otro factor que coadyuva en el panorama del problema planteado es la falta de preparación y capacitación permanente especializada de parte de los agentes operadores del Derecho, acorde con una concepción garantista de los derechos fundamentales y de los principios del Estado de Derecho, con el consiguiente desconocimiento e inaplicación de las normas nacionales e internacionales de protección de los derechos humanos.

1) El Fundamento en Torno a los Derechos Fundamentales

Abordar el tema sobre el Fundamento de los derechos fundamentales³ en una tesis que pretende aproximarse al proceso justo, se justifica en la medida de que el derecho a un debido proceso –o proceso justo- es también un derecho fundamental. Esto significa que goza de todos los atributos que corresponde a este tipo de derechos, con todas las consecuencias que se derivan de ello, ocurriendo lo mismo, por consiguiente, con los

² Binder habla de tres modelos: el liberal, el autoritario y el igualitario.

derechos que lo integran o configuran (Bustamante 2001:73).

Suele mencionarse que determinados acontecimientos históricos, tales como la Declaración de Derechos de Virginia (de 12 de junio de 1776), la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica (de 4 de julio de 1776), o la Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano francés (del 26 de agosto de 1789), marcaron el primero reconocimiento normativo de los derechos humanos⁴.

A partir de estas Declaraciones, y en los dos siglos posteriores, se ha verificado un «proceso de positivización» de estos derechos (Treves, 1989:7). En efecto, este proceso que se inició con las Declaraciones francesa y norteamericana - y que continuó en los siglos XIX y principios del XX con la introducción de aquellos derechos en los Preámbulo y artículos de las numerosas Constituciones promulgadas en los países democráticos- culminó con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (1948).

A partir de este documento, se inició otro “proceso” que Treves denomina “internacionalización de los derechos humanos”. El Convenio Europeo para la protección de los Derechos Fundamentales y de las Libertades Públicas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros, marcan importantes hitos del citado proceso.

En ese sentido, ésta introducción nos exige, en primer lugar aclarar brevemente su denominación más adecuada y, en segundo lugar, desarrollar muy brevemente su fundamentación o justificación.

En el primer caso, la doctrina viene utilizando diversas expresiones para referirse a este tipo de derechos. Algunos los utilizan como sinónimos mientras que otros encuentran ciertas diferencias. Para el eminente profesor español Gregorio Peces-Barba, las distintas denominaciones que existen (“derechos humanos”, “derechos fundamentales”, “derechos naturales”, “derechos públicos subjetivos”, “libertades fundamentales”, “garantías individuales”), encierra una problemática compleja y una historia azarosa (Peces-Barba 1980:13).

Asumiendo sus argumentos, coincidimos con el profesor Peces-Barba, cuando prefiere, entre todas las expresiones, la de derechos fundamentales, porque de lo que se trata es de constatar el puesto que en el ordenamiento jurídico tienen estos derechos y libertades generalmente ubicadas en el nivel superior de la jerarquía normativa.

Asimismo, con la expresión de derechos fundamentales se quiere señalar que es un

³ La principales fundamentaciones presentadas en torno al surgimiento de los derechos humanos, son la fundamentación iusnaturalista, la fundamentación ética y la fundamentación historicista.. Para una completa lectura sobre este tema, puede consultarse en: “El fundamento de los Derechos Humanos” de Javier Muguerza y otro autores (edición preparada por Gregorio Peces Barba). Madrid. 1989.

⁴ La necesidad de conocer cómo se elaboró una doctrina acerca de los derechos humanos apunta directamente al problema de la naturaleza de los mismos. Y, por ello, resulta imperioso efectuar ciertas precisiones terminológicas en torno al significado de estos derechos para que no se produzcan confusiones posteriormente. Como señala Eusebio Fernández, “la necesidad de contar con un lenguaje preciso, coherente y bien construido es una exigencia de cualquier conocimiento científico y, como tal, es de directa aplicación al problema de la elaboración de una Teoría de los Derechos Humanos”- (1987 p. 77).

elemento esencial en el contenido actual de la teoría de la justicia, de la legitimidad racional, con lo cual el calificativo de derechos fundamentales, quiere señalar también ese carácter modélico o paradigmático, que ocupan en el máximo nivel del Ordenamiento Jurídico (Peces-Barba 1980:14).

En segundo lugar, la indagación sobre la fundamentación de los derechos fundamentales se refiere al problema de buscar una justificación racional (ni emotiva, ni intuitiva...) a dichos derechos.

Tanto en la historia de los derechos fundamentales como en la actualidad se han presentado varios tipos de justificaciones, que aquí pueden ser sintetizados y extractados por Iñaki Rivera Beira ⁵, en la siguiente forma:

A) La justificación iusnaturalista

En torno a este punto Norberto Bobbio señala que:

“La doctrina de los derechos del hombre proviene de la doctrina iusnaturalista, la cual, para justificar la existencia de derechos pertenecientes al hombre en cuanto en tal, independientemente del Estado, partía de la hipótesis de un estado de naturaleza donde los derechos del hombre eran pocos y esenciales: el derecho a la vida y a la supervivencia que también incluía el derecho a la propiedad y el derecho a la libertad”. (Bobbio 1989:20).

La explicación iusnaturalista que ofrece Bobbio siguiendo a Locke -para criticarla posteriormente- culmina con Kant en su concepción acerca del único derecho del cual es titular el “hombre natural”: el derecho a la libertad, entendida ésta como la independencia de toda construcción impuesta por la voluntad de otro (Bobbio 1989:20). El goce de esta libertad trae como consecuencia, siguiendo a los iusnaturalistas, la igualdad de todos los hombres entendida como la imposibilidad de que unos individuos posean más libertad que otros.

Esta filosofía fue, precisamente, la que inspiró las primeras declaraciones de derechos humanos, las cuales, normalmente en sus primeros artículos, consignaron fórmulas en las que se proclamaba la igualdad de todos los hombres.

Varias son las críticas que se han formulado a la doctrina iusnaturalista de los derechos humanos. En primer lugar, la referencia a un “estado de naturaleza” supone recurrir a una ficción doctrinal ⁶ que, por lo tanto, carece de toda autoridad científica, además de que la idea misma de “naturaleza” no es unívoca. ⁷

Por otra parte, el hecho de que la “lista” de los derechos humanos haya ido en continuo aumento a través de los dos últimos siglos, pero principalmente en el presente,

⁵ .La Devaluación de los Derechos Fundamentales de los Reclusos. La Construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría. 1997. José María Bosch Editor. Barcelona.

⁶ A este respecto, Bobbio apunta que el estado de naturaleza era una mera ficción doctrinal que debía ser útil para justificar los derechos inherentes a la naturaleza misma del hombre y, como tales inviolables por parte de los detentadores del poder público, inalienables por parte de los mismos titulares de esos derechos e imprescriptibles.

demuestra no sólo que la explicación iusnaturalista ha perdido toda credibilidad (Bobbio 1989:21), sino que es del mundo de las complejas relaciones sociales de donde surge la demanda por el reconocimiento de nuevos derechos fundamentales pues ya no basta con los tradicionales derechos a la vida, a la libertad, o a la propiedad.⁸

B) La justificación ética

Una fundamentación diferente que también se ha planteado en torno a los derechos humanos es la llamada “ética”⁹ que «parte de la tesis de que el origen y fundamento de estos derechos nunca puede ser jurídico, sino previo a lo jurídico. En esa perspectiva:

“el derecho positivo no crea los derechos humanos (...), su labor está en reconocerlos convertirlos en normas jurídicas y garantizarlos también jurídicamente” (Fernández 1987:106).

La apelación a la “naturaleza humana” vuelve aquí a aparecer como fundamento último de los derechos humanos. Ello puede apreciarse, por ejemplo, en la explicación que ofrece Truyol y Serra (1984:11) cuando afirma que:

“decir que hay derechos humanos o derechos del hombre en el contexto histórico – espiritual que es nuestro, equivale a afirmar que existen derechos fundamentales que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que le son inherentes y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados”.

Para otro de los partidarios de esta perspectiva, el profesor Peces Barba (1989:267), el problema de la fundamentación de los derechos humanos se refiere:

“a esta compleja actividad intelectual que lleva a integrar lo que llamo la filosofía y el Derecho positivo de los derechos humanos. Es un punto de encuentro entre Derecho y Moral, quizás el más relevante de todos, o dicho de otra manera, el que se sitúa en el Derecho al nivel superior del ordenamiento y en la Moral plantea sus problemas centrales”.

Abundando aún más acerca de ello, Peces Barba (1989:267) señala que:

⁷ Pues, como señala Eusebio Fernández, “la presentación y defensa de los derechos humanos como deducidos de la naturaleza humana se encuentra siempre con la necesidad de responder a la acusación de que la misma idea de naturaleza humana no es un concepto claro ni preciso, sino ambiguo y equívoco, como han demostrado repetidamente las distintas teorías iusnaturalistas, desde la Grecia clásica a la teoría contemporánea de la “naturaleza de las cosas”.

⁸ Abundando en cuanto el derecho a la educación, elemental primeramente, secundaria después y universitaria finalmente. Agrega el autor italiano que no cree que en ningún estadio del Estado de Naturaleza se mencionasen tales derechos pues aquel Estado no estaba inmerso en la sociedad de su tiempo; habrá que esperar, concluye, el advenimiento de sociedades más complejas, más evolucionadas económica y socialmente para poder encontrar reconocimientos de la categoría de auténticos derechos subjetivos como el de la educación.

⁹ Denominación utilizada entre otros, por Peces Barba (1989, op. cit. P.101). en el mismo sentido, Eusebio Fernández (op. cit.,p.104)

“fundamentar los derechos humanos es buscar la raíz de un fenómeno que se explica sólo plenamente cuando está incorporado en el Derecho Positivo, aunque su origen se encuentre en el plano de la moral. Moralidad y juridicidad o moralidad legalizada, forman el objeto integral de los derechos humanos y a fundamentarlos se debe tener presente, abarcándolo en toda su extensión, su contenido integral”.

Y, en cuanto a la distinción / separación entre moral y derecho, el citado autor (Peces Barba 1989:277) señala que:

“moralidad y derecho se distinguen, y es positiva la línea que inició Tomasio pero no se separan: el punto de encuentro son los derechos humanos que se fundamentan en la ética como forma de realización histórica de la autonomía moral del hombre, posible por su inicial libertad de elección”.

En síntesis, la cuestión fundamental para los partidarios de la fundamentación ética de los derechos humanos reside en que el origen de estos es previo al derecho y, en consecuencia, sino se acepta esa existencia moral anterior no es posible criticar a cualquier ordenamiento jurídico porque no los reconozca o garantice, ni defender la necesidad de su incorporación al derecho positivo (Fernández 1987:110).

Una de las críticas que se han formulado a la teoría citada la efectúa Bobbio (1989:25) a propósito del significado del término “derecho”. Según muestra este autor:

“... derecho es una figura “deóntica” y, en consecuencia es un término de lenguaje normativo, es decir, de un lenguaje, en el cual se habla de normas y sobre normas. La existencia de un derecho, ya sea en un sentido fuerte, ya lo sea en uno débil, implica siempre la existencia de un sistema normativo (...) La figura del derecho debe tener la correlativa figura de la obligación (...) La vieja idea en torno a la posible existencia de obligaciones sin derechos correspondientes, como las obligaciones de beneficencia, derivaba del hecho de negar que el beneficiario fuera titular de algún derecho”.

A partir de aquí Bobbio señala que sólo puede hablarse de derechos morales en el ámbito de un sistema normativo moral y, por lo tanto, obligaciones morales, obligaciones naturales y obligaciones positivas, pertenecen a sistemas normativos diferentes.

En cuanto al problema de la falta de reconocimiento de los derechos morales por parte de un ordenamiento, Bobbio (1989:25,26) apunta que:

“desde el punto de vista de un ordenamiento jurídico los denominados derechos morales o naturales no son verdaderamente derechos: tan solo son exigencias valorativas para ser, eventualmente, transformadas en derechos de un nuevo ordenamiento normativo caracterizado de un modo diverso (...). También el paso de un ordenamiento a otro es un paso que se da en un determinado contexto social y no está, de ningún modo, predeterminado”.

Por otra parte, tras poner Bobbio de manifiesto la variedad de códigos naturales y morales que se han propuesto en la historia demuestra hasta qué punto era impensable reconocer antiguamente a las mujeres el derecho de sufragio en sociedades donde existía una especial marginación respecto de ellas. O tampoco, menciona el citado autor, podía pensarse en el derecho al aborto sino es en el contexto de una sociedad como la actual que sufre el peligro de un exceso de población que amenaza la humanidad (1989:

26).

Personalmente, no sólo encontramos acertadas las críticas que Bobbio formula a la teoría ética de los derechos humanos, sino que nos atreveríamos a señalar otra que, igualmente, se desprende de los escritos de Bobbio y Treves aunque ellos no lo señalen expresamente como crítica. Nos referimos al siguiente planteamiento: si, tal y como se señalará más adelante, no sólo se ha dado un proceso de “positivización e internacionalización” de los derechos humanos, sino que también se ha verificado un proceso de “especificación o de multiplicación”¹⁰ de tales derechos que fundamentalmente, se refiere al hombre según la categoría y/o status social que ocupe (como anciano, como mujer, como deficiente mental, como víctima, como refugiado, etc.), no puede sostenerse entonces que el reconocimiento de estos derechos tenga un fundamento moral. Y ello, no sólo porque no han existido tales derechos hasta épocas muy recientes, sino porque su reconocimiento y protección no emana del hecho de ser hombres abstractamente considerados (como señalaba Truyol y Serra), sino que la aparición de nuevos derechos fundamentales obedece a las determinadas condiciones en las que se encuentra una persona, a determinadas categorías o sectores en los cuales los individuos desarrollan sus actividades.

Pueden verse, de este modo, que esta percepción acerca de los derechos humanos se apoya en los análisis propios de la sociología jurídica y, en este caso, en las relaciones existentes entre derechos del hombre y las sociedades, en el origen social de los derechos humanos y en el estrecho nexo que existe entre los cambios sociales y el nacimiento de nuevos derechos (Bobbio 1989:16).

C) La justificación historicista

Según Eusebio Fernández (1987:100,101), para esta corriente:

“Los derechos humanos manifiestan los derechos variables y relativos a cada contexto histórico que el hombre tiene y mantiene de acuerdo con el desarrollo de la sociedad”.

Se trataría entonces de derechos que se fundan, no en la “naturaleza humana”, sino en las necesidades¹¹ que los individuos van teniendo en las sociedades a medida que éstas evolucionan.

¹⁰ Los autores italianos citados señalan que esta “especificación y multiplicación” de los derechos humanos obedece a que tal proceso atiende al hombre en sus diversas maneras de estar en la sociedad, y no como un ente genérico; es decir el hombre es visto según las categorías y sectores que ocupe en la vida social de la cual forma parte (op. cit. p.11 y 16).

¹¹ En cuanto al concepto de necesidad como término explicativo de los derechos humanos, se han efectuado numerosos estudios. A título de ejemplo puede aprovecharse el artículo de Liborio Hierro, ¿Derechos Humanos o Necesidades Humanas? Problemas de un concepto. En este trabajo Liborio Hierro afirma que “tener un derecho es tener una necesidad cuya satisfacción hay razones suficientes para exigir en todo caso; consecuentemente, tener un derecho es, jurídicamente hablando, tener una necesidad que las normas del sistema jurídico exigen satisfacer en todo caso (...), sólo podemos sostener como derechos aquellas necesidades humanas que exigen su satisfacción de forma incondicional”. En similar sentido se expresa Eusebio Fernández cuando señala que “los derechos humanos tienen su fundamento antropológico en la idea de necesidades humanas”.

Esta tesis, tal y como señala Eusebio Fernández, fue la defendida por el filósofo italiano Benedetto Croce en la investigación llevada a cabo por la UNESCO en 1947 acerca de los fundamentos de la Declaración de Derechos del Hombre. Croce, tras afirmar que los postulados iusnaturalistas en torno al fundamento de los derechos humanos se había convertido en algo filosófica e históricamente insostenible, vino a afirmar que estos derechos eran:

“a lo sumo, derechos del hombre en la historia. Esto equivale a decir que los derechos son aceptados como tales para hombres de una época particular. No se trata por consiguiente, de demandas internas, sino sólo de hechos históricos manifestaciones de las necesidades de tal o cual época e intentos de satisfacer dichas necesidades”. (Croce 1947:143).

La aportación más importante de esta perspectiva es haber señalado una evolución en cuanto al reconocimiento de los derechos humanos.

En este sentido, se señalan tres etapas que, a su vez, enfatizan tres aspectos: la forma que asume el Estado en cada período histórico de qué forma son contemplados los individuos y el tipo de derechos que les van siendo reconocidos:

En el siglo XVIII, los derechos humanos suponían un simple concepto político que englobaba una serie de libertades frente al Estado. Este concepto, característico de la forma –Estado Liberal– y, por tanto, inspirado en una filosofía de corte individualista se refería a los hombres en cuanto tales. De esta concepción se deducía la necesidad de garantizarles determinados derechos individuales.

El posterior proceso de positivización de los derechos humanos que, fundamentalmente, ocupará el siglo XIX y parte del XX (hasta las Guerras mundiales) provocará la recepción, en las Constituciones que se fueron promulgando, de derechos cívicos y políticos que, observando ahora al hombre como ciudadano, contribuirá a la consolidación de la forma Estado de derecho.

El reconocimiento de derechos de carácter social, proceso que contemplará al hombre como trabajador y que, a su vez, provocará el surgimiento de la forma – Estado social (en la cual ha de ser el Estado el promotor y el garante del bienestar económico y social), culmina el proceso histórico señalado.

Eusebio Fernández (1987:102), tras calificar a la perspectiva historicista de “modelo realista”, agrega de inmediato que:

“sin embargo, no hace justicia al hecho de que el concepto contemporáneo de los derechos fundamentales es deudor en su origen de la fundamentación iusnaturalista, representada en los siglos XVII y XVIII por el iusnaturalismo racionalista”.

Entendemos que esta crítica no es acertada porque, de acuerdo con las objeciones que Bobbio plantea al iusnaturalismo y a la fundamentación ética de los derechos humanos que ya se expusieron anteriormente, Eusebio Fernández continúa inmerso en la confusión existente entre moral y derecho, entre derechos morales, derechos naturales y derecho positivo.¹²

¹² . Sobre las observaciones de Bobbio que se acaban de mencionar, véase lo que al respecto se ha dicho anteriormente.

Puede señalarse a esta corriente “historicista” que la evolución histórica que ella brinda y que, brevemente se ha expuesto aquí olvida una etapa posterior al Estado social que es, precisamente, aquélla en la cual el Estado Social entra en crisis. Pues será en este momento, tras el final de la IIª Guerra Mundial, cuando se operará un doble fenómeno en relación a los derechos humanos donde los hombres serán, en principio, tratados con independencia de la nacionalidad que ostenten (Treves 1989:10). Por otra parte, la crisis del Estado social será contemporánea al “proceso de especificación y multiplicación” de los derechos humanos que originará la aparición de nuevos derechos fundamentales no reconocidos hasta entonces y que tienen su raíz en una nueva perspectiva.

2) Un Contexto Difícil: EL Control Penal y el Derecho al Debido Proceso

Genéricamente puede reconocerse la existencia de dos orientaciones básicas en el ámbito de los procedimientos penales. De un lado, la corriente de control penal¹³; del otro, la del debido proceso. Ellas se diferencian entre sí por los distintos fundamentos teológicos que procuran, y por las características que imprimen a las normas y actuación procesales.

La corriente de control penal privilegia la acción represiva del estado como objetivo y función, frente a otras opciones (prevención de delitos y de sus causas, reparación de daños y compensación a las víctimas, etc.) Según esta corriente, la actuación punitiva del Estado constituye un factor fundamental para garantizar las libertades en el quehacer social, para lo cual se requiere que el sistema penal actúe eficazmente en la detección de sospechosos, la determinación de responsabilidades y la disposición de los criminales. La eficacia es así entendida como variables estadística de altas tasas de aprehensión de sospechosos y procesamiento de delincuencia, y como obtención de resultados estadísticamente relevantes empleando la menor cantidad posible de recursos (tiempo, dedicación de funcionarios, medios probatorios). Para tal efecto, hay que eliminar cuanto se pueda las limitaciones que pesan sobre la actuación policial, pues en ésta radica el control de gravedad de la represión penal.

Dentro de este marco, el interrogatorio en sede policial permite alcanzar mejor el propósito de eficacia, en vez de emplear mayores recursos interrogando en sede judicial o movilizándolo a un Fiscal para que participe en esa actuación. La eficacia puede llevar a preferir procedimientos extrajudiciales e informales -en apariencia más eficaces- o a

¹³ Véase este concepto con mayor amplitud en: Alberto M. Binder. Política Criminal de la Formulación a la praxis. AD-HOC. 1997. Buenos Aires. “El poder penal se puede definir como la fuerza de que dispone el Estado para imponer sus decisiones al ciudadano en materias que afectan derechos fundamentales como el derecho a la vida, la libertad, la integridad física, la salud pública (...). Decisiones que se fundan tanto en un sentido protector de bienes jurídicos, como en el sentido sancionatorio, que también afecta bienes del afectado. Paradójicamente la ciencia penal ha mantenido una relación de lejanía, en el mejor de los casos de proximidad tangencial, con el poder penal. Es así que el poder penal no ha sido suficientemente racionalizado por la ciencia penal; se le puede considerar como un poder sin suficiente control científico o sea un poder usado sin adecuada regulación, funcionando en condiciones desconocidas u ocultas, y sin apropiados límites.

apegarse a patrones de desenvolvimiento funcional estereotípicos (“todos los delinquentes son iguales y niegan su responsabilidad, y todos los procesos son semejantes”).

El proceso penal bajo esta corriente se asemeja a una línea de ensamblaje de vehículos, en la que cada operario va agregando rutinariamente componentes al producto sin preguntarse críticamente sobre la calidad del mismo (o, en su caso, sobre la eventual inocencia del detenido / procesado). Sólo son separados “de la línea de ensamblaje” los casos más evidentes de inocencia (o en los que se emplean medios notoriamente ilícitos como el soborno). En los hechos, entonces la corriente de control penal invierte la garantía de presunción de inocencia (“no hay tiempo para exquisiteces”) y se basa en la presunción de culpabilidad (“quien no sea capaz de probar su inocencia seguramente es culpable”) (Schiappa-Pietra 1996:18).

La corriente del debido proceso, en cambio, convierte a la presunción de inocencia en uno de sus postulados fundamentales. Pero es necesario subrayar que esta presunción no es meramente lo opuesto de la presunción de culpabilidad. Ontológicamente se trata de dos conceptos distintos, no simplemente opuestos.

Si la corriente de control penal se asemeja a una línea de ensamblaje, la del debido proceso parece una carrera con obstáculos: cada una de las etapas de éstas apareja la existencia de distinto tipo de obstáculos para la continuación del proceso contra el detenido / acusado. No es que –como algunos quisieran– la corriente del debido proceso desatiende el objetivo social de perseguir el crimen, sino que presta mayor atención que su contendora a las consideraciones legales y morales que deben guiar a la actuación de las agencias estatales. Son inmensas las posibilidades de error en la apreciación de los hechos, aún si la investigación es realizada por experimentados sabuesos policiales o fiscales, como para aceptar la validez de métodos informales o la discrecionalidad ilimitada de esos funcionarios.

Por ello deben rechazarse los métodos informales de acopio de información como instrumento para la determinación de culpabilidad factual, insistiendo en cambio en la realización de un proceso formal, adjudicativo, adversarial en la determinación de los hechos imputados, así como en la publicidad del juzgamiento, la imparcialidad de los juzgadores y la determinación de eventuales responsabilidades una vez que el acusado haya tenido la oportunidad de procurar desacreditar las imputaciones formuladas en su contra. Aún luego prosigue la desconfianza de la corriente del debido proceso, dadas las inmensas posibilidades de error humano.

La corriente del debido proceso insiste en la prevención y en la eliminación de errores hasta el límite mismo de lo posible, mientras que su contendora sólo reconoce la posibilidad de incurrir en errores en tanto ese reconocimiento no afecte el objetivo de combatir el crimen (“para ser eficientes hay que aceptar que en algunos casos justos acaban pagando por pecadores”). La corriente del debido proceso rechaza los atajos eficientistas de su contendora e intenta colocarse en justo medio: la finalidad de todo proceso penal debe ser la de condenar al fácticamente culpable tanto como proteger al factualmente inocente ¹⁴. Esto es un poco como el control de calidad en la actividad industrial: la corriente del control penal sacrifica tal control en aras de alcanzar una

producción cuantitativamente mayor, mientras la corriente del debido proceso privilegia el control de calidad (evitar productos defectuosos: las condenas injustas, el encarcelamiento de inocentes) aún así para ello debe sacrificar el volumen de producción.

La corriente del debido proceso procura la realización de valores como la justicia y la equidad, pero, además, en consonancia con los consensos universales alcanzados recientemente, se basa en la valorización del individuo como sujeto primario de todo orden legal y político, y en la consiguiente necesidad de limitar el poder público. No puede perderse de vista que el estigma y la pérdida de libertad que pueden resultar de un proceso penal, constituye la más grave privación que el Estado puede imponer sobre el individuo. No es casual que la corriente del control penal sea la preferida por los regímenes autoritarios o la reacción típica ante situaciones de honda conmoción en la opinión pública frente a la ocurrencia de delitos atroces.

3) Breve Diagnóstico del Problema Central de la Administración de Justicia en el Perú

Con el ánimo de precisar el contexto en el que se desenvuelve el problema de la investigación, hace ineludible presentar en esta parte un breve diagnóstico sobre la situación de la administración de justicia, porque es en él donde el derecho al debido proceso encuentra su justificación y necesidad.

No es el propósito ni quizás la sede, para realizar un minucioso diagnóstico sobre el estado de la cuestión. En ese sentido, sólo mostraremos algunas características que presenta esta problemática.

En un reciente y completo trabajo presentado por el doctor César Landa ¹⁵, con respecto a la crisis del Poder Judicial, señala:

“(…) se coincide, en todas las épocas, en la crítica frontal a la falta de justicia y de calidad de su función jurisdiccional, debido a su falta de independencia del poder político, grupos económicos y hoy en día del poder militar, así como por la falta de legitimidad ciudadana, expresada en la insensibilidad social y sobre todo la corrupción”.

En ese mismo sentido, está orientada esa crítica en un trabajo también reciente, publicado por el esfuerzo conjunto de Banco Interamericano de Desarrollo y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, denominado: “Acceso a la Justicia y Equidad”. En él, Beatriz Mejía Mori señala que en 1977 y 1978 se realizaron en el Perú varios trabajos de investigación sobre la realidad judicial.

Uno de ellos que contó con la participación del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica, reportó como problemas principales del sistema: la lentitud de los procesos, la onerosidad de los juicios y la injusticia de los fallos o sentencias, que

¹⁴ . El magistrado Español Enrique Ruiz Vadillo, en esa misma línea, también considera que “el proceso penal es el único instrumento adecuado para la realización del ius puniendi del Estado, es decir de la Justicia penal. Pero la justicia penal no se proyecta sólo a castigar a los culpables, sino, sin duda, con mayor fuerza, a absolver a los inocentes y a aquellos que, siendo acusados, no se prueba su culpabilidad. En: El Proceso Penal en un Estado de Derecho, Democrático y Social.

¹⁵ Tribunal Constitucional y Estado Democrático. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial 1999.

escondían una gran gama de problemas causales, incluyendo la desatención presupuestal tradicional del Poder Judicial por parte del poder político, la irracionalidad administrativa de los procedimientos, leyes procesales propiciatorias de las dilaciones, elevados costos directos e indirectos de la administración de justicia, la deficiente preparación de los jueces y auxiliares de justicia para el ejercicio del cargo, el razonamiento formalista de los jueces y su carencia de identidad en su rol de servicio social como juzgadores y propiciadores de soluciones a los problemas reales en conflicto.

Se señala, además, la influencia ejercida por los grupos de poder político, económico y por la prensa, el anacronismo administrativo y de apoyo a la función jurisdiccional en un sistema de justicia doliente de pobreza, sin capacidad de atender sus necesidades básicas de funcionamiento, y mucho menos, de emprender un proceso de mejoramiento de la eficiencia y eficacia judicial (Mejía 2000: 256).

Posteriormente, después de 20 años, esta problemática dio un giro muy importante a través de las iniciativas legislativas que se concretaron en los diferentes gobiernos, que a su tiempo produjeron cambios positivos en el sistema de justicia.

Estos cambios consistieron en la racionalización de los procedimientos con la modificación de las normas procesales, la adecuación de las normas sustantivas a los cambios sociales, la capacitación y entrenamiento de los jueces y fiscales profesionales y titulares, promoviendo la reflexión sobre su rol social, el desarrollo de una identidad de independencia de los jueces respecto al poder político, la actitud de protección del orden constitucional y de tutela de los derechos fundamentales, mejorándose el nivel técnico del trabajo de los jueces e incentivando el estudio y desarrollo jurisprudencial.

Asimismo, se mantuvieron bajos los costos directos de la administración de justicia, se crearon los sistemas de control interno de la conducta funcional de los jueces y de la dilación procesal.

Pero nuevamente, en los últimos cinco años caracterizados fundamentalmente por un “desdibujamiento constitucional”¹⁶, se produjeron sucesos determinantes en la involución del sistema, con la aparición de diversos dispositivos legales que han anulado en la práctica la vigencia de las leyes orgánicas que regulaban el funcionamiento independiente de los órganos de justicia, se modificaron las leyes procesales por resoluciones administrativas internas del Poder Judicial, violando principios y garantías de la administración de justicia, derivando el juzgamiento de civiles al fuero militar, inutilizándose el uso de las acciones de garantía, colocando en los órganos jurisdiccionales de derecho público a jueces sometidos al poder político y el diseño de un sistema de movilización interna de jueces y fiscales provisionales, para colocar en cada caso de interés para el grupo de poder en el gobierno, el juez ad hoc de su conveniencia.

De esta manera, la aprobación de normas legales de intervención y control de los órganos judiciales por el poder gobernante, hicieron que se forme un sistema paralelo dentro del propio poder judicial, algo así como una organización para-judicial que ha permitido convertir, en la práctica, al Poder Judicial y Ministerio Público en ramas del

¹⁶ Expresión acuñada por el doctor Jorge Santistevan de Noriega, Ex-Defensor del Pueblo, para referirse en su segundo informe Anual al Congreso, a todo el conjunto de leyes que atentaban contra derechos fundamentales y el Estado de derecho.

Poder Ejecutivo, con fines políticos y económicos particulares.

1.2 Hipótesis general y que plantea esta investigación

En este marco teórico desde el cual se va a enfocar el tema de la investigación, para el particular universo del proceso penal, mencionaremos ahora que se parte aquí de las siguientes hipótesis:

“Las características y el desdibujamiento del sistema institucional, en última instancia, condiciona la eficacia del reconocimiento y protección del derecho al debido proceso penal, como un derecho fundamental de las personas involucradas en un proceso penal”

“La vulnerabilidad del derecho al debido proceso penal imposibilita alcanzar la justicia como elemento fundante de la sociedad, haciéndolo incapaz al Estado (Poder Judicial y Ministerio Público) para atender las necesidades apremiantes de sus miembros, entre ellas, obviamente la incorporación de justicia en su vida ordinaria”

Quedan apuntadas por ahora estas dos hipótesis de partida del presente trabajo de investigación. Tras exponerse todo lo relativo al Estado de Derecho y el garantismo penal, se procederá a efectuar un intento de verificación parcial de las hipótesis consignadas. Por su parte, al finalizar toda la investigación, se expondrá en las conclusiones finales el intento de verificación plena de las hipótesis ahora consignadas.

1) La Justicia como Principio y Valor de la Actividad Jurisdiccional

El artículo 44º de la Constitución Política señala:

“Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación(…)”

Esta norma constitucional establece las finalidades más importantes a cargo del Estado, en su relación permanente con la Nación. Como es obvio, este reclamo de justicia que formalmente tiene a su cargo el Poder Judicial, es un principio orientador general y también hermeneútico de la interpretación del sistema jurídico en general (Bernaes 1996: 276).

Los objetivos generales a alcanzar por el Estado Social y Democrático de Derecho peruano a través del ordenamiento jurídico, son los fines o valores superiores y los principios fundamentales de la Constitución Política. En ese sentido, el histórico y gran acuerdo que se plasma en la Carta no tiene, por lo tanto, nada de ejercicio académico o intelectual, de abstracto ni de ideal, pues sitúa a los peruanos en el sendero de la sociedad actual, con todo lo que ello supone. Por tanto, la Justicia es el gran faro que explica e interpreta la voluntad del constituyente, lo cual sirve como punto de inspiración

para todo el ordenamiento jurídico, pero al mismo tiempo son límites para el desarrollo de tal ordenamiento.

El presente capítulo no tiene por objeto efectuar una investigación exhaustiva desde el punto de vista de la filosofía del derecho de aquello que constituye la justicia para elaborar una definición de la misma desde nuestra perspectiva personal. Ello, consideramos, sería tarea inútil puesto que han transcurrido ya más de cuatro mil años desde que el hombre pretende alcanzar una definición de dicho concepto sin lograr consenso general, situación que no pretendemos resolver.

El objeto de ésta parte del trabajo será más bien, determinar brevemente la existencia efectiva en nuestra actividad procesal del concepto justicia.

2) El Valor Justicia en la Actividad Jurisdiccional

La justicia constituye un valor fundamental que, necesariamente, debe estar incorporado en la Constitución o Ley Fundamental para que, desde allí, encargarse de presidir todo el proceso de elaboración, interpretación y aplicación de las normas jurídicas de rango inferior, por parte de cualquier órgano, autoridad o persona sometida a ésta.

De tal forma, encontrándose presente el valor justicia en la Constitución y siendo claro que todo lo incorporado en ésta es de indudable cumplimiento, resulta claro que todos aquellos que se encuentren en la obligación de cumplir la Constitución también lo está –evidentemente– respecto de los valores que ésta contiene; entre ellos la justicia (de Bernardis 1995:329).

Ahora bien, la Constitución no se detiene en la mera enunciación del valor justicia sino que contiene los elementos centrales de aquellos principios a través de los cuales este valor se manifiesta jurídicamente.

Tales manifestaciones están sustentadas en la dignidad de la persona humana y por encima de cualquier interés, se encuentran preocupadas de establecer los instrumentos a través de los cuales puede hacerse efectivo ese contenido de justicia de la Constitución, aún contra la voluntad de quienes se encuentren obligados a respetarlos, incluyendo al Estado mismo, a través del Poder Judicial.

Dichos principios deberán responder, en sus manifestaciones concretas, a los principios de la justicia que se encuentran presentes en la decisión del hombre de pasar al estado de sociedad así como a los principios lógicos de la justicia. De lo contrario, se llegaría al absurdo que las manifestaciones de la justicia no sean justas.

De otro lado, manifestándose la justicia de formas distintas -tal como se advierte desde el tiempo de Aristóteles- de acuerdo a las circunstancias sociales fundamentales, siempre resultará necesario efectuar una elección de la manera cómo van a interactuar las formas y los principios de la justicia de acuerdo a las circunstancias sociales y al momento histórico, priorizando una manifestación por sobre otra. Por ende, es necesario que alguien tenga a su cargo tal elección, la cual, estará matizada por la idea de Derecho vigente en cada momento determinado. Sin embargo, la decisión que se efectúe deberá observar necesariamente determinados límites que son -precisamente- aquellos

principios a través de los cuales se manifiesta el ideal de justicia convertido en valor fundamental a partir de su incorporación en la Constitución (de Bernardis 1995:329).

Aquél que se encuentra encargado de aplicar los principios de la justicia con carácter definitivo y en cualquier caso que llegue a su conocimiento, se denomina, en el Estado moderno, "Poder Judicial" que es el titular de la función jurisdiccional, vale decir, de la función estatal de administrar justicia en cada caso que conozca proveyendo la denominada "prestación jurisdiccional".

Este órgano estatal -como atributo esencial de su organización- adquiere en el Estado de Derecho absoluta independencia frente a los demás órganos estatales, siendo sus resoluciones de obligatorio cumplimiento par todos aquellos que resulten vinculados por las mismas.

Ahora bien, tal como veremos en un capítulo posterior, al examinar la evolución del Estado de Derecho, este tiene como elemento fundamental la eliminación de la arbitrariedad y la juridización de la actividad estatal.

Para que ello sea posible, el órgano encargado de aplicar la justicia a los casos que conozca y sus integrantes deben ser los primeros en observar ciertas reglas. Esas reglas se encuentran referidas tanto a la organización externa y las relaciones del Organo Jurisdiccional con los demás órganos estatales y la sociedad, así como al instrumento mediante el cual se determinará la justicia del caso concreto. Este instrumento, sin lugar a dudas, será el proceso (de Bernardis 1995:331).

Como quiera que la actividad jurisdiccional tiene por objeto principal determinar la justicia del caso concreto, las reglas establecidas para tal objeto no podrán dejar de contener los instrumentos mediante los cuales quede asegurada la posibilidad real y efectiva de los individuos de alcanzar tal finalidad a través del proceso. Solamente de esa manera los individuos adquirirán la confianza necesaria en el sistema para que sean desterradas definitivamente las formas autónomas de solución de controversias.

Las reglas a las que aludimos, constituyen "principios generales de la justicia", los mismos que serán, "las reglas supremas del procedimiento jurídico" que se encuentran basadas, obviamente, en el ideal de justicia (1997:207)

Estas reglas que, a su vez, constituyen principios generales de la justicia, al ser aplicados de manera general a través del proceso, se tornan en pieza fundamental del Estado de Derecho. A partir de la efectiva observancia de los mismos las personas podrán alcanzar y cautelar el ejercicio de la libertad a la que tienen derecho así como el respeto a su personalidad que se traduce en los denominados "Derechos Fundamentales".

El proceso está al servicio de la decisión justa de un litigio concreto. El juez se encuentra así ante dos tareas: descubrimiento de la verdadera constelación fáctica y hallazgo del derecho válido para la misma. De esas circunstancias resultan las reglas seguidas por el auténtico procedimiento jurídico: el proceso se orienta al mantenimiento de la paz social mediante la solución de litigios; tiene pues que dar lugar a decisiones definitivas. Tiene que servir a la consecución de la verdad y el derecho: por lo tanto, contiene un procedimiento de conocimiento objetivo, y por lo tanto también, como todos

los procedimientos de búsqueda de la verdad, tiene que ser revisable, pero inaccesible a intromisiones no objetivas, como órdenes, consideraciones personales, etc. A estas exigencias responden los principios de la independencia del juez, el derecho a ser oído, el orden del procedimiento de instrucción y prueba y la regulación del carácter definitivo de la decisión (1987:207).

La existencia de un instrumento como el proceso para la resolución justa de las materias sometidas al órgano jurisdiccional constituye uno de los elementos centrales que permiten el desarrollo y mantenimiento del Estado de Derecho.

Sin embargo, se requiere que el acceso a la tutela de dicho instrumento otorgado resulte irrestricto pues, de lo contrario, se establecería una discriminación respecto del ejercicio de un derecho fundamental de la persona que resulta intolerable en un Estado de Derecho.

De esta manera, el proceso no solamente constituye un método de resolución de conflictos que comprende diversos conceptos sino que se proyecta por sobre tal concepción para convertirse en el instrumento mediante el cual se posibilita alcanzar la justicia en cada caso concreto para que, a partir de la generalización de su aplicación mediante criterios uniformes, mantener el Estado de Derecho lo cual permitirá, a su vez, organizar una Sociedad esencialmente justa donde los derechos fundamentales de las personas alcancen una protección eficaz con vocación de permanencia (de Bernardis 1995:334).

Pero, no se trata solamente que exista un órgano jurisdiccional encargado de aplicar la ley y determinar la justicia para el caso concreto. También se requiere que tenga a su alcance instrumentos que resulten pertinentes para tal finalidad. Tales instrumentos no pueden contener criterios etéreos sin sustento alguno pues, si admitiéramos esa posibilidad, retornaríamos a los tiempos de la arbitrariedad judicial que -en el mundo hispano americano- se trata de eliminar desde los tiempos de Espéculo. Es mas, dado que los encargados de administrar justicia en los casos concretos deben contar con cierta discrecionalidad en la aplicación e interpretación del Derecho, deben establecerse ciertos parámetros para determinar cuando se está produciendo una desviación del ideal de justicia en la actividad jurisdiccional y cuando se está ante un supuesto donde resulta aplicable la equidad.

Estos parámetros no pueden ser criterios o normas tan abstractas o complejas que admitan cualquier interpretación, deben constituir manifestaciones claras y precisas de los principios lógicos de la justicia a través de los cuales ésta se manifiesta a través del Derecho. Estos elementos se reducen a uno central que consiste en la aplicación general e imparcial de la ley, se convierte en fundamentos del Estado de Derecho que, siguiendo a Rawls (1971:237):

“(…) también incluye el precepto que casos similares deben ser tratados de manera similar. Los hombres no podían regular sus acciones mediante reglas si este precepto no fuera seguido. (...) El precepto que casos similares deben ser tratados de manera similar limita significativamente la discreción de jueces y otros con autoridad. El precepto los fuerza a justificar las distinciones que hacen entre personas obligándolos a realizarse a las reglas y principios relevantes. En un caso particular, si las reglas son demasiado

complicadas y demandan interpretación, será más fácil justificar una decisión arbitraria. (...) Sin embargo, la necesidad de consistencia en las decisiones sirve como un curso para la interpretación de todas las reglas y la justificación en todos los niveles”.

Como ya lo hemos señalado, la aplicación general tiene como instrumento esencial el proceso cuyas reglas, a su vez, deben tender hacia la mayor eficacia del concepto justicia en el caso concreto.

Tales principios, en conceptos de Rawls (1971:237,238), se manifestarán a través de:

“(...) preceptos que definen la noción de justicia (contenida en la Constitución). Estos son elementos orientadores destinados a preservar la integridad del proceso judicial. Si las leyes son directivas dirigidas a personas racionales para conducirlas, las cortes deben estar comprometidas en aplicarlas y hacerlas cumplir de una manera adecuada. (...) un sistema legal debe tomar provisiones para conducir procesos ordenados, debe contener reglas de prueba que garanticen procedimientos racionales de investigación. Si bien pueden presentarse variaciones en los procedimientos, el Estado de Derecho requiere de alguna forma de debido proceso, esto es, un proceso razonablemente diseñado para encontrar la verdad, por medios que resulten consistentes con los otros fines del sistema legal. Por ejemplo, los jueces deben ser independientes e imparciales y nadie debe juzgar su propio caso”.

Asimismo señala:

“Los juicios deben ser justos y abiertos (públicos), pero no prejuizados por el clamor popular. Los preceptos de la justicia natural deben asegurar que el ordenamiento legal será imparcial y regularmente mantenido”.

En tal sentido, la organización del Órgano Jurisdiccional o de aquél que se encuentre encargado de resolver el conflicto concreto así como el proceso que deberán seguir para su resolución deben contener ciertos elementos que resultan esenciales. Estos elementos no podrán ser otros que aquellos que aseguren a los justiciables que acceden al proceso la resolución esencialmente justa del conflicto. Tales elementos deberán ser expresados de manera sencilla, estar dotados de eficacia concreta y ser aplicados de manera general y uniforme de manera tal que concreten los principios lógicos de la justicia para cada situación que le sea sometida, atendiendo a las circunstancias especiales de cada caso.

En suma, el valor justicia en la actividad jurisdiccional debe incorporarse efectivamente, tanto a nivel de su organización y estructura como órgano del estado así como al interior de la regulación de los procesos en que intervendrá.

Como consecuencia de ello, en ambos "niveles" deberán alcanzar plenitud de realización los principios a través de los cuales se manifiesta el valor justicia. De tal manera, quienes accedan a la prestación jurisdiccional contarán con todos los instrumentos que les permitan obtener la aplicación del valor justicia que se materializa en la decisión imparcial del caso concreto.

3) El Derecho al Debido Proceso en la Actividad Judicial

Este estudio sobre el derecho al debido proceso penal como presupuesto básico de un Estado de Derecho, tiene como objeto el detectar la concepción y alcance que tienen los magistrados sobre esta institución en el momento de la actividad jurisdiccional y su finalidad es destacar la importancia de la misma en la configuración de un Estado de Derecho.

En ese sentido, la metodología de esta primera parte la centraremos básicamente en la recopilación de información producida en trabajos de investigación, y en el análisis sobre interpretación y métodos aplicados en resoluciones judiciales.

4) Evaluación Extrasistémica del Derecho al Debido Proceso Penal

Evaluación Extrasistémica del Derecho al Debido Proceso Penal ¹⁷

El Departamento de Dignidad Humana de la Comisión Episcopal de Acción Social (CEAS) en el periodo comprendido de 1993 a 1995, asumió 97 casos de personas procesadas por los delitos de Terrorismo o Traición a la Patria ¹⁸.

La muestra empleada para la realización del presente estudio corresponde aproximadamente al 70% de los casos que fueron defendidos durante dicho periodo. La

¹⁷ Es conveniente precisar que los casos atendidos durante dicho periodo corresponden a una situación política diferente a la de los años precedentes, especialmente la referida al año de 1992, año en que se promulgaron una serie de disposiciones legales en materia de terrorismo, que fueron calificadas como extremadamente duras y que no respetaban los compromisos internacionales asumidos por el Estado peruano, en materia de Derechos Humanos, principalmente la Convención Americana y la Declaración Universal. Por ello, consideramos que dichas normas limitaban, de modo manifiesto, el derecho al Debido Proceso. Mediante estas normas se establecieron los Tribunales sin rostro, se dio el recorte al derecho de defensa, se permitió el juzgamiento de civiles por parte de militares, se tipificó el delito de Traición a la Patria y autorizó el juzgamiento en el teatro de operaciones, se declaró la imputabilidad a menores de edad autorizándose su juzgamiento penal, se eliminaron los términos de caducidad para las requisitorias por delitos de Terrorismo y Narcotráfico, se autorizó la condena en ausencia, se dio facultades a la PNP para solicitar prórroga de la detención hasta por 30 días para efectos de investigación por delito de Traición a la Patria, se tipificó el delito de Traición a la Patria en la modalidad de apología docente, se elevaron las penas considerablemente y se estableció la pena de cadena perpetua, del mismo modo se prohibió conceder beneficios procesales y penitenciarios a los internos por los referidos delitos. En materia penitenciaria se estableció el aislamiento celular de los internos por delito de Terrorismo y Traición a la Patria, se limitó las visitas y se trasladó a los internos a diversos establecimientos penales del país, obligándoles a vivir en condiciones materiales aún más difíciles. En el año de 1993 se emitieron otras normas jurídicas sobre la materia que dejaron sin efecto algunas de las anteriores (se derogó la ley que limitaba la defensa a un solo caso, se restableció la inimputabilidad de los menores de edad, se derogó la norma que permitía la condena en ausencia), pero sin embargo, se mantuvieron (hasta la actualidad) los Tribunales Especiales, la tipificación del delito de Traición a la Patria, el juzgamiento de militares a civiles, la cadena perpetua, el juzgamiento en el lugar de operaciones, la prórroga de las detenciones por parte de la PNP por motivos de investigación, la desproporcionalidad de las penas, entre otros.

¹⁸ Los resultados de esta investigación de campo se plasmaron en una publicación denominado "Reflexiones sobre el Debido Proceso en el Perú" Documento Síntesis. CEAS. Manos Unidas. Febrero 1998. Lima. Perú.

metodología utilizada consistió en la lectura de expedientes que presentasen la mayor información posible y el mayor conocimiento de los mismos y de otro lado, la aplicación de la técnica de la entrevista en base a tres preguntas guías, pero que, para los efectos del presente trabajo, sólo tomaron los resultados de las dos primeras preguntas.

Para efectos de la primera parte del estudio, se utilizó los siguientes elementos del debido proceso que deben estar presentes en cada Etapa Procesal:

Etapas Pre judicial:

- Derecho de Defensa
- Principio de Legalidad
- Excepcionalidad de la detención
- Cláusula de No Incriminación
- Excepcionalidad de la Incomunicación
- Exclusión de prueba ilegalmente obtenida

Etapas Judicial:

- Instrucción:
 - Garantía del Juez Natural
 - Excepcionalidad de la detención
 - Celeridad Procesal
- Juzgamiento:
 - Celeridad Procesal

Los resultados de dicha investigación fueron:

I. ETAPA PRE - JUDICIAL

CUADRO Nº 01: Derecho de Defensa: Manifestación con abogado según fuero

Abogado	TOTAL	COMUN	MILITAR
SI	30.2	31.5	14.3
NO	69.8	68.5	85.7

El Cuadro Nº 01 (Manifestación con abogado según fuero) presenta que tanto en el Fuero Común (68.5%) como en el Fuero Militar (85.7%) los procesados por delitos de Terrorismo y Traición a la Patria no ejercen su derecho de defensa con Abogado en la diligencia de Manifestación Policial. Así se tiene que en el total general de casos se muestra claramente que los abogados no están presentes en esta Etapa Prejudicial representado en un 69.8%.

CUADRO N° 02: Derecho de Defensa: Manifestación con Fiscal según fuero

Fiscal	TOTAL	COMUN	MILITAR
SI	60.8	62.2	42.9
NO	39.2	37.8	57.1

El Cuadro N° 02 (Manifestación con fiscal según fuero) muestra que en los Fueros Común y Militar el fiscal se hace presente en esta Etapa Pre- judicial en un 62.2% y 42.9% respectivamente. De este modo se aprecia que los procesados en un índice considerable (39.2%) no tienen reforzado su Derecho de Defensa con la presencia del representante del Ministerio Público ni de Abogado defensor, dejándose la diligencia de manifestación policial a la voluntad de los miembros de la Policía Nacional.

CUADRO N° 03: Principio de no Incriminación Autoinculpación según edades

	TOTAL	16 – 17	18 – 29	30 – 39	40 – 49	50 - +
SI	34.4	43.2	43.2	37.5	12.5	---
NO	65.6	42.9	56.8	62.5	87.5	100

El Cuadro N° 03 (Autoinculpación según edades) presenta de modo general que en un 65.6% del total de casos, los procesados no han sido obligados a autoinculparse; sin embargo, se evidencia que los procesados comprendidos entre las edades de 16 a 17 años (51.7%) y los de 18 a 29 años (43.2%) si han experimentado violación a éste principio procesal, lo que significa que en esta etapa pre-judicial, los mencionados procesados por delitos de terrorismo o traición a la patria, son obligados por los miembros policiales a declararse culpables sin serlo.

CUADRO N° 04: No Incriminación. Autoinculpación según fuero

	TOTAL	COMUN	MILITAR
SI	34.4	33.7	42.9
NO	65.6	66.3	57.1

El Cuadro N° 04 (Autoinculpación según fuero) muestra que también se vulnera el principio de No Incriminación. Es en el fuero Militar (42.9%) donde se aprecia específicamente un considerable porcentaje de casos en los que SI se ha transgredido este principio procesal, mientras que en el fuero común en un 33.7% de casos se han llevado a cabo sin respetar esta garantía de la No Incriminación.

CUADRO N° 05: Excepcionalidad de la Incomunicación: Incomunicación según fuero

	TOTAL	COMUN	MILITAR
SI	38.9	40.0	14.3
NO	61.9	60.0	85.7

El Cuadro N° 05 (Incomunicación según fuero) muestra que en el fuero Militar, en un 85.7% de casos no ha existido mandato judicial para la incomunicación y sin embargo ésta se ha verificado. Del mismo modo en el fuero común se ha transgredido este requisito procesal indispensable del mandato judicial en un 60%, toda vez que la incomunicación en un proceso debe ser de manera excepcional.

CUADRO N° 06: Excepcionalidad de la incomunicación: Tiempo de la incomunicación según fuero

	TOTAL	COMUN	MILITAR
+ 10 días	20.0	11.1	100.0
10 días	60.0	66.7	---
- 10 días	20.0	22.2	---

El Cuadro N° 06 (Tiempo de incomunicación según fuero) muestra que en el Fuero Común las incomunicaciones que en su mayoría son arbitrarias (ver Cuadro N° 07) tienen una duración de 10 días (60%) en la mayoría de los casos; menos de 10 días (20%) y más de 10 días (20%). Sin embargo, en el Fuero Militar el 100% de casos tienen una detención superior a los 10 días, siendo la mayoría de estos casos incomunicaciones igualmente ilegales.

CUADRO N° 07: Excepcionalidad de la incomunicación: Incomunicación con el abogado según fuero

	TOTAL	COMUN	MILITAR
SI	8.2	4.4	57.1
NO	91.8	95.6	42.9

El Cuadro N° 07 (Incomunicación con abogado según fuero) nos indica de manera general que en los procesos casi no ha existido incomunicación del procesado con su abogado defensor en esta Etapa Procesal (Pre-judicial). Sin embargo, podemos observar que es en el Fuero Militar donde sí se evidencia un alto índice de violaciones a esta garantía procesal, toda vez que un 57.1% del total de casos analizados presentan incomunicación del procesado con su abogado.

CUADRO N° 08: Exclusión de la prueba ilegalmente obtenida: Tortura física según fuero

	TOTAL	COMUN	MILITAR
SI	39.2	37.8	57.1
NO	60.8	62.2	42.9

El Cuadro N° 08 (Tortura física según fuero) nos muestra que No se evidencia tortura física en un 60.8% del total de casos. De otro lado el 39.2% sí evidencia haber sido torturado físicamente para poder obtener de ellos alguna información, siendo el Fuero Militar donde se registra en mayor proporción la violación a esta garantía con un índice del 57.1% del total de casos.

CUADRO N° 09: Exclusión de la prueba ilegalmente obtenida: Tortura psicológica según fuero

	TOTAL	COMUN	MILITAR
SI	40.2	40.0	42.9
NO	59.8	60.0	57.1

El Cuadro N° 09 (Tortura psicológica según fuero) exhibe fehacientemente que ha existido Tortura psicológica en los casos tomados como muestra, en un 40.2% y no ha existido tortura psicológica sobre los procesados en un 59.8%. Este índice de violación es considerable por tanto se vulnera el Principio de Exclusión de la Prueba ilegalmente obtenida.

III. ETAPA JUDICIAL

CUADRO N° 10: Garantía del Juez natural: Juez natural según fuero

	TOTAL	COMUN	MILITAR
SI	91.8	97.8	14.3
NO	8.2	2.2	85.7

El Cuadro N° 10 (juez natural según fuero) presenta que dentro de esta segunda etapa procesal existe violación a la Garantía del juez Natural de manera contundente y representativa en el Fuero Militar, vale decir que, dentro de ese fuero jurisdiccional el juez NO pre-existe al delito, sino que éstos juzgan en el teatro de operaciones y no están pre-determinados en vista que son jueces sin rostro.

CUADRO N° 11: Principio de excepcionalidad de la detención: Tiempo de detención según edades

	TOTAL	16 – 17	18 – 29	30 – 39	40 – 49	50 - +
+ 15 meses	37.1	71.4	35.1	29.2	37.5	---
15 meses	43.3	28.6	48.6	50.0	31.3	25.0
- 15 meses	17.5	---	13.5	16.7	31.3	75.0
	1.0	---	2.7	---	---	---
	1.0	---	---	4.2	---	---
15 días						

El Cuadro N° 11 (Tiempo de detención según edades) nos permite observar que los procesados cuyas edades oscilan entre los 50 a más años de edad presentan detención judicial –en la Etapa Judicial– menos de 15 meses. Los procesados cuyas edades oscila entre los 30 a 39 años en cambio, presentan una detención de 15 meses; y, los procesados cuyas edades oscilan entre los 16 y 17 años, se encuentran detenidos por más de 15 meses, a pesar de ser estos últimos menores de edad y de representar un 71.4% del total de la muestra analizada.

CUADRO N° 12: Celeridad procesal: Celeridad procesal según fuero

	TOTAL	COMUN	MILITAR
SI	62.2	6.7	---
NO	93.8	93.3	100.0

El Cuadro N° 12 (Celeridad procesal según fuero) nos explica que es en el fuero militar donde en el 100% de casos sometidos a esta jurisdicción NO ha existido celeridad procesal. Por otro lado en el fuero común el porcentaje de violaciones a esta garantía también es considerable, toda vez que representa un 93.3% del universo de casos. En conclusión un 93.8% de los casos tomados para la muestra presentan violación a esta garantía procesal.

CUADRO N° 13: Celeridad Procesal: Celeridad de dictamen supremo según fuero

	TOTAL	COMUN	MILITAR
SI	14.4	15.6	---
NO	85.6	84.4	100.0

El Cuadro N° 13 (Celeridad de dictamen supremo según fuero) nos muestra también que tanto en el Fuero Común como en el Militar prácticamente no ha existido Celeridad judicial para emitir el Dictamen Supremo por Recurso de Nulidad, lo cual se aprecia considerando que sólo en un 14.4% se ha cumplido con los términos procesales.

CUADRO N° 14: Celeridad procesal: Celeridad de ejecutoria según fuero

	TOTAL	COMUN	MILITAR
SI	21.1	20.5	28.6
NO	78.9	79.5	71.40

El Cuadro N° 14 (Celeridad de ejecutoria según fuero) refleja que tampoco se ha dado cumplimiento al principio de celeridad procesal (78.9%) para emitir Ejecutoria, mientras que el 21.1 % de los jueces ha actuado diligentemente en el cumplimiento de los términos procesales.

En la segunda parte de la citada investigación se trató de indagar en los operadores jurídicos y otros invitados que participaron en cuatro mesas redondas (Ministerio Público, Poder Judicial, PNP, INPE, Defensores de Oficio, abogados independientes, estudiantes universitarios y agentes de pastoral carcelaria) el concepto y alcance que se tenía sobre el debido proceso, en base a tres preguntas guías:

a) ¿Cuáles son las Garantías del Debido Proceso más Vulneradas en su Zona?

- Excepcionalidad de la detención, como consecuencia de las operaciones de rastrillaje o de batidas contra los indocumentados
- Derecho de Defensa, el cual es violado desde la etapa policial, y mucho más en los casos de terrorismo y traición a la patria donde el abogado tiene posibilidad de conversar con su defendido sólo media hora antes de que se dicte sentencia.

- Igualdad de las partes ante la ley procesal, pues se suele discriminar a la persona por sus recursos económicos o por su lugar de origen.
- Juez natura, que se ve vulnerado en la legislación de emergencia, al permitir ésta la jurisdicción militar, y violar no sólo el principio del Juez Natural sino también el Derecho de defensa.
- Cláusula de no incriminación, pues para obtener un beneficio posterior se induce al detenido a que se auto – inculpe, teniendo la calidad de inocente.
- Presunción de inocencia, solándose invertir la figura por la presunción de la culpabilidad.
- Derecho al propio idioma, en vista de que no existen interpretes que faciliten la comprensión de los que quechua-hablantes.
- Publicidad, aspecto relacionado a los tribunales sin rostro, los cuales vulneran flagrantemente el principio cuestión.
- Fundamentación de las resoluciones, las que no deben ser motivadas solamente con argumentos de hecho sino principalmente de derecho.
- Cosa juzgada, en tanto que al haber seguido un proceso por traición a la patria se vuelve a abrir instrucción por terrorismo, a pesar de tratarse de los mismos tipos delictivos.
- Prueban ilegalmente obtenida, pues los medios probatorios se obtienen en base a torturas que atentan contra la integridad de los detenidos.
- Celeridad procesal, vulnerada bajo los argumentos de la excesiva carga procesal.
- Indubio pro reo, sobreponiéndose por el principio nada garantista de indubio pro societati.
- Legalidad, en tanto los hechos imputados a un detenido no siempre son típicos o, cuando lo son, no se tipifican adecuadamente.
- Excepcionalidad de la incomunicación, especialmente de los abogados defensores para los casos de terrorismo y traición a la patria.
- Inviolabilidad de domicilio, puesto que no siempre se cumplen los requisitos formales para allanar un domicilio.
- Independencia absoluta de los funcionario judiciales, ya que existe una dependencia externa, del Poder Judicial, respecto al poder político e interna, respecto del juez a su superior jerárquico.
- Imparcialidad rigurosa de los jueces, producto de las presiones económicas y políticas a las que se auto someten.
- Reparación del error judicial, de actualidad, como consecuencia de la promulgación de la Ley de Indulto.

b) ¿Cuáles son las Causas de Vulneración de Dichas Garantías?

- Inexistencia de autonomía del Poder Judicial y del Ministerio Público motivada por

precisiones externas y carencias económicas.

- Mentalidad inquisitiva de los mismos (corrupción).
- Inadecuada política penal, no existe una política criminal coherente.
- Grave deficiencia profesional, moral y ética de los operadores jurídicos y de la sociedad en su conjunto, que conlleva a la corrupción institucionalizada.
- Falta de compromiso con las funciones de la labor asumida, por parte de los operadores jurídicos.
- Falta de criterio para los nombramientos de los Magistrados.
- Resistencia al cambio y permanencia de una mentalidad inquisitiva poco garantista de los operadores jurídicos.
- Indiferencia por parte de las autoridades, tanto del gobierno central, como de los mismos operadores jurídicos quienes pareciera que han perdido la conciencia cívica suficiente como para identificarse con los problemas que a diario les toca re-solver, habiéndose acostumbrado a que se atropellen los derechos de las personas.
- Desconocimiento de los ciudadanos de sus Derechos Fundamentales, de tal manera que si una persona resulta detenida o es procesada, podría ser sujeto de una serie de atropellos y asumirlos como legítimos.
- Falta de capacitación de los operadores de la Administración de justicia en principios éticos y en doctrinas garantistas.
- Legislación de emergencia que se mantiene a pesar de haber quedado comprobada su vulneración a la Constitución y a las Garantías del Debido Proceso.
- La corrupción, mucho más agravada en las instancias policiales.
- Ausencia en las delegaciones policiales de los operadores judiciales, tales como el fiscal o los defensores de oficio.
- Falta de aplicación del Principio de oportunidad, el cual ayudaría a agilizar los procesos penales.
- Falta de recursos económicos y bajas remuneraciones de los operadores jurídicos.
- Indebida aplicación de las normas e inseguridad jurídica (confusión entre la motivación y la tipificación de las normas, falta de coherencia en la motivación, inversión de la carga de la prueba, el parte policial es tomado como prueba suficiente, desconocimiento o no aplicación de criterios de valoración de la prueba).
- Incumplimiento de las disposiciones legales y constitucionales por parte de los operadores jurídicos.
- Falta de personal en el Ministerio Público y provisionalidad de los magistrados y auxiliares judiciales, lo que ocasiona la excesiva carga procesal y algunos casos de complacencia por parte de fiscales y de médico legistas.
- Desconocimiento de las garantías del Debido Proceso y de los Derechos Humanos, por parte de los ciudadanos y de los operadores jurídicos.
- Falta de independencia de los funcionarios judiciales y consecuente presión de los

órganos extrajudiciales (no aplicación del indubio pro reo por temor político).

- No existencia de principios éticos, desencadenando deshonestidad, deslealtad, corrupción policial, conducta maliciosa en los abogados, entre otros.
- Existencia del nepotismo y compadrazgo como producto del tráfico de influencias.
- Discriminación racial.
- Ausencia de un órgano de control y supervisión de los operadores jurídicos, en todos los niveles.
- Desconocimiento de los Derechos Fundamentales que amparan a los ciudadanos.
- Reducido número de plazas para defensores de oficio, de tal manera que resultan insuficientes para cubrir las necesidades a nivel policial y judicial. falta de colaboración, en este sentido, del Colegio de Abogados, a fin de exigir la defensa gratuita, de una vez por año, a cada uno de sus asociados.
- Excesiva carga procesal y multiplicidad de funciones de los magistrados (jurisdiccionales., administrativas, culturales, en-tre otras).
- Falta de capacitación permanente y preparación especializada acorde con al nuevo sistema procesal garantista.
- Tráfico de influencias políticas y presión de los medios de comunicación.
- Ausencia física de los fiscales en las dependencias policiales.
- Incumplimiento de los plazos preestablecidos para las actuaciones procesales.
- Ausencia de principio éticos en la sociedad en su conjunto.

5) Evaluación Intrasistémica del Derecho al Debido Proceso

Evaluación Intrasistémica del Derecho al Debido Proceso ¹⁹

En esta segunda muestra, analizada desde las propias resoluciones judiciales, serán el resultado de un trabajo exploratorio del estudio de sentencias expedidas por las instancias de Derecho Público, en el periodo comprendido de 1996 a 1998. En efecto, las resoluciones analizadas se tomaron del Boletín de Jurisprudencia del Diario Oficial El Peruano y de los propios copiadore de sentencias tanto de la Sala como del Juzgado Corporativo Transitorio Especializado en Derecho Público.

Las sentencias seleccionadas que fueron objeto del análisis, se ponderó el criterio de “buena sentencia” caracterizada por una exposición completa de los hechos relevantes, una adecuada determinación o ubicación del derecho aplicable y, en su caso, la construcción de una solución específica sobre la base de principios y normas, una interpretación razonable del derecho aplicable y una concordancia plena entre la parte de los considerandos y el fallo.

¹⁹ Los comentarios de esta parte del trabajo, corresponden a un estudio sobre selección, clasificación y comentarios realizado por Juan F. Jiménez Mayor y organizado por el Consejo de Coordinación Judicial, bajo la supervisión de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Vol. 2. Cuadernos de Debate Judicial. Serie Normativa y Jurisprudencia. Junio 2000. Lima.

Esto permitió reunir y sistematizar un conjunto de resoluciones judiciales para encontrar el análisis de la argumentación judicial que se realizó en cada caso desde una perspectiva formal, verificando las herramientas que utiliza el operador judicial a fin de encontrar y descubrir la solidez del razonamiento efectuado en cada caso. Esta metodología apuntó fundamentalmente a apreciar en qué medida la actuación de los magistrados se ajusta al ordenamiento jurídico, cumpliendo el mandato constitucional de fundamentar las resoluciones judiciales, amén de constituir una garantía de los justiciables.

Es importante precisar que sólo se tomó en cuenta aquellos resultados de este estudio exploratorio, en lo pertinente para el objeto del trabajo, que en realidad es lo que nos interesa conocer, para confirmar nuestras hipótesis. En ese entendido, las conclusiones más importantes son:

i) Una simple indagación acerca de los temas más discutidos a través de las demandas de amparo en nuestro país nos obliga a reconocer que el debido proceso previsto en el inciso 3º) del artículo 139º de la Constitución, es uno de los que más se invoca como derecho lesionado o amenazado

ii) Un primer problema relacionado a la interpretación de las normas es el relativo a la definición de lo que se debe entender por debido proceso, concepto recogido en el inciso 3º del artículo 139º de la Constitución. Ello resulta de suma importancia toda vez que este concepto no sólo requiere definición por la amplitud o generalidad de su formulación lingüística, sino además porque su afectación o amenaza es el objeto sobre el que se discute. En ese sentido, mal podría concluirse que se afectó o no el debido proceso cuando no se tiene claro cuál es su naturaleza, contenido alcance y límites. De las resoluciones revisadas en la mencionada investigación, ninguna cumple satisfactoriamente con ello. En principio podríamos señalar que, en tanto se admiten y se tramitan estas demandas de amparo donde se invoca el derecho al debido proceso, en todas ellas el juzgador asume que el debido proceso es un derecho constitucional. Confirmaría este criterio el hecho que en algunos casos el juzgador simplemente señala que se vulneró el debido proceso sin hacer ninguna referencia expresa a un contenido concreto. (Expediente 39-98/Resolución 363 del 15.4.1998).

“(…) la Administración al no observar el debido proceso para anular una resolución con calidad de cosa decidida, ha violado una disposición constitucional resultando idónea la vía de la Acción de Amparo para reponer las cosas al estado anterior a la violación (…)”.

iii) En otros casos se califica expresamente al “debido proceso” como derecho constitucional. Así, en la sentencia recaída en el proceso de amparo seguido por Luciano Baquerizo Zuzaeta y otros contra el señor Arturo Rivera del Piélagos en su calidad de Presidente de la Asociación Civil Gran Logia de MASONES del Perú (Exp. 27-97/Resolución del 31.12.1997), se califica al “debido proceso” como derecho constitucional. Similar calificación se encontró en la sentencia recaída en el proceso seguido por Mariano Otto Torres Carrasco contra el Poder Judicial (Exp. 569-97/Resolución del 10.12.1997), así como en la sentencia recaída en el proceso seguido por Francisca Alejandrina Espinoza Rojas contra los vocales de la Primera Sala

Laboral de Lima (Exp. 1770-96/Resolución del 2.7.1997).

iv) Sin embargo, el asunto comienza a complicarse cuando se advierte que como consecuencia de invocar el “debido proceso”, lo que finalmente se termina amparando son derechos constitucionales como el de defensa en la sentencia recaída en el proceso seguido por la empresa Telefónica del Perú S.A. contra la Municipalidad de San Juan de Miraflores (Exp. 1067-97/Resolución del 1.10.1997); la pluralidad de instancia en la sentencia recaída en el proceso seguido por la Municipalidad de Jesús María contra el Juez del 28° Juzgado Civil de Lima (Exp. 1351-97/Resolución de 30.6.1997) o la cosa juzgada en la sentencia recaída en el proceso seguido por Hugo Luis Cabrejos Dueñas contra los vocales de la Primera Sala Civil de Lima (Exp. 541-98).

Adicionalmente a ello, encontramos otros casos en los que el “debido proceso” es calificado indistintamente como derecho fundamental, principio, institución o garantía. Así, en la sentencia recaída en el proceso seguido por la empresa Telefónica del Perú S.A. contra la Municipalidad de San Juan de Miraflores (Exp. 1067-97/Resolución del 1.10.1007), la Sala Corporativa Transitoria Especializada en derecho Público al referirse al debido proceso señaló que:

“(…) es la institución del Derecho Constitucional Procesal, que establece los principios y presupuestos procesales mínimos, que debe reunir todo proceso judicial jurisdiccional a fin de otorgar al justiciable la certeza, legitimidad de su resultado en el proceso (...) Sin embargo, en el quinto considerando de la propia resolución se señaló que (...) lo glosado pone en evidencia la arbitrariedad con la que ha procedido la Municipalidad, vulnerando de este modo el Principio General del Debido Proceso, que constituye derecho fundamental de las personas (...)”.

Similar situación se presentó en la sentencia recaída en el proceso seguido por Compañía Latinoamericana de Radiodifusión S.A. contra los vocales de la Sala Especializada en Procesos Sumarísimos y No Contenciosos de la Corte Superior de Lima (Exp. 1838-98/Resolución del 30.10.1998). En efecto, en el segundo considerando de esta resolución se hace referencia:

“(…) al absoluto respeto del contenido esencial del derecho al debido proceso...”. Sin embargo, en el noveno considerando de la propia resolución se señala que “(…) la resolución sub-exámene resulta irregular por haber soslayado el principio jurisdiccional del debido proceso (...)”.

A su vez, en la sentencia recaída en el proceso seguido por la Municipalidad de Jesús María contra el Juez del 28° Juzgado Civil de Lima (Exp. 1351-97/Resolución del 30.6.1998), el “debido proceso” es calificado como garantía.

Por su parte, en la sentencia recaída en el proceso seguido por Jorge Miguel Alarcón Menéndez contra el Poder Judicial (Exp. 1418-97/Resolución de 5.6.1998), se aprecia que la Sala trata de aproximarse a una definición del “debido proceso”. Al señalar que la negativa de la autoridades del Poder Judicial de concederle la posibilidad de informar oralmente al demandante así como de entregarle una copia del informe que en su contra emitiera la Jefatura del Órgano de Control interno del Poder Judicial, estableció que tal actitud:

“(…) no se condice con el derecho constitucional del debido proceso y la tutela jurisdiccional, entendido como el plexo de garantías procesales expresados positivamente en nuestro ordenamiento, que constituye la seguridad que el ciudadano no será privado de ninguno de sus derechos, sean fundamentales o comunes, sin la tramitación de un proceso desarrollado en la forma que sanciona la ley”.

De este modo, como se puede ver, no queda claro qué se entiende por “debido proceso”; es decir, si es un derecho fundamental, un principio jurisdiccional, una garantía funcional u orgánica de la administración de justicia, una garantía institucional o varias cosas a la vez.

Un tema preocupante en relación a la interpretación de los alcances del principio del debido proceso lo encontramos en la sentencia recaída en el proceso seguido por Francisca Alejandrina Espinoza Rejas contra los vocales de la Primera Sala Laboral de Lima (Exp. 1770-96/Resolución del 2.7.1997). En efecto, en el cuarto considerando de esta resolución se señaló que la afectación al principio del debido proceso:

“(…) está referida a la inobservancia o inaplicación de los procedimientos que determinan los mecanismos adjetivos correspondientes (…)”.

Es decir, se acoge un criterio estrictamente formalista para evaluar si hubo o no afectación al debido proceso, cuando en nuestro sistema existen una serie de normas procesales vigentes que no pasan un control de constitucionalidad desde la perspectiva del proceso. La interpretación propuesta en esta sentencia constituye un típico caso de interpretación de la Constitución conforme a la ley, vicio interpretativo que desconoce la primacía constitucional y desvirtúa la naturaleza expansiva de la garantía del debido proceso.

6) Tercer Caso: Jaime Castillo Petrucci y otros vs. Estado Peruano

El 30 de mayo de 1999, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó sentencia en el caso de cuatro ciudadanos chilenos que fueron condenados por la Justicia Militar del Perú por el delito de Traición a la Patria (terrorismo agravado). La CIDH, haciendo hincapié en su naturaleza de tribunal de derechos humanos y no de tribunal penal que defina la inocencia o culpabilidad de las personas, declaró que el Estado Peruano había violado diversos dispositivos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que, entre otros aspectos, garantizan el derecho a un debido proceso.

De esta manera, declaró la invalidez del proceso seguido ante la justicia militar por traición a la patria (terrorismo agravado), y ordenó que se lleve a cabo “en un plazo razonable” un nuevo juicio con la plena observancia del debido proceso legal.

En realidad, el fallo de la Corte no ha debido sorprender a nadie, en particular a las partes en el proceso contencioso. Y es que la decisión sólo recoge, y en algunos extremos desarrolla, los argumentos y las críticas que respecto de la legislación antiterrorista peruana han sido vertidos desde 1992, tanto a nivel nacional como internacional, por instituciones de derechos humanos, académicos (el informe Goldman) y organismos de la Organización de los Estados Americanos²⁰ y de las Naciones Unidas

21 .

De acuerdo a la línea jurisprudencial, la decisión de la Corte era fácil de imaginar. No podía ser sino coherente con los fallos precedentes recaídos en el caso Loayza Tamayo, en las cuales declaró que los Decretos Ley N° 25475 y N° 25659 son incompatibles con la Convención Americana y dispuso *inter alia* que el Perú adopte medidas de derecho interno necesarias para conformar los mencionados decretos leyes a sus obligaciones internacionales. Mandato, que por cierto, el Perú no ha cumplido.

En el discurso oficial, realmente –el trato que se le dio a esta sentencia– se llegó a niveles inimaginables de una total de pérdida de responsabilidad ética y política, incluso de la razón. Lideró esta corriente de opinión Alberto Fujimori quién, lejos de acatar la decisión judicial y pronunciarse por la inmediata ejecución de la sentencia, como corresponde, inició una campaña pública de desinformación que no ha dudado en sostener que la Corte ha ordenado la libertad de los cuatro internos chilenos y el pago de una indemnización, y que dicho fallo abre las puertas de la cárcel a Abimael Guzmán y otros terroristas. Hechos por supuestos que no eran ciertos.

a) Antecedentes del caso

En enero y agosto de 1994, representantes de la organización chilena Fundación de Ayuda Social de las Iglesias Cristianas (FASIC) y miembros de la Comisión Chilena de Derechos Humanos presentaron una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a favor de Jaime Castillo Petruzzi, María Pincheira Saez, Lautaro Mellado Saavedra y Alejandro Astorga Valdéz, quiénes habían sido procesados en el Perú por un tribunal militar sin rostro y condenados a cadena perpetua como autores del delito de traición a la Patria.

Invitado a una solución amistosa, el Estado peruano rechazó la propuesta, pese a que los pronunciamientos de la Comisión Interamericana en el informe anual de 1992-1993 y en el informe sobre la situación de los derechos humanos en el Perú, 1993, hacían entrever la posible decisión contraria y el subsecuente traslado del caso a la Corte.

Aprobado el informe del caso por la Comisión, en marzo de 1997, el mismo que recomendaba la nulidad del juicio y un nuevo procesamiento en el fuero común, el Estado Peruano tampoco adoptó medida alguna que pudiera cerrar la denuncia sin necesidad de llegar a la Corte.

En julio de 1997, la Comisión Interamericana sometió a la Corte la demanda en contra del Estado peruano por haber violado los siguientes derechos:

- A la nacionalidad de los cuatro ciudadanos chilenos (artículo 20° de la Convención Americana).
- Al haberlos juzgado y condenado con fraude a la Ley por delito de Traición a la Patria.

²⁰ Véase el informe sobre la situación de los Derechos Humanos en el Perú, de 1993 y los informes anuales de la Comisión

²¹ Véanse las observaciones preliminares y observaciones finales del Comité de Derechos Humanos al segundo y tercer informe periódicos del Perú, el informe del Relator Especial sobre independencia de los jueces y abogados, el informe del Relator Especial sobre la Tortura y el informe del Grupo de Trabajo sobre detención arbitraria.

- Por haber infringido las garantías judiciales (artículo 8° de la Convención Americana).
- Al haberlos juzgado y condenado a través de jueces no competentes, independientes e imparciales, y en un procedimiento en el que no se respetaron la presunción de inocencia, el derecho de defensa, la publicidad y el derecho de recurrir del fallo ante tribunal superior.
- Por haber lesionado el derecho a la integridad personal (artículo 5° de la Convención Americana), al efectuar el arresto, procesamiento por jueces castrenses, y la posterior condena a perpetuidad en el penal de Yanamayo (Puno-Perú).

b) Breve motivación y fundamentación del fallo de la Corte

En primer lugar, según el fallo el Estado ha violado el derecho a la libertad personal, pues la legislación peruana, de acuerdo con la cual una persona presuntamente implicada en el delito de traición a la patria puede ser mantenida en detención preventiva por una plazo de 15 días, prorrogables por un periodo igual, sin ser puesta a disposición de la autoridad judicial, contradice la Convención.

En segundo lugar, el estado ha violado el principio de legalidad y de retroactividad dado que las conductas descritas como delito de terrorismo y traición a la patria son similares en diversos aspectos fundamentales, lo que afecta la situación jurídica de los inculcados en cuanto a la sanción aplicable, el tribunal del conocimiento y el proceso correspondiente.

En tercer lugar, el Estado ha violado el derecho a las garantías judiciales y el debido proceso, toda vez que la habilitación de la justicia militar para el juzgamiento de los civiles por el delito de traición a la patria importa la afectación del juez ordinario y subsiguientemente el debido proceso; las propias Fuerzas Armadas que combaten a la subversión están encargadas del juzgamiento de los acusados de terrorismo, lo que mina la imparcialidad del magistrado; el nombramiento de los vocales del Consejo Supremo es realizado por el Ministerio de Defensa, y tales magistrados determinan los futuros ascensos, incentivos profesionales y asignación de funciones de sus inferiores, lo que pone en duda la independencia de los jueces castrenses; la labor de los abogados defensores fue restringida y la posibilidad de ejercer una defensa de descargo fue escasa; se violó el derecho a interrogar testigos; se quebrantó el derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior; y no se observó el derecho a la publicidad del proceso.

En cuarto lugar, el Estado ha violado el derecho a la protección judicial al negar a los chilenos la posibilidad de interponer acciones de garantía.

En quinto lugar, el Estado ha violado el derecho a la integridad personal de los ciudadanos chilenos al mantenerlos en condiciones de detención que constituyen tratos crueles, inhumanos o degradantes.

En sexto lugar, el Estado, al someter a los chilenos a procedimientos en los que se violan diversas disposiciones de la Convención, ha incumplido su deber de respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y de garantizar su libre y pleno ejercicio.

En séptimo lugar, las disposiciones contenidas en la legislación de emergencia en materia de terrorismo, y particularmente los decretos leyes 25475 y 25659, infringen el

deber del Estado de adoptar las medidas adecuadas de derecho interno que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades.

c) Parte resolutive del fallo. La Corte ha declarado:

- La invalidez, por ser incompatible con la Convención, del proceso en contra de los cuatro ciudadanos chilenos y ordenar que se les garantice un nuevo juicio, en la vía ordinaria, con la plena observancia del debido proceso legal.
- Que el Estado peruano adopte las medidas apropiadas para reformar las normas que han sido declaradas violatorias de la Convención.
- Que el Estado peruano pague una suma total de diez mil dólares a los familiares de los ciudadanos chilenos que acrediten haber hecho las erogaciones correspondientes por los gastos y costas.

7) Cuarto Caso

Cuarto Caso ²²

Con el propósito de tener un referente de cómo en el derecho español se entiende y cuáles son los elementos esenciales del derecho al debido proceso, presentamos la sentencia 47/1998, de fecha 2 de Marzo de 1998, publicada en el Boletín Oficial de España (Nº 77, de 31 de marzo). Sala Segunda. Recurso de amparo 2268/1994. Ponente: Magistrado D. José Gabaldón López. Deniega el amparo. Garantías del proceso debido: derecho al Juez imparcial. Motivación en relación con la concreción de la pena.

Señala el Tribunal Constitucional Español que:

“de las garantías del proceso debido, que reconoce como derecho fundamental el artículo 24.2 CE, forma parte la del Juez imparcial que, aunque no se cite de forma expresa, constituye no sólo una de las notas esenciales del principio acusatorio, que encuentra su protección constitucional en el derecho a un proceso con todas las garantías, sino también y al propio tiempo es un derecho fundamental, implícito en el derecho al Juez legal, proclamado en el mismo núm. 2º del art. 24º CE. La imparcialidad del Juez puede por otra parte analizarse desde una doble vertiente: La relación del Juez con las partes, calificable como subjetiva y la que busca preservar la relación del juzgador con el objeto del proceso, denominada imparcialidad objetiva, única que aquí interesa, y que se dirige a asegurar que los Jueces y Magistrados que intervengan en la resolución de una causa se acerquen a la misma sin prevenciones ni prejuicios que en su ánimo pudieran quizá existir a raíz de una relación o contacto previos con el objeto del proceso (STC 157/1993),” (F.J, 4).

De acuerdo con esta doctrina, el Tribunal Constitucional español rechaza la pretendida vulneración del derecho al Juez imparcial, pues la previa intervención de uno de los Magistrados de la Sección de la Audiencia Provincial que había dictado la

²² La sentencia que presentamos, la hemos tomado de: La Justicia Penal en la Jurisprudencia Constitucional 1998, de Manuel Jaén Vallejo. Dykinson. 1999. Madrid.

Sentencia impugnada se produjo cuatro años antes al dictar una Sentencia en un pleito civil.

Capítulo II. El Contexto Político y Democrático del Derecho al Debido Proceso Penal: el “Estado de Derecho”

GENERALIDADES

El género humano está provisto de una tendencia definida a la asociación o comunidad. Los individuos sienten necesidades impostergables que requieren ser satisfechas, no sólo para la conservación individual, sino para la supervivencia de toda la especie. De la urgencia para satisfacer estas necesidades nacen diferentes formas de asociación en conformidad con los diferentes tipos de necesidades. De ahí la existencia de la horda, la familia, el clan, la tribu, la iglesia, el municipio, el estamento, el gremio, la clase, el Estado, etc. Los hombres aislados no podrían subsistir, sólo sobreviven y mejoran gracias a su tendencia sociabilizadora, que en este sentido aparece como un hecho natural y primario, como una realidad objetiva con existencia independiente de la voluntad misma del hombre, determinada por sus necesidades de subsistencia.

La comunidad primitiva se transforma en comunidad estatal, es decir política en el instante en que las relaciones humanas, tanto con la naturaleza que le provee de recursos, como con sus semejantes, hacen necesaria la presencia de una autoridad o gobierno con poder de coacción, para imponer a los hombres un modo general de convivencia y la obediencia a determinadas reglas de conducta.

A medida que las relaciones humanas se hacen más complejas y vastas, dividiéndose la sociedad en castas, estamentos, gremios y clases, se produce también, paralelamente, un desarrollo amplio del Estado como institución política. De un conjunto mínimo de funciones públicas relativas a la defensa exterior y a la preservación del orden público interno, la acción del Estado fue abarcando un campo de mayores intervenciones en las relaciones sociales hasta desembocar en una frecuencia de actividades de evidente injerencia en la vida económica y social de la comunidad humana. De esta manera, el Estado ha llegado a constituir una situación de convivencia social, en su forma más elevada, pero sujeta también a las condiciones mutables y peculiares de cada época y cada país.

La importancia del Estado en el mundo moderno no puede ser disimulada. Casi la totalidad del territorio del planeta se encuentra ocupada por los mismos y los pocos lugares que aún no forman parte de un ente estatal, están siendo paulatina y rápidamente ocupados por hombres que hincan sus banderas y reclaman la incorporación de los mismos a los centros de poder del cual dependen.

En consecuencia, la importancia que tiene éste instituto para la vida de los seres humanos, es que nadie puede sustraerse a sus efectos, aún en el caso que no tengan conciencia de pertenecer a ésta organización, como podría ser el caso de un aborigen selvático que careciera de toda noción del país donde vive. Los dictados del centro de poder del que depende el territorio que habita van a tener influencia sobre su existencia y pueden cambiar el curso mismo de su vida.

Pero si esto pasa con un ser humano en esta condición, la relación entre el Estado y un hombre contemporáneo, es vital. Muchos de sus actos tienen que ver con lo acordado para los centros de poder de esa organización; además, cada día la presión para fortalecer ese poder aumenta, los controles sobre los actos de los ciudadanos son mayores. La libertad que se suponía base natural limitada sólo por excepción, es cada vez más restringida. Si para mejor o para peor, es un tema que no corresponde desarrollar en esta investigación donde solamente se registra el hecho.

No es objetivo en el desarrollo de este segundo capítulo profundizar en las transformaciones del Estado contemporáneo, sino aproximarnos a formular los elementos básicos que constituirán el contexto real del derecho al debido proceso, así como sus exigencias y su propia estructura interna, entendidos como requisitos de un Estado moderno.

2.1 El Liberalismo, la Concepción Liberal del Hombre y El Estado Liberal como contexto Histórico del Estado de Derecho

El liberalismo como concepción del mundo tiene una amplia gama de exponentes e interpretaciones. Históricamente, surge como un movimiento basado en planteamientos

racionales, que cuestionan las instituciones y los valores de la sociedad feudal y del absolutismo y de las teorías que trataban de justificarlos.

El término “liberal” toma su sentido moderno en el siglo XIX, cuando se esparce la ideología liberal, cuando se forman los grandes partidos liberales contemporáneos, cuando se instauran progresivamente las instituciones liberales. Sin embargo, la ideología liberal tiene orígenes más antiguos. La revolución protestante ha tenido un papel esencial al respecto, proclamando el principio del libre examen de conciencia y negando la autoridad del Papa. El método de Descartes, rechazando los principios a priori y sometiendo todo a una crítica del conocimiento iba en este mismo sentido. La ideología liberal se construye sobre estas bases. Las teorías del Inglés John Locke en el siglo XVII y las de los filósofos Franceses del XVIII forman el armazón general. Las consecuencias políticas fueron desarrolladas por las revoluciones norteamericana y Francesa, y las controversias que suscitaron (Duverger 1970: 89-99, 112-113).

David G. Smith define al liberalismo como: “la creencia en un conjunto de métodos y prácticas que tienen como objetivo común lograr una mayor libertad para los individuos” (Smith 1975: VOL.6). El liberalismo concebido como un sistema coherente de ideales y objetivos prácticos se desarrolló primeramente en Inglaterra durante los siglos XVII y XVIII. Ya durante esta época el pensamiento y las prácticas liberales inglesas insistían en dos principios fundamentales. Uno, en la reprobación de toda autoridad arbitraria; y otro, la libre expresión del individuo.

Paralelamente a la evolución del pensamiento liberal, en Europa Occidental, acontece una serie de hechos socio-históricos, como fue el ascenso cada vez más rápido de la burguesía y su influencia sobre el poder político y sobre los valores predominantes de la época. Durante la formación del pensamiento liberal, las luchas entre la burguesía y el absolutismo se agudizan, las relaciones económicas se universalizan y se sostiene que la libertad económica es fundamental para la institucionalización de la libertad política. En esta época, el espacio geográfico comercial se amplía en relación a los países de Europa Occidental, sobre todo por el descubrimiento de América y el descubrimiento de nuevas rutas para conquistar mercados asiáticos. La tecnología²³ alcanza un desarrollo antes inimaginable por los hombres, que va a contribuir al cambio de las diversas concepciones del mundo que, anteriormente, parecían inamovibles (Miro Quesada 1986: 291).

Dos corrientes íntimamente ligadas pueden señalarse en el liberalismo. Por un lado, esta el llamado liberalismo político que critica la estructura del poder feudal y absolutista; por el otro lado, el liberalismo económico que se opone al monopolio absoluto del Estado sobre la economía, la riqueza, la producción y el comercio.

a. El Liberalismo Político

Desde la perspectiva del Derecho Político, la consecuencia más destacable de las

²³ De especial ayuda en esa tarea serían los avances logrados en el campo de la física, la astronomía, la fisiología y la matemática. Las Investigaciones, entre otros, de Francis Bacon, de Galileo Galilei, de Descartes y de Robert Boyle abrieron el horizonte del conocimiento y proporcionaron valiosos instrumentos para la formación de las nuevas doctrinas políticas sociales.

convulsiones revolucionarias de finales del siglo XVIII fue la inauguración de la era constitucional o, si se prefiere, de la primera etapa del constitucionalismo moderno, caracterizado por la fijación en un texto escrito de los principios y normas concernientes a la organización del Estado y del poder. Indudablemente, el mero hecho de establecer en un documento formal las reglas determinantes del origen y configuradoras del ejercicio del gobierno, implicaba por sí mismo una limitación del poder político. Hasta entonces la nota característica del poder –de los monarcas- había sido la arbitrariedad, es decir, el no derecho y la discrecionalidad más absoluta.

El liberalismo político está enteramente resumido en el artículo 1º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en Derechos”. Las palabras libertad e igualdad expresan lo esencial de la ideología liberal. El tercer término de la divisa republicana francesa “fraternidad” fue añadido en 1848 y traduce una influencia de la ideología socialista. La ideología liberal es individualista; basada en la búsqueda del interés personal, que ella afirma que es el mejor medio de realizar el interés general; es todo lo contrario de la “fraternidad”.

Francisco Miró Quesada Rada, hace un desarrollo muy interesante sobre las características del liberalismo clásico, comenzando en señalar que John Locke, considerado como el padre del liberalismo y máximo exponente del individualismo liberal, en su obra “Tratado sobre el Gobierno Civil”, sostuvo que la propiedad privada es una condición inherente al ser humano, que existe en el estado natural del hombre y es anterior a la formación de la sociedad civil. De ahí que todos los hombres sin distinción deben tener derecho a la propiedad privada.

Asimismo, plantea la tesis de la separación de poderes, sosteniendo que el poder no debe estar concentrado en una sola mano, sino que debe estar dividido como una función del Estado; que el poder del Estado más importante es el legislativo porque congrega a los representantes elegidos por el pueblo; que el desarrollo y la estabilidad de la democracia dependía de la tolerancia de los gobernantes, respeto a la oposición y a la crítica de los gobernados. También dijo, que un pueblo tenía derecho de rebelarse contra un gobierno opresivo que usurpara o no cumpliera con el mandato popular, porque es el pueblo el único capaz de instituir un gobierno o de cambiarlo (Miro Quesada 1986: 292).

Posteriormente, al expandirse las ideas de Locke, principalmente en Francia, Montesquieu se encarga de divulgar las ideas y las enriquece con la teoría de los “pesos y contrapesos”, porque según el pensador francés, los llamados poderes del Estado, deberían controlarse entre sí, para evitar el abuso del poder, pero, a su vez, manteniendo independencia y autonomía. De esa manera, la teoría de los pesos y contrapesos, constituye un antecedente de la moderna teoría del control, intraorgánico e interorgánico del constitucionalismo contemporáneo.

En la obra “El Espíritu de las Leyes”, Montesquieu toma partido del denominado “liberalismo Aristocrático” como conservador ilustrado, aunque no fue partidario del “laissez faire”, creyendo en el centralismo estatal, ya que sostiene que el Estado debería cumplir una efectiva labor de control social, con el fin de establecer una subsistencia asegurada como la alimentación, vestido conveniente y buena educación.

A partir de este hecho, el liberalismo sufre un desmembramiento: El utilitarismo político, desarrollado por Jeremías Bentham en Inglaterra y con Voltaire y Diderot en Francia. El primero de los nombrados formula con claridad los fundamentos del utilitarismo, definiéndolo como aquello que sólo es bueno en la medida que es útil para el hombre; lo útil es bueno porque de esta forma el hombre se realiza, siempre y cuando alcance su felicidad.

Voltaire, fue un apasionado defensor de la libertad de prensa y de las libertades civiles, que para él son más importantes que las políticas. Se pronuncia en contra de las detenciones arbitrarias y aboga por la supresión de las torturas y de la pena de muerte. Pide la abolición del proceso secreto, la adecuación de las penas a los delitos, la unidad de la legislación, la supresión de las aduanas interiores, la mejor recepción de los impuestos, la supresión de algunos derechos señoriales, y la garantía de la libertad de pensamiento y expresión.

En esta etapa, el liberalismo clásico llega a su máxima expresión con el pensamiento genial de Juan Jacobo Rousseau, quién recibe la influencia de Locke y de Montesquieu, pero su pensamiento fue más radical, constituyéndose en un liberal radical. Rousseau señalaba que el mal radica en la riqueza: la propiedad privada ha dividido a los hombres en dos grupos: los pobres y los ricos. La propiedad privada es una situación histórica contraria a la naturaleza humana, y también es el Estado un instrumento de dominación, porque ha sido creado por los fuertes para esclavizar a los débiles; por consiguiente, el estado natural del hombre no tiene su origen en la propiedad privada ni en el Estado, sino en la libertad que tiene su origen en el contrato social, es decir, en la concertación de las voluntades colectivas para elegir a una autoridad.

Todas estas ideas liberales se esparcieron gracias al movimiento enciclopedista, que se caracterizó por la intensidad con que difundió las nuevas ideas, principalmente en el continente americano e inspiraron a los revolucionarios de Norteamérica e Hispanoamérica.

b. El Liberalismo Económico

El liberalismo económico está resumido en el célebre eslogan “laissez faire, laissez-passer”: el primer término significa la libertad de producción, el segundo, la libertad de comercio.

En cuanto al desarrollo del liberalismo moderno o llamado también neoliberal, surge a raíz de las tesis expuestas por Herbert Spencer en su ensayo denominado “Demasiadas Leyes”, en donde se opone decididamente al intervencionismo estatal, defendiendo en cambio, la iniciativa privada (Miro Quesada 1986:295).

Herbert Spencer, sostiene que el gobierno no debe ser más que un comité de administración y que, si bien la función del liberalismo en el pasado fue limitar el poder de los reyes, su misión futura será limitar el poder de los parlamentos. Por otro lado, destaca y justifica el rol social que juegan los empresarios, quienes arriesgándolo todo, contribuyen al progreso de la sociedad, la técnica y la ciencia.

El nuevo liberalismo del siglo XX se expresa en tres tendencias: el liberalismo

nostálgico, que se opone al intervencionismo del Estado; el liberalismo intervencionista u organizado, que se caracteriza por estar de acuerdo con la intervención del Estado para regular el mercado y ampliar el control social y la economía social de mercado, que es un intento por combinar ciertas formas de planificación estatal con la libre competencia. Otros lo consideran, como un modelo alternativo de desarrollo socio-económico dentro del sistema capitalista y una opción a la economía centralizada y planificada del socialismo.

Las instituciones políticas de la democracia liberal se desarrollan primero en el seno de las monarquías europeas, donde tendieron a establecer frente al rey una representación nacional (“asambleas de Estados” del siglo XVI, que se conservan en Gran Bretaña bajo la forma de Parlamento) y jueces independientes. A finales del siglo XVIII se establecieron en los Estados Unidos, fuera del cuadro monárquico y aristocrático. Este se disgregó progresivamente en la Europa de los siglos XIX y XX y se reduce actualmente a vestigios sin importancia (Cámara de los Lores en Gran Bretaña, monarcas ingleses, escandinavos, belgas y holandeses).

La diversidad de las tradiciones y de los contextos nacionales lleva consigo una diversidad paralela en los sistemas políticos occidentales. Sin embargo, todos disponen de unos mismos elementos básicos fundamentales: representación popular basada en elecciones libres, separación de poderes que garantiza un control del Gobierno por el Parlamento, jerarquía de normas jurídicas basadas en el principio de legalidad. Estas instituciones tienen el mismo fin: impedir que el poder político sea demasiado fuerte para salvaguardar las libertades de los ciudadanos. (Duverger 1970: 88-89 y 112-113).

La concepción liberal del hombre en el desarrollo de las ideas liberales, subyace una concepción liberal del hombre, el que por naturaleza es bueno y capaz de perfeccionarse, lo cual lo dignifica y lo hace capaz de desarrollarse libremente. Por eso no hay que extrañarse que tal concepción humanista, haya sido el suelo fértil sobre la cual se ha basado la doctrina de los derechos y de la igualdad natural de los hombres en tanto tales. En consecuencia, para el liberalismo toda persona es un individuo, libre, digno e igual ante la ley (Madriñan 1997: 28).

El hombre era considerado individualmente, o en otras palabras, como un ser único e irrepetible, el cual con su consentimiento participaba en la conformación del Estado, y por esa misma razón debía ser tratado como tal por el ente público. En consecuencia, para explicar tal individualidad, los autores descritos anteriormente, principalmente, Locke y Rousseau, sitúan al hombre en un estado denominado “estado de naturaleza”.

John Locke, expresaba al respecto:

“Y es éste (el estado de naturaleza) un estado de perfecta libertad para que cada uno ordene sus acciones y disponga de sus posesiones y personas como juzgue oportuno, dentro de los límites de la ley de la naturaleza, sin pedir permiso ni depender de la voluntad de ningún otro hombre” (Locke 1994:36).

El estado de naturaleza, explica Locke, es:

“También un estado de igualdad, el que todo poder y jurisdicción son recíprocos, y en donde nadie los disfruta en mayor medida que los demás. Así, en lo que respecta a la

igualdad, a lo menos de manera formal, toda persona se reputa igual a los demás, lo que significa que al legislador se le impone el deber de otorgar leyes generales que cubran a todos los miembros del Estado, por lo que estos tienen que gobernar guiándose por leyes promulgadas y establecidas, que no han de variarse, sino que han de aplicarse igualmente al rico y al pobre, al favorito en la corte y al campesino que empuña el arado”.

De esta manera, el liberalismo se convierte en un terreno fértil para las ideas humanizantes, como es el concepto de dignidad humana, a través del cual los individuos tienen el derecho de desarrollar su personalidad libremente, teniendo como único límite el interés general y los derechos de los demás. En ese sentido, el liberalismo tiene dos conquistas históricas irreversibles: la lucha contra el absolutismo, concretamente, con el sistema político de las monarquías absolutas imperantes en Europa durante el siglo XVII.

Sobre este punto, muchos fueron los mecanismos y fórmulas establecidas para limitar el poder absoluto del rey, dentro de las cuales tenemos el principio de soberanía popular, el principio de legalidad y la división de poderes, instituciones que son propias de un Estado de Derecho, las mismas que serán analizadas en la parte final de este capítulo con mayor amplitud.

En segundo lugar, tenemos la proclamación de los derechos del hombre, que fueron una consecuencia de la lucha contra el absolutismo, siendo las más trascendentales: en España, el decreto de Alfonso IX en las Cortes de León de 1188; la Carta Magna del Rey Juan II de Inglaterra de 1215; el Bill Of Rights de 1689 que aparece ya como un pacto o convención entre el Rey y el pueblo representado por el parlamento; la Declaración de Derechos del Estado de Virginia de 1776 y la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del ciudadano del 26 de agosto de 1789.

Son, en consecuencia, estas declaraciones de derechos, las que a la larga terminan siendo, no sólo la mejor arma contra el absolutismo, por cuanto determinan que el poder estatal comienza y termina en ellos, sino, adicionalmente, el legado más importante del liberalismo, conjuntamente con el modelo de Estado de Derecho, el cual, como ya lo anunciamos, será analizado más adelante.

El Estado liberal de derecho nace como expresión de desconfianza frente al poder estatal y, consecuentemente, con el propósito de reducir el papel del Estado; por ello, el Estado Liberal es un Estado mínimo, que apenas tiene funciones; que prácticamente no hace nada. Asimismo, lo que caracteriza al Estado Liberal no es la cantidad de funciones que desempeñe sino su estructura, es decir, dicho Estado se caracteriza por ser un Estado constitucional en el sentido garantista del término.

Es probable que se advierta las constantes referencias a las garantías de la propiedad, pero ésta no debe entenderse tan sólo como propiedad en el sentido capitalista del término (o como derecho real sobre las cosas), sino como patrimonio del hombre en el que se comprende tanto la vida como la libertad y los bienes. La propiedad, tal como se entiende en la actualidad, es esencial porque es el instrumento de ejercicio de la libertad, pero quién realmente sufre los efectos de la concentración del poder es el hombre y su libertad, con lo que, como consecuencia, sufre también su propiedad.

Remedio Sánchez F. –citando a Sartori– desde una perspectiva histórica fundamental, asume que el liberalismo es:

“La teoría y la praxis de la protección jurídica de la libertad individual a través del Estado constitucional.” (Sánchez 1993:107).

En ese orden de ideas, el Estado Liberal de Derecho parte del supuesto de que el individuo es titular de unos derechos innatos (vida, propiedad, libertad) y que debe existir una regla técnica que le sirva de garantía: la separación de poderes. Es evidente la importancia que ha tenido Locke y Montesquieu, además de otros autores, en la configuración del Estado Liberal de Derecho (Ferrando 1989:74).

Este autor nos señala, que toda la filosofía política de la democracia liberal –la llamada democracia clásica– descansa en la idea de que la libertad es un supuesto irreductible del ser humano. Puede sin duda sufrir limitaciones de diversos tipos, pero no negarse. Una democracia liberal, por muy fuerte que pretenda ser, no puede ni debe rechazar sus propios fundamentos. La estructura de poderes de la democracia tiene como origen histórico la defensa de la libertad frente a la sujeción.

Las libertades públicas liberales, en su doble vertiente de limitaciones al poder y de instrumentos de oposición fueron concebidas, empíricamente, cada una de ellas, como contrapuntos a cada uno de los abusos del Antiguo Régimen. De ahí que a las libertades de la burguesía liberal se las considere como libertades - resistencias, como medios de resistir al poder de los gobernantes. El poder político, en el Estado Liberal de Derecho, se convirtió, por ello, en gendarme de la libertad.

Las libertades resistencias fueron proclamadas a finales del siglo XVIII por las revoluciones americana (Declaración de derechos, votada en Filadelfia el 14 de octubre de 1774, y la Declaración de Independencia de los Estados Unidos el 4 de julio de 1776) y Francesa (Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789)²⁴. Toda la historia de la formación de los diversos y concretos regímenes democráticos, a lo largo del siglo XIX, se caracteriza por su tendencia a la realización de instituciones políticas que garanticen –formalmente al menos– la libertad de los ciudadanos y les hagan dueños del poder político. La evolución de la democracia liberal en el siglo XIX ha desembocado en un doble resultado que expresa la esencia de la democracia occidental: es, a un mismo tiempo, una participación de los ciudadanos en el poder, en especial a través de las elecciones y un reconocimiento del derecho de los ciudadanos a oponerse al Poder en función de la existencia de las libertades políticas. O, dicho de otro modo, un gobierno de la mayoría que respeta los derechos de la minoría.

²⁴ Es importante al respecto, destacar lo que señala Elías Díaz en su obra Estado de Derecho y Sociedad Democrática sobre el Liberalismo y el Estado de Derecho. El artículo 16º de la mencionada Declaración de 1789 establecía lo siguiente: “La sociedad en que la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes determinada carece de Constitución”. No toda sociedad tiene, pues, en rigor y según esto, Constitución; no serán así sistemas constitucionales aquellos donde esas condiciones no se cumplan (...). Hacen falta ciertos requisitos para serlo. Dicho artículo 16º establece ya dos de ellos: la garantía de los derechos fundamentales del hombre y la separación o división de poderes. Por su parte, los artículos 3º y 6º de la Declaración de 1789 proclaman la absoluta primacía de la Ley, que es expresión de la voluntad general” en cuanto que “el principio de toda soberanía reside esencialmente en la nación. Se trata, por tanto, del imperio de la Ley (positiva) como base de toda la construcción: Ley entendida en un sentido muy concreto como disposiciones emanadas de la Asamblea Nacional, primando así sobre todos los demás actos estatales (administrativos, judiciales y legislativos de inferior rango) que a ella deberán subordinarse.

Finalmente, para concluir esta perspectiva de una definición del Estado Liberal, en palabras de Remedio Sánchez, ésta organización política presentó las siguientes características (Sánchez, 1989):

1. El Estado Liberal es un Estado constitucional.
2. La unidad de la soberanía encarnada en la persona del monarca se traslada a un nuevo ente, también unitario, que es la nación.
3. El Parlamento liberal va a concebirse como templo de la razón, como institución principal dentro de la estructura estatal cuya función es controlar al ejecutivo de suerte que éste, sólo entra en acción a partir de, y en el marco de, las disposiciones de aquél.
4. El alcance de representación de los diputados es a toda la nación, aunque procedan siempre de las clases pudientes.
5. El voto es restringido, censitario y capacitario, como corresponde al concepto de nación y de parlamento.
6. Los partidos políticos son grupo de parlamentarios con ideas afines que no pretenden aumentar el número de sus miembros sino reunir en su seno a las personalidades.
7. El Estado debe ser inhibicionista.

El Estado Liberal es, ante todo, la primera expresión histórica del Estado de Derecho. Sólo a partir de entonces puede hablarse propiamente de sometimiento de la acción estatal a la Ley (imperio de la Ley)²⁵ y, por consiguiente, de Estado Constitucional.

2.2 La Idea de Estado de Derecho: Algunos Problemas para su Definición

Es una verdad incuestionable que, en la época moderna, en su generalidad, las sociedades se organizan como Estados y los Estados se autorregulan como Estados de Derecho. El Estado de Derecho no es un concepto antiguo, sus connotaciones se vinculan de forma clara y precisa a un tipo de Estado que se consolida en el mundo occidental en el siglo XIX y que irradia su fuerza ideológica como hemos visto, por medio del Estado Liberal. En efecto, el Estado Liberal implicó en el campo político, la repercusión de las corrientes ideológicas que hicieron sentir su fuerza triunfante y marcaron un hito más relevante en la llamada doble revolución (la revolución industrial

²⁵ Se ha señalado acertadamente la importancia que la escuela racionalista clásica del Derecho natural ha tenido como antecedente directo de la doctrina del imperio de la Ley. En efecto, a través de la Revolución Francesa se produce el paso del iusnaturalismo racionalista de los siglos XVII y XVIII al positivismo liberal del XIX; la dignidad y racionalidad del Derecho natural del XVII-XVIII pasan a ser en el siglo XIX atributos del Derecho Positivo. En ese contexto. Autores como Grocio, Locke, Puffendorf, Rousseau o Kant constituyen con sus peculiares variantes puntos centrales de esa evolución que va desde el iusnaturalismo racionalista al imperio de la Ley positiva propio del Estado de Derecho.

inglesa y la revolución francesa), la cual significó la definitiva implantación de la burguesía como clase dominante de la sociedad tanto en lo político como en lo económico y cultural.

La insistencia en la precisión histórica y conceptual es necesaria porque la fórmula del Estado de Derecho se ha visto rodeada de un gran prestigio, gracias a la perfección de su construcción jurídica y gracias también a la connotación democrática que en ocasiones se ha visto acompañada, pero ello no ha sido óbice, de otra parte, para que no pocos regímenes de carácter autoritario hayan pretendido revestirse del ropaje del Estado de Derecho, tratando de obtener o simular una legitimación de la que realmente carecían. Es por ello que el concepto de Estado de Derecho, aparte de la evolución histórica que ha sufrido, se ha visto también conducido a una cierta degeneración, derivada del uso y abuso del mismo.

En este sentido, por ejemplo Antonio Pérez-Luño, señala:

(...) los intentos de superación de la versión liberal del Estado de Derecho plantean, en efecto, la cuestión de si pueden englobarse en el concepto general de Estado de Derecho. Se trata, en otras palabras, de comprobar hasta qué punto las nuevas adjetivaciones del Estado de Derecho han afectado a su sustantividad, que deberá ser precisada. Pues, no deja de producir cierta perplejidad la observación de cómo una estructura fundada en la ideología liberal ha sido utilizada luego para perseguir fines sociales contrapuestos a aquellos para los que se creó. (Pérez-Luño 1998: 237)

Juan Ramón Capella (1997), en una reciente obra intitulada “La fruta Prohibida”, también nos explica como este término es desvirtuado en su naturaleza.

“Hoy la idea de Estado de Derecho es empleada comúnmente por los juristas positivistas para aplicarla al Estado bajo cuyo dominio viven y evitarse así problemas de conciencia con las cuestiones relativas a la injusticia”.

Originariamente no fue sin embargo eso, señala el autor citado. La expresión se ha ido usando crecientemente desde mediados del siglo XIX para designar el conjunto de condiciones que debe satisfacer un sistema político-jurídico para que se le tenga como mínimamente democratizado, esto es, con garantías suficientes para los sometidos a ese poder.

Muchos Estados afirman satisfacer los requisitos mínimos, para ser considerados Estado de Derecho, esto es, estados regulados por una ley no arbitraria y no sometidos a un dominio despótico. Desgraciadamente en esta materia hay que aprender a distinguir en seguida la verosimilitud formal de la verdad material, las “verdades de papel” de las verdades. Para ello es preciso ir más allá de las apariencias jurídicas, a las que se abandonan jurisprudencias que se empapuzan de “Derechos Humanos” o “valores superiores” o “principios de legalidad”, y examinar los informes de organismos independientes y desinteresados de valor reconocido. (Ramón: 1997).

En otro sentido, Pérez Luño (1998:238), señala:

“(…) la impresión del término es tal que incluso en el ámbito de sus especificaciones como es la del <sozialer Rechtsstaat> se aprecian divergencias tan acusadas que parece que quienes emplean el término se refieren a cosas diversas hasta el punto de suscitar dudas sobre la propia utilidad del concepto”.

En cuanto a la literalidad del término, no cabe duda de que la expresión Estado de Derecho posee un carácter ambiguo e impreciso, tal y como ha sido apuntado por numerosos autores. Así por ejemplo en España, el profesor José Luis Cascajo, se ha referido previamente a la ambigüedad y frondosidad conceptual de las múltiples acepciones del término que provocaban su resistencia a una categorización simple y definitiva (De Asís 1999: 11).

Ahora, éste término político-jurídico, no sólo presenta ambigüedades en su contenido, sino que también se presta a una “promiscuidad” en su concepción. Al respecto, J. Raz –citado por Rafael de Asís– señala:

“Una de las causas de la promiscuidad, radica en que la expresión Estado de Derecho es utilizada en ámbitos de conocimiento distintos y, dentro de ellos con perspectivas y fines también diferentes”. (De Asís 1999: 12).

Eusebio Fernández García, en un reciente estudio sobre la materia, ha destacado la necesidad de estar vigilantes ante aquellas definiciones que al incluir modalidades de Estado de Derecho concretas, con sus respectivas exigencias, reducen el campo del Estado de Derecho (Fernández, 1997:102-103).

Al parecer, una de las causas de la promiscuidad radica en que en el estudio de la expresión confluyen algunos de los problemas iusfilosóficos más relevantes: la relación entre el derecho y el poder, la validez del Derecho y su justicia.

Existen, entre otros, dos formas de analizar el significado del término Estado de Derecho, que ciertamente no son independientes ni muchos menos incompatibles. Una primera, que podríamos denominar como analítica; se plantea el significado de los términos que componen la expresión y a partir de éste, da sentido a su unión. La segunda, por el contrario, presta atención a la evolución histórica-doctrinal de la expresión.

2.3 Configuración Histórico-Doctrinal de la Expresión “Estado de Derecho”

Iniciar una reflexión esquemática para conocer qué es y cómo evolucionó el Estado de Derecho, exige tomar como punto de partida la afirmación de su historicidad.

Sin embargo, la cuestión sobre la aparición histórica del Estado de Derecho no está del todo clara. Esta ausencia de claridad se ve acrecentada por la posible distancia existente entre el uso de la expresión conectada a la cultura jurídica □ europeo continental □ y el que toma como referencia la cultura jurídico anglosajona (De Asís 1999: 34).

Al menos desde la perspectiva europea continental, es posible establecer ulteriores definiciones –que básicamente se refieren al desarrollo del modelo en el ámbito alemán y en el francés– que suele citarse a kant²⁶ como precedente de la expresión, si bien ya Platón, alude a la idea de la autoridad de la Ley frente a la del señor; en Puffendorf se

hace referencia a una serie de deberes del soberano; y, por citar un último ejemplo, en Locke, se hace referencia a la necesidad de gobernar mediante leyes fijas y conocidas por el pueblo. (De Asís 1999: 35).

En este mismo sentido, el máximo representante del garantismo, Luigi Ferrajoli, abona otros elementos históricos del pensamiento político: “la idea que se remonta a Platón y a Aristóteles, “del gobierno de las Leyes” contrapuesto al “gobierno de los hombres”, la doctrina medieval del fundamento jurídico de la soberanía, el pensamiento político liberal sobre los límites de la actividad del Estado y sobre el Estado mínimo, la doctrina iusnaturalista del respeto de las libertades fundamentales por parte del derecho positivo, el constitucionalismo inglés y norteamericano, la tesis de la separación de poderes, la teoría jurídica del estado elaborada por la ciencia alemana del derecho público del siglo pasado y después por el normativismo Kalseniano. (Ferrajoli: 1998, 855)

Al estudiar la bibliografía sobre el Estado de Derecho se observa su complejidad y vastedad. Y, es importante resaltar cómo en el concepto Estado de Derecho confluyen diversas corrientes ideológicas, algunas de ellas opuestas e incluso contradictorias. Es así como la idea Estado de Derecho aparece vinculada al pensamiento liberal clásico (John Locke, Emmanuel Kant, primeras obras de Johann Gottlieb Fichte, Wilhelm Von Humboldt, Benjamin Constant), al pensamiento liberal de la Ilustración (Rousseau, Montesquieu), al tradicionalismo conservador que origina el nacimiento del Reich Alemán (Rudolf Gneist, F. Julius Stahl), a la tradición del constitucionalismo inglés y del pensamiento liberal norteamericano, a la ciencia alemana del derecho público (George Jellinek, Otto Mayer), a la socialdemocracia, e incluso a algunas posiciones teóricas del Estado autoritario (ideología fascista de Sergio Panunzio o el nacionalsocialista Oskar Lange).

También aparece vinculado este vocablo a las ideologías neocapitalistas del Estado de bienestar (Welfare State) y se habla, en este sentido, del Estado Social de Derecho, el cual se diferencia del modelo clásico del Estado Liberal de Derecho (Maestre de T: 1997, 2)

Sin embargo, como en tanto otros supuestos, la realidad subyacente al término Estado de Derecho es anterior a la aparición de éste. En definitiva, el sentido de la expresión Estado de Derecho es análogo al de Estado Constitucional, parlamentario o liberal. De ahí que las grandes líneas del Estado de Derecho estén ya expuestas en las primeras constituciones (la americana de 1776 y la francesa de 1791), por lo que se refiere a la práctica jurídico-política. (Ballesteros 1994:37)

De hecho, señala el profesor español Jesús Ballesteros, las exigencias del Estado de Derecho coinciden con las del constitucionalismo, tal como se expresa con toda precisión

²⁶ Kant, en la *Metafísica de las Costumbres*, afirma: “la única constitución política deseable es aquella en que la Ley domina por sí misma y no depende de ninguna persona”. Como es sabido, para Kant el Estado es “la unión de un conjunto de hombres bajo leyes jurídicas”. En este sentido, aunque la noción de qué son para Kant leyes jurídicas no puede hacerse sin acudir al contrato y sus fines, tema sobre el cual no podemos detenernos, sin que es posible subrayar como el Derecho para Kant es, textualmente: “el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio de otro según una Ley universal de la libertad”. De esta forma, para Kant la finalidad del Estado será garantizar a cada uno su libertad mediante leyes de carácter general que lo limitan. Como ha señalado Bobbio, la idea de libertad manejada por Kant es la de la libertad como no impedimento.

en el artículo 16º de la Constitución Francesa de 1791, que afirma: “toda sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada ni la separación de poderes determinado, carece de Constitución”. En efecto, podríamos decir que el Estado de Derecho es, como el constitucionalismo, “una técnica de la libertad”. La división de poderes y la garantía de los derechos buscaban la defensa de la libertad como libertad –resistencia, como libertad frente al poder del Estado. Esta libertad es la que ha sido designada por el pensamiento liberal como “libertad de los modernos” frente a la libertad–participación, propia de los antiguos.

Esta libertad – resistencia, de raigambre cristiana, representaba un principio de validez permanente en la medida en que venía a destacar que la dignidad de la persona humana se encontraba por encima de la dignidad del Estado, y que por consiguiente éste no podía invadir, bajo ningún pretexto, la esfera de la intimidad personal. Esta validez universal afecta igualmente a buena parte de los derechos humanos reconocidos por las primeras constituciones. Pensemos, por ejemplo, en la libertad religiosa o de pensamiento, en general, o en las garantías procesales. Se trataba por tanto en muchos casos de auténticos derechos del hombre y no sólo del burgués (Ballesteros 1994:38).

En cuanto a su formulación filosófica, la construcción del concepto de Estado de Derecho, es fundamentalmente obra de Kant y surge en oposición al Estado de Bienestar o Estado de Policía, propuesto por el despotismo ilustrado y especialmente por su principal exponente Christian Wolff. Este profesaba una concepción paternalista del Estado, basada en la preocupación de la felicidad colectiva. A tal efecto, el Estado podía invadir las esferas de la intimidad personal, lo religioso, lo familiar, etc., producto de una total confusión entre el orden del Derecho y de la moral. (Ballesteros:1995, 38)

La noción de Estado de Derecho en su conceptualización más pura, proviene de la experiencia histórica-doctrinal germana que se orientó hacia la búsqueda de un ideal institucional o de una realidad espiritual, dirigida a proteger al ciudadano con su libertad y valores, así como de sus derechos innatos y adquiridos frente al peligro de eventuales abusos por parte de los detentadores del poder político. (Pérez Luño 1998: 213)

El Filósofo del Derecho Español además señala con respecto a la formación histórica del Estado de Derecho, que su configuración se encuentra en la filosofía política de Immanuel Kant; pero no existe unanimidad a la hora de explicar y valorar el significado de éste aporte kantiano.

En este sentido, la pluralidad de fuentes que informan e inspiran las tesis políticas de Kant, así como la propia ambigüedad de algunos de sus planteamientos han dado origen a un debate hermenéutico, que con el enfoque del jurista Antonio Pérez Luño, lo desarrollamos de la siguiente manera:

i) Werner Busch y Gottfried Dieyza, en relación con la idea kantiana de libertad, insisten en la necesidad de diferenciar su significado o dimensión ética, formal y universal de su sentido empírico, ligado a los intereses individuales, que denomina arbitrio.

ii) Para Julius Ebbinghaus en cambio, lo decisivo es distinguir en Kant la idea a priori, absoluta e incondicionada de libertad moral, que es condición y fundamento del contrato social, de la categoría empírica de la libertad política subsiguiente a la organización de la sociedad.

iii) Para Norberto Bobbio, las dos libertades de Kant, reflejan la coexistencia en su obra de una noción de libertad como autonomía de inspiración democrática, con un concepto de libertad de no injerencia, de inequívoco sentido liberal.

iv) La reconstrucción teórica del proceso a través del cual la tradición iusnaturalista, que se cristaliza en el siglo XVIII en la declaración de derechos, se prolonga en la doctrina Kantiana del Estado de Derecho, fue realizada, con lucidez, por Otto von Gierke.

Este último, encuentra en Kant los distintos estímulos teóricos y prácticos que permitirán la formulación del «Rechtsstaat» o Estado de Derecho, los mismos que se plantean de la siguiente manera:

Inmanuel Kant²⁷ acepta, en principio, la tesis del iusnaturalismo iluminista de que el Estado es un medio y una condición para asegurar las respectivas esferas de libertad de los ciudadanos, por medio del derecho. Kant concibe la libertad política como aquella situación:

“en la que nadie me puede obligar a ser feliz a su modo, sino que cada uno puede buscar su felicidad personal por la vía que mejor parezca, siempre que al hacerlo no lesione la libertad de los demás a tender a este fin, de forma que su libertad pueda coexistir con la de cualquier otro según una ley universal”.

La concepción que se desprende de esta tesis es la del derecho como condición de coexistencia de las libertades individuales, que atribuye al Estado la garantía, mediante su no injerencia del libre desarrollo de la libertad.

Esta es una definición de la libertad como fundamento y meta del Estado de Derecho, de clara inspiración liberal.

En segundo lugar, Kant en sus desarrollos teóricos sobre filosofía política, emplea el término libertad en sentido positivo como autonomía o participación de los ciudadanos en la elaboración de las normas que debe regular su conducta. La libertad jurídica consiste en la facultad de obedecer las leyes que ha dado su consentimiento. De otro lado, Kant tiene una interpretación del contrato social como una idea racional que consiste en obligar a cualquier legislador a hacer sus leyes como si éstas hubieran surgido de la voluntad conjunta de todo el pueblo, y en considerar a todo súbdito, en cuanto pretenda ser ciudadano, como si a dicha voluntad él hubiera prestado su consentimiento.

De estos dos textos de Kant, la continua referencia en la libertad, como fundamento del Estado se postula no tanto como un concepto empírico, sino básicamente como una “idea de razón” que se funda en los siguientes principios: a) la libertad de cada miembro de la sociedad, como hombre b) la igualdad de él mismo frente a cualquier otro, como súbdito y c) la independencia de cada miembro de la comunidad, como ciudadano.

Estos principios –explica Kant– no son leyes ya dadas por un Estado instaurado, sino leyes que por sí hacen posible la constitución del Estado según los principios de la pura razón, que emanan del derecho externo del hombre.

²⁷ No se puede ignorar que la doctrina kantiana de la libertad y del Estado de Derecho tiene un trasfondo teórico constituido por la tradición iusnaturalista y unos estímulos históricos y políticos inmediatos: Los acontecimientos de la Revolución Francesa y las propias vicisitudes del Estado prusiano, en el que Kant desarrolló su vida y su obra.

En consecuencia, de toda ésta concepción que tiene Kant del Estado de Derecho, la concibe como Estado de razón, esto es, como la condición a priori, para una coexistencia libre a través del derecho entendido, a su vez, como normas racionales “porque la razón constituye el único fundamento de cualquier posible legislación positiva”.

Wilhelm von Humboldt, citado por Antonio E. Pérez Luño, parte en su obra sobre los límites de la actividad del Estado cuyo objetivo es abstenerse de buscar el bienestar de los ciudadanos, limitando su acción a lo que es necesario para la seguridad interna y externa, y no restringiendo la libertad bajo ningún pretexto. Y más adelante completa esta idea señalando:

“yo considero seguros a los ciudadanos de un Estado cuando no se ven perturbados por ninguna injerencia ajena en el servicio de los derechos que le competen, tanto los que afectan a la persona como los que afectan a su propiedad”.

Es a partir de Humboldt que la concepción de Estado de Derecho va a perder su carácter formal – racional para ir llenándose de un contenido concreto y expresamente manifestado: la ideología liberal.

Todos estos autores, desde distintas premisas, coincidían en no considerar al Estado de Derecho como una nueva fórmula política, sino que la entendían como “una peculiar forma de Estado” «Staatsgattung» es decir, como un tipo de Estado con unas exigencias de contenido o materiales que se cifraban en:

i) La necesidad de una organización y regulación de la actividad estatal guiada por principios racionales, que deben traducirse en un orden político justo. El estudio del Estado es concebido como un Estado racional <Vernunftsrechtsstaat>. Welcker lo define como Estado de razón y para Von Mohl, Estado de la racionalidad.

ii) El Estado no es una institución puesta al servicio de fines trascendentes de carácter divino, ni de intereses de quienes gobiernan, sino que se halla en función del beneficio de todos los individuos que la integran.

iii) Limitación de las tareas del Estado a la garantía de la libertad, la seguridad y la propiedad de sus ciudadanos a través de la ley concebida como norma general emanada de los representantes de la voluntad popular.

En este mismo sentido, Constantino Mortati, citado por Remedio Sánchez Férriz, señala dos fases del desarrollo del Estado de Derecho. En primer lugar, la del Estado legal, cuya esencia reside en que la mayor garantía de la autonomía individual viene dada por la exigencia formal de que sólo por ley (en tanto que es fruto de la voluntad general y se somete a procedimientos previamente establecidos) puede verse afectado el régimen de dicha autonomía o libertad individual. (Sánchez 1993).

En segundo lugar, habla propiamente de un Estado de Derecho en el que, junto a la garantía de la primera fase, se añade otra sin la cual aquélla puede resultar inútil en la práctica: se trata de la garantía judicial, es decir, que todos los actos de los poderes públicos han de poder someterse al control judicial.

Paralelo a este desarrollo del concepto de Estado de Derecho, la doctrina germana mostraba una tendencia dirigida a absolutizar la idea racional-formal subyacente a la construcción kantiana y a resolver el equilibrio entre individuo y Estado a favor de éste

último.

En este contexto, Antonio E. Pérez – Luño, señala como una metamorfosis que presenta el Estado de Derecho en Estado ético, en la medida en que lo que era racionalidad formal a priori pasa a identificarse con la concepción del Estado como un valor metafísico y absoluto.

De esta manera aparece el Estado ético, como el producto de una racionalidad universal: la supeditación de las libertades individuales a los fines del Estado. Esta concepción se vio fuertemente influenciada por la filosofía histórica de Hegel, quién sobre premisas mucho más radicales, replanteo la necesidad de una legitimación absoluta y universal del Estado.

Asimismo, Hegel parte de la idea de que el Estado es un fin en sí mismo y la condición necesaria para la realización de la libertad, de lo que infiere que el Estado tiene un derecho supremo –a través de las normas jurídicas, morales y éticas– frente a sus componentes cuyo deber básico es el de ser miembros del Estado.

Por la progresiva influencia del positivismo jurídico formalista en la teoría germana del derecho público, las bases del Estado de Derecho dejará de ser, desde la perspectiva de Kant, como un Estado limitado por la razón y pasará a convertirse en un Estado limitado por el derecho positivo, es decir, un Estado que se autolimita.

De esta manera, la teoría jurídico-política del positivismo formalista eliminó progresivamente del concepto de Estado de Derecho los contenidos iusnaturalistas fijados por Kant, quedando configurado el Estado de Derecho liberal burgués.

Esta concepción de Estado liberal de Derecho, en palabras de Rudolf Wietholter –citado por Antonio Pérez-Luño– consiste en:

“La Constitución y el derecho de sufragio restringido a sólo tres clases, la garantía perfecta de la vida, de la libertad y de la propiedad: fue “unidad, derecho y libertad”, en vez de ser “libertad, igualdad y fraternidad” (...) supuso la igualdad ante el derecho y en el derecho, pero no la igualdad de derechos de posibilidades y de participación. Por ello, la libertad y la igualdad fueron entendidos de modo formal, o más exactamente, en sentido negativo, constituyeron derechos de defensa contra el Estado, no derechos de participación política en la comunidad.” (Pérez-Luño 1998: 222).

Finalmente, este concepto jurídico-político, por la influencia del positivismo-formalista que en ese momento estaba representada por Otto Mayer, Thoma, Gerber, Laband y Jellinek, en la obra de Hans Kelsen, constituye la expresión más acabada del Estado liberal de Derecho, siendo sus rasgos más destacables:

- i) La despolitización del Estado, convirtiéndose en un instrumento neutro y disponible para asegurar el “laissez faire” y de esa manera garantiza jurídicamente el libre juego de los intereses económicos.
- ii) Identificación del concepto de Estado de Derecho con el principio de legalidad, lo que implica el reconocimiento de la Administración a la Ley.

2.4 Enfoque Analítico de la Expresión “Estado de Derecho”

Para estos efectos, se tomará en cuenta los aportes de Antonio Enrique Pérez-Luño, en su libro “Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución” y, Luigi Ferrajoli en su importante contribución bibliográfica sobre la teoría General del Garantismo.

El primero de los citados, cuando hace el análisis de las definiciones lexicales de Estado de Derecho, en el plano descriptivo, observa dos grandes corrientes de uso lingüístico, las mismas que las califica de técnica e ideológica.

En el primer caso, la expresión Estado de Derecho pretende dar cuenta de unos mecanismos o condiciones jurídicos de hecho, o supuestamente tales, que presiden el funcionamiento del Estado. En los teóricos clásicos alemanes e italianos del Derecho público las nociones de <Rechtsstaat> o de <Stato di diritto>, así como en parte para la doctrina inglesa la del <Rule of law> o para la francesa las de <Règne de la loi> o <Séparation des pouvoirs>, son consideradas como un modelo teórico que pretende reflejar y explicar, en el plano de la Dogmática jurídica, los procesos formales a través de las cuales discurre la dinámica estatal. (Pérez-Luño 1998: 238).

En ésta misma corriente señala que:

“los presupuestos fundamentales sobre los que gravita esta concepción son: la limitación de la actividad de los órganos del poder por la legalidad; la garantía por parte de ésta de los derechos públicos subjetivos, que adquieren tal cualidad por su positivación, al margen de cualquier exigencia de tipo iusnaturalista; y la teoría de la forma o control jurisdiccional de toda la actividad del Estado”. (Pérez-Luño 1998, 239)

Esta acepción, evidencia en un primer momento la tesis de que cualquier Estado, en cuanto conjunto de reglas jurídicas sistematizadas, esto es, en cuanto ordenamiento, es Estado de Derecho; ergo, cualquier Estado puede ser Estado de Derecho que de hecho establece y funciona a través de unos cauces jurídicos, lo que es requisito obvio de cualquier Estado moderno (Pérez-Luño: 1998, 239).

Posteriormente, Hans Kelsen en la segunda edición de su <Reine Rechtslehre> define al Estado de Derecho como un cierto tipo de Estado que responde a las exigencias de la democracia y de la certeza del derecho. En ese sentido, éste debe poseer un ordenamiento jurídico relativamente centralizado, en base al cual la jurisdicción y la administración se hallan vinculados por leyes, esto es, por normas generales emanadas de un parlamento elegido por el pueblo, cuyos miembros del gobierno responden de sus actos; cuyos tribunales son independientes; y, donde se garantizan determinadas libertades a los ciudadanos, especialmente la libertad de religión, de conciencia y de expresión.

En la segunda corriente, vale decir, desde el plano ideológico, la fórmula Estado de Derecho ha sido un caballo de batalla para la lucha, en ocasiones ideal y utópica, por el

perfeccionamiento de la realidad empírica del Estado. Además, ésta ha ejercido, de este modo, una importante función ideológica, al ser empleada como instrumento de legitimación para justificar realidades políticas heterogéneas. Valga como ejemplo el positivo cambio de actitud operado en el pensamiento y en la praxis de los países socialistas para acomodar a su sistema la idea de Estado de Derecho, a partir de la noción de legalidad socialista. (Pérez-Luño 1998, 240)

Desde otro enfoque del análisis de Estado de Derecho, Luigi Ferrajoli, cuando desarrolla las acepciones de “garantismo”, enfoca al primer modelo de “estricta legalidad” como propio del Estado de Derecho, que en el plano epistemológico se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo; en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad y, en el plano jurídico, como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos de los ciudadanos. (Ferrajoli 1998: 851)

Ahora, cuando este notable ex magistrado, desarrolla más in extenso el Estado de Derecho, hace la clasificación de gobiernos <per lege> o mediante leyes generales y abstractas y, gobierno <sub lege> o sometido a las leyes.

Luego, el poder sub lege puede entenderse en dos sentidos diferentes: en un sentido débil, lato o formal, que quiere decir, cualquier poder debe ser conferido por una ley y ejercido en las formas y procedimientos por ella establecidos. El significado de este concepto, corresponde al uso alemán de Estado de Derecho <Rechtsstaat>. En consecuencia, son Estados de Derecho, todos los ordenamientos jurídicos, incluso los autoritarios o, peor aún, los totalitarios, en los que en todo caso, el poder tiene una fuente y una forma legal.

El poder sub lege en sentido fuerte, estricto o sustancial, se entiende que, cualquier poder debe ser limitado por la ley, que condiciona no sólo sus formas, sino también sus contenidos. Este significado corresponde al uso inglés de “Rule of law” y al italiano “Stato di diritto”. En ésta fórmula, sólo son los Estados Constitucionales, y en particular, los de constitución rígida, como es el caso italiano, que en los niveles normativos superiores incorporan límites no sólo formales sino también sustanciales el ejercicio de cualquier poder. (Ferrajoli 1998: 856)

Estos dos significados de Estado de Derecho se pueden asociar a las dos nociones del principio de legalidad: la legalidad en sentido lato, o validez formal, que exige solamente que sean predeterminados por ley los sujetos titulares y las formas de ejercicio de todo poder; y, a la legalidad en sentido estricto, o validez sustancial, que requiere además que estén legalmente preordenadas y circunscritas, mediante obligaciones y prohibiciones, las materias de competencia y los criterios de decisión. (Ferrajoli 1998: 856)

En consecuencia, el término Estado de Derecho se usa en la segunda de ambas acepciones; y en ese sentido es sinónimo de garantismo. Por eso designa no simplemente un “estado legal”, sino un modelo de estado nacido con las modernas Constituciones y caracterizado: i) en el plano formal, por el principio de legalidad, en virtud del cual todo poder público –legislativo, judicial y administrativo– está subordinado a leyes generales y abstractas, que disciplinan sus formas de ejercicio y cuya

observancia se halla sometida a control de legitimidad por parte de jueces separados del mismo e independientes (el Tribunal Constitucional para las leyes, los jueces ordinarios para las sentencias, los tribunales administrativos para las decisiones de ese carácter); ii) en el plano sustancial, por la funcionalización de todos los poderes del Estado al servicio de la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos, mediante la incorporación limitativa en su Constitución de los deberes públicos correspondientes, es decir, de las prohibiciones de lesionar los derechos de libertad y de las obligaciones de dar satisfacción a los derechos sociales, así como de los correlativos poderes de los ciudadanos de activar la tutela judicial (Ferrajoli 1998: 856)

Finalmente, es por la existencia de estas dos fuentes que no permiten, en el Estado de Derecho, poderes sin regulación y actos de poderes incontrolables: en él todos los poderes se encuentran limitado por deberes jurídico, relativos no sólo a la forma sino también a los contenidos de su ejercicio, cuya violación es causa de invalidez de los actos accionables judicialmente y, al menos en teoría, de responsabilidad para sus autores. (Ferrajoli 1997: 857)

2.5 Definición (es) de Estado de Derecho

“Estado de Derecho” es un concepto de trascendencia, que como tal encierra el peligro de que cada uno de nosotros lo interprete de manera diferente.

Pero lo cierto es que, sí existe consenso en señalar que el principio que rige un Estado de Derecho esta dado por lo que en alguna oportunidad Roman Herzog señaló:

“(…), entre los millones de seres humanos que constituyen una nación, difícilmente todos opinen de idéntica manera o tengan las mismas aspiraciones. Por el contrario, tienen intereses diferentes, opiniones contrapuestas e ideologías disímiles. Para tener en cuenta todas estas diferentes opiniones, es preciso conceder a los hombres amplia libertad para desarrollar su vida de la forma en que les parezca más correcta. En cualquier caso que intervenga, el Estado debe hacerlo de modo tal que su injerencia sea limitada, previsible y calculable”. (Herzog 1999: 21-22).

Entre los conceptos que conceden identidad a los modernos Estados constitucionales, el Estado de Derecho ocupa un lugar descollante. En él culminan los postulados políticos y las experiencias históricas de numerosas generaciones, como hemos visto durante el desarrollo tanto de su génesis histórico doctrinal, como de su apreciación analítica.

Pedro Planas, en un interesante trabajo sobre el tema realizado en el Centro de Estudios Constitucionales de España, señala: “Estado de Derecho es entendido, en principio como “imperio de la Ley” (rule of law), en contraposición al “imperio de los hombres”. Esta es la definición mayormente aceptada y utilizada, (...). Este Estado de derecho tendría, sin embargo, no sólo que estar “sometido a la ley, regulado y limitado por ella”, sino que debería ser producto de la “voluntad general”. En síntesis, Estado de Derecho será –citando a Elías Díaz- aquél que esté sustentando en el “imperio de la Ley:

Derecho y Ley entendidos –agrega– en este contexto como expresión de la voluntad general” (Planas 1993: 26-27).

Luego agrega, “cuando aludimos al Estado de Derecho –a su vigencia en tal o cual país– estamos transmitiendo un contenido sustancialmente político: la configuración jurídico-constitucional (formal) y material del sistema democrático liberal. Estamos pensando, básicamente, en un régimen donde los derechos fundamentales conviven armoniosamente dentro de un marco de libertades. Tanto el concepto de “imperio de la Ley” como el de la “voluntad general” se vinculan íntimamente al ejercicio pleno de esa democracia política” (Planas 1993: 31).

Víctor Martínez Bullé Goyri²⁸, señala en el mismo sentido que:

“el Estado de derecho, que no es sino la vigencia real y efectiva del derecho en la sociedad, donde las conductas tanto públicas como privadas se someten a las normas jurídicas, es evidentemente, la consecuencia o resultado de la operación eficiente de los elementos jurídicos del Estado Liberal (...). Así, el Estado de Derecho significa en sí mismo: la efectiva vigencia jerárquicamente superior a la constitución, el respeto del principio de legalidad, la vigencia de la Ley igual para todos los miembros de la sociedad y el respeto y garantía cotidianos de los derechos humanos”.

A renglón seguido, expresa con mucho énfasis que pretender que el Estado de Derecho es otra cosa, no es sino prostituirlo. No debemos identificar Estado de derecho con paz social, aunque ésta sin duda se dé si efectivamente rige aquél. Tampoco es identificable con la estabilidad política de un gobierno determinado, o con la capacidad de los gobernantes para ejercer el liderazgo que la función del gobierno requiere; aunque sí esto no se da, es evidente que el Estado de Derecho tiende a debilitarse.

Finalmente, no podemos dejar de mencionar la definición que hace Pablo Lucas Verdú y Pablo Lucas Murillo de la Cueva, en su Manual de Derecho Político, señalando lo siguiente:

“cuando un Estado configura jurídicamente la organización y ejercicio del poder político, de manera que los individuos y sus grupos están protegidos por la existencia previa de normas e instituciones jurídicas, garantizadoras de sus derechos y libertades; cuando la actividad estatal se somete a normas e instituciones jurídicas, sin más excepciones que las exigidas por el interés general, entonces nos encontramos ante un Estado de Derecho”²⁹.

2.6 Elementos del Estado de Derecho

Para efectos del presente trabajo, tomaremos dos líneas doctrinales que nos ofrecerán los elementos importantes para una definición integral del Estado de Derecho.

²⁸ Profesor Mexicano de Derecho Constitucional, en un reciente estudio sobre “El tránsito del Estado de Derecho al Estado Social de Derecho”, publicado en la Revista Institucional del Tribunal Constitucional. N° 1, 1999. Lima. Perú.

Gerhard Robbers³⁰ por ejemplo, advierte dos dimensiones o aspectos del Estado de Derecho. El aspecto formal está contenido en los siguientes principios:

i) El principio de la universalidad de la Ley, como reivindicación o prerequisite para su vigencia, y el principio de publicidad de la Ley con características análogas. Asimismo, se consagra la participación del pueblo en la legislación, estipulando que todo acto importante del Estado debe obedecer a una Ley. Es la concreción del principio de reserva de la Ley que fue desarrollado a lo largo del siglo XIX.

ii) El principio que todos los tribunales y organismos públicos quedan sujetos a la Ley y al Derecho. La prioridad jurídica y política del poder legislativo determina la primacía de la ley sobre los restantes actos del Estado. Ninguna actuación de las autoridades o de los tribunales debe contravenir la Ley dictada por el parlamento o ser constitucional. Este principio del Estado de Derecho se entronca con el de la reserva de la Ley. Ambos se remiten a la vieja noción de soberanía popular, según la cual el derecho positivo obtiene su vigencia a través de la aprobación del pueblo y no por orden y gracia de una persona, grupo o partido.

iii) Otro contenido fundamental, históricamente enraizado del Estado de Derecho es la división o separación de poderes en la organización del Estado.

iv) Otro principio básico de la idea de Estado de Derecho está dado por la garantía de la protección jurídica: todos deben tener la posibilidad de obtener sus derechos por la vía judicial. No se trata sólo de la protección ante un acto de arbitrariedad del Estado, sino también de la protección que debe proveer el Estado mismo. Esencialmente, el Estado de Derecho es aquél Estado confiable que brinda orientación y protege la confianza que deposita en él, impidiendo, por ejemplo, la aplicación de leyes con efecto retroactivo. Análogamente evita la modificación repentina e imprevisible del orden jurídico. Confianza significa también que, ante la necesidad de introducir cambios

²⁹ Pero a continuación dice algo más importante como una característica de su definición. Debemos recordar que una cosa es que todo Estado, en cuanto sociedad territorial organizada jurídicamente, cuente con un derecho y otra muy distinta es que ese Estado cumpla las exigencias que se desprende de la afirmación anterior. Es decir, todo Estado posee un ordenamiento jurídico, pero de ello no se sigue siempre, forzosamente, que sea Estado de Derecho. El Estado, ordenamiento jurídico, que se somete a la previa limitación jurídica de su actividad, redundando en beneficio de sus ciudadanos porque garantiza los derechos y libertades de los individuos y sus grupos y tutela el bien común, cumple con el principio de cultura política implicado en la despersonalización e institucionalización: que gobierne el Derecho y no la arbitrariedad y/o capricho de los gobernantes. El Estado de Derecho no supone la imposibilidad de la arbitrariedad, pues ésta puede darse potencial o actualmente, pero merced a la autolimitación jurídica, los individuos y sus grupos, y aun determinados órganos del Estado (tribunales Constitucionales, por ejemplo) pueden subsanar mediante procedimientos jurídicos preestablecidos, las consecuencias de la arbitrariedad, anulando por defecto o vicios contrarios al ordenamiento, los actos jurídicos lesivos de ésta y, en definitiva, resguardar los derechos y libertades afectados, la regularidad jurídica. En este sentido, el Estado de Derecho es portulador de cultura cívica ya que organiza una comunidad jurídica ciudadana en la que todos se sienten protegidos y libres.

³⁰ Profesor de Derecho Público y Derecho Canónico, Filosofía Constitucional e Historia Constitucional en la Universidad de Tréveris; desarrolló un trabajo sobre el Estado de Derecho y sus bases éticas, el mismo que fue publicado en una compilación de trabajos sobre el Estado de Derecho y Democracia, auspiciado por el CIEDLA Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano y Konrad Adenauer Stiftung. 1999. Argentina.

ineludibles, se provean adecuados procesos de transición.

Paralelamente a estos aspectos o elementos del Estado de Derecho formal, se ha desarrollado y hasta contrapuesto la noción de Estado de Derecho sustancial o material. Como contenidos fundamentales del Estado de Derecho material, serían:

i) La garantía de los derechos fundamentales. La libertad y la igualdad, la dignidad humana y su manifestación en las diversas garantías de los derechos humanos, son tradicionalmente los elementos esenciales del principio del Estado de Derecho.

ii) El principio de la proporcionalidad; toda medida del Estado debe ser en última instancia adecuada y asimilable por el afectado. De este modo se reconoce a todo individuo su dignidad individual. No se exige de él someterse de antemano y sin más, a un agente colectivo. Frente a los legítimos intereses del conjunto de la sociedad, también se asume como legítimo su interés individual. El principio de la proporcionalidad es un principio de respeto por todos los intereses, que en caso de conflicto deberán ser ponderados y en lo posible preservados.

iii) La primacía del derecho por sobre la política. La concreción de lo políticamente deseable debe mantenerse siempre dentro de los carriles del derecho, aun cuando en ciertas ocasiones pueda parecer arduo. La primacía del derecho como postulado básico del Estado de Derecho exige que la lucha política se desarrolle en un marco de respeto por el Estado de Derecho, y no con actos de violación del mismo. La política puede introducir modificaciones al derecho por la vía del procedimiento democrático; pero ése es a la vez el único procedimiento al que puede remitirse.

Este mismo autor señala que los principios que fundan estos dos aspectos del Estado de Derecho (lo formal y lo material) deben mostrarse en una perfecta correspondencia. No debemos oponer la idea del Estado de Derecho formal, por un lado a la del Estado de Derecho material por el otro, interpretándolos como dos conceptos básicamente irreconciliables. Esto significaría desconocer las relaciones esenciales. Para configurar ésta situación nos muestra el concepto de Constitución que tenían los Franceses: “toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, indeterminada la separación de poderes, carece de Constitución”.

En ese sentido, resultaría interesante, para los efectos de tener un concepto cabal de Estado de Derecho, el reciente trabajo del Profesor Rafael de Asís intitulado “Una Aproximación a los Modelos de Estado de Derecho” patrocinado por la Universidad de Jaén, España, en la cual, desde una perspectiva analítica, alude a seis modelos de cómo entender o concebir el Estado de Derecho³¹.

i) Desde una dimensión de la eficacia y que actúa en términos de fuerza, Estado de Derecho, hace referencia al Estado que actúa, mediante una separación funcional de poderes, a través de normas, principalmente generales, y que lo limitan al ser emitidas. (Modelo amplio)

ii) Versión que toma como exigencia a la idea de sistema y la de conocimiento previo.

³¹ Los modelos que desarrolla Rafael de Asís, se centran en construcciones propuestas por autores que se mueven en el ámbito de la Filosofía del Derecho española.

Estado de Derecho, hace referencia al Estado que actúa, mediante una separación funcional de poderes, a través de normas, principalmente generales, y que lo limitan tanto por ser emitidas y conocidas como por formar un conjunto unitario y coherente. (Modelo restringido).

iii) Versión que coincide con el anterior, incorporando un mínimo contenido moral, que se traduciría en la protección de la autonomía individual. Estado de derecho, hace referencia al Estado que actúa, mediante una separación funcional de poderes, a través de normas, principalmente generales, que protegen la autonomía individual y, que lo limitan tanto por ser emitidas y conocidas como por formar un conjunto unitario y coherente. (Modelo estricto).

iv) El cuarto, además de las dimensiones anteriores, incluiría la perspectiva de la eficacia en términos de legitimidad (traducida en la participación de los ciudadanos en el poder) y, claro está, el requisito previo del conocimiento de las normas. Así, para este cuarto significado, Estado de Derecho hace referencia al Estado que actúa, mediante una separación funcional de poderes, a través de normas, principalmente generales, fruto de la participación de los ciudadanos, y que lo limitan, tanto por ser emitidas y conocidas como por formar un conjunto unitario y coherente. (Modelo amplio y democrático).

v) El quinto, además de las dimensiones presentes en la versión ii) incluiría la perspectiva de la eficacia en términos de justicia (entendida como respeto a derechos), Esta de Derecho hace referencia al Estado que actúa mediante una separación funcional de poderes, a través de normas, principalmente generales, consideradas justas en su conjunto, y que lo limitan, tanto por ser emitidas y conocidas como por formar un conjunto unitario y coherente. Ahora bien, nótese que esta concepción, podría variar dependiendo de los derechos que se identifiquen con la idea de justicia. Así existirían tres variantes: 5.a.- donde “consideradas justas” se sustituyen por “que protegen derechos individuales”. 5.b.- donde “consideradas justas” se sustituye por “que protegen derechos sociales”. 5.c.- donde “consideradas justas” se sustituye por “que protegen derechos individuales y sociales”. (Modelo amplio garantista).

vi) Finalmente, el sexto, que además de las dimensiones presentes en la versión ii) incluiría la perspectiva de la eficacia tanto en términos de legitimidad (traducida ésta en la participación de los ciudadanos). En definitiva, ésta versión uniría la iv) y v). En consecuencia, Estado de Derecho hace referencia al Estado que actúa, mediante una separación funcional de poderes, a través de normas, principalmente generales, fruto de la participación de los ciudadanos y consideradas justas, en su conjunto, y que lo limiten, tanto por ser emitidas y conocidas como por formar un conjunto unitario y coherente. Igual que en el caso anterior, existirían tres variantes: 6.a.- donde “consideradas justas” se sustituye porque protegen “derechos individuales”. (modelo amplio liberal) 6.b.- donde “consideradas justas” se sustituye por “que protegen derechos sociales”. 6.c.- donde “consideradas justas” se sustituye por “que protegen derechos individuales y sociales”. (Modelo amplio y exigente).

Evidentemente de todos estos modelos que nos muestra Rafael de Asís, queremos centrarnos en el modelo democrático que está representado por la versión iv) y que encuentra su plasmación más completa en la concepción que sobre el Estado de

Derecho sostiene Jürgen Habermas, en su libro *facticidad y validez* ³².

Se trata de una construcción que toma como referencia el Derecho existente en las Sociedades modernas y que, por tanto, asume la relevancia de la idea de Constitución y los derechos. El modelo de Estado de Derecho de Habermas se presenta explícitamente como una construcción diferente de la llevada a cabo en Alemania. Se trata de un modelo procedimental que superaría la distinción entre construcciones formales y materiales, al centrarse en las notas que permiten que el procedimiento de producción jurídica genere legitimidad. Su consideración como modelo democrático deriva de la relevancia que posee la idea de democracia puesta en relación con la teoría del discurso (De Asís 1999: 64-65).

Resulta relevante desde el principio como el modelo de Habermas se presenta también en estrecha conexión con lo que denomina como paradigma jurídico (...). Los paradigmas jurídicos son ideas "típicas y ejemplares de una comunidad jurídica en lo tocante a la cuestión de cómo pueden realizarse el sistema de los derechos y los principios del Estado de Derecho en el contexto efectivamente percibido de la sociedad dada en cada caso". A través de ellos se explica, "con ayuda de un modelo de la sociedad contemporánea, de qué modo han de entenderse y manejarse los principios del Estado de Derecho y los derechos fundamentales, para que puedan cumplir en el contexto dado las funciones que normativamente tienen asignadas" (De Asís 1999: 65).

Este modelo que comentamos, como una característica interesante lo constituye la relación entre derechos individuales y sociales. Como ya se dijo, éste modelo presenta los componentes del sistema de los derechos bajo una dimensión procedimental y desde la exaltación de la autonomía privada y pública. A partir de Ahí, y dependiendo del paradigma jurídico desde el que se interprete esos rasgos, surgen o se justifican los derechos. En todo caso, dos son los paradigmas que, según Habermas, más consecuencias han tenido en la historia del Derecho moderno: el liberal y el social. En términos sencillos, el primero incidiría en los derechos individuales mientras que el segundo en los sociales. Frente a ellos, Habermas sitúa el paradigma procedimental que se entiende desde su modelo y que pretende integrar ambas categorías de derechos bajo la exaltación de los derechos de participación y del espacio de opinión pública entendidos en clave de discurso. (De Asís 1999:74).

Finalmente, otro rasgo destacable en el modelo democrático de Habermas ³³ es el papel del tribunal Constitucional en la defensa del principio democrático de Derecho, y en ese sentido, debe ser manejado junto a la prevalencia que en él tiene el legislador, y así presentar al Tribunal Constitucional como un tutor de los requisitos del modelo.

³² Esto en razón que intentamos aproximarnos a una interpretación del artículo 43° de la Constitución Política de 1993.

³³ En la perspectiva de la ética del discurso de Jürgen Habermas, Estado de Derecho, es la institución que preserva las condiciones del discurso permanentemente necesario del diálogo y libre intercambio de ideas, en un esfuerzo por encontrar la actitud correcta.

2.7 Presupuestos y Características del Estado de Derecho

Consideramos que antes de entrar a desarrollar las características que comúnmente se señalan de un Estado de Derecho, es importante detenernos en el análisis de sus dos pilares que soportan el peso y la importancia que tiene ésta construcción histórica, jurídico y política en la vida de las personas.

Siguiendo a Ramón Eduardo Madriñan, éste considera que la “dignidad de la persona” y el “principio de racionalidad” constituyen los presupuestos básicos de un Estado de Derecho. Es decir, citando a José Ramón Cossio, la noción de Estado de Derecho refiere un modelo político y jurídico que postula un modelo de realización de la dignidad de la persona, de ahí que se garantice a ésta una actuación sin cortapisas dentro de ciertos espacios y se limiten las potestades estatales (Madriñan 1997:42,43).

Y, en el segundo presupuesto, tomando una cita de Locke: “La Ley por la que Adán debía gobernarse fue la misma que la que habría de gobernar a toda su posteridad: la ley de la razón”. Así, basados en lo expresado por el filósofo inglés, el Estado de Derecho deposita toda su confianza en la razón humana y en las posibilidades de limitar racionalmente al poder a través de esa creación de dicha razón que es el Derecho.

En este contexto, retomando las características generales que corresponden, como exigencias más básicas e indispensables a todo auténtico Estado de Derecho, pueden concretarse, fundamentalmente, en las siguientes notas.

1) “El Imperio de la Ley” Configura la Esencia del Estado de Derecho (Rule Of Law)

Históricamente, la Ley es un concepto clave en la idea de Estado de Derecho. En su carácter de normas (reglas) de validez general y fuerza vinculante, las leyes debían impedir el avallasamiento de las libertades civiles. Las actividades desplegadas por el Estado debían ser controlables y previsibles. La Ley tomó estado de garante de la libertad personal, conjugando el derecho a la autodeterminación del individuo con la voluntad pública.

En el contexto ideológico-político, en que tiene sentido y aplicabilidad la noción de Estado de Derecho, es decir, en el contexto que se inicia con el liberalismo y culmina con la democracia, por ley debe entenderse la formalmente creada por el órgano popular representativo (Parlamento, Congreso o Asamblea Nacional) como expresión de la voluntad general. En el Estado de Derecho, la ley es la concreción racional de la voluntad general, manifestada mediante un órgano de representación popular libremente elegido. El orden legal es jerárquico, por tanto, la ley ordinaria debe estar subordinada a la Constitución y el control de constitucionalidad de las leyes asegura, precisamente, dicha

subordinación (Díaz 1998: 44).

El “imperio de la ley” o lo que los países anglosajones denominan Rule of Law³⁴ constituye la nota primaria y fundamental de las características del Estado de Derecho. Así lo entiende Locke, al establecer que: “Primero, faltaba una ley establecida, fija y conocida: una ley que hubiese sido aceptada por consentimiento común, como norma de lo bueno y de lo malo y como criterio para decidir las controversias que surgen entre los hombres (Locke 1994: 36).

El Estado de Derecho aparece como el servidor de la sociedad y no como su amo. Está sometido a un sistema de normas jurídicas y tiene por finalidad la protección de los derechos de las personas. Consiste, pues, en el gobierno de las leyes y no en el gobierno de los hombres. Mediante el imperio de la legalidad, que complementado por las decisiones de los tribunales constituye el régimen de juricidad, se hace imposible toda arbitrariedad y el poder queda sometido a ordenaciones impersonales y objetivas.

Pedro Planas en su obra ya citada señalaba que: “(...) cuando aludimos al Estado de Derecho estamos transmitiendo un contenido sustancialmente político: la configuración jurídico constitucional (formal) y material del sistema democrático liberal”. Estamos pensando, básicamente, en un régimen donde los derechos fundamentales conviven armoniosamente dentro de un marco de libertades. Tanto el concepto de “imperio de la ley” como el de “voluntad general” se vinculan íntimamente al ejercicio pleno de esa democracia política.

El Estado de Derecho requiere el “imperio de la Ley”, pero este principio debe materializarse en una efectiva separación –e independencia funcional– entre los poderes. La Ley debe ser expresión de la voluntad general y ésta exige, a su vez, amplia deliberación parlamentaria y libre y universal elección ciudadana de los representantes, a fin de asociar legalidad y legitimidad. Todo ello instaurado en un escenario de pluralismo político, el cual requiere asegurar, a su vez, a los partidos políticos como instrumentos fundamentales de la participación ciudadana (Planas 1993:154)

2) El Principio Político de la Separación de Poderes

La existencia de un régimen de división o separación de poderes es también exigencia ineludible para la existencia de un Estado de derecho.

El significado histórico e ideológico del principio de la separación de poderes es, pues, imposibilitar la concentración del poder en manos, especialmente, del titular del ejecutivo, para conseguir el acatamiento de los derechos y libertades de los ciudadanos que, representados democráticamente, constituyen el poder legislativo (Díaz 1998: 47)

El principio de la separación de poderes está dirigida a dar seguridad de que cada

³⁴ La supremacía de la ley. Característica atribuida a la constitución del Reino Unido por el profesor Dicey en 1885, importaba tres conceptos: la absoluta predominancia de la ley, de manera que el gobierno no tenía autoridad arbitraria sobre el ciudadano; la sujeción por igual de todos (incluyendo toda autoridad) a la ley preferida por las cortes ordinarias; y, por último, el hecho de que las libertades personales de los ciudadanos eran formulada por la ley y no una abstracción de las declaraciones constitucionales (A dictionary of law. Tercera edición. Orford University Press. Orford, 1994. pág. 335).Concepto citado por Madriñan Rivera, Ramón.

órgano del Estado se halla contrapesado por los otros. La idea del equilibrio, destinado a impedir que los gobernantes y las autoridades se excedan del ámbito legal, tuvo su primera enunciación teórica en la gran obra de Locke “Ensayo sobre el Gobierno Civil”, que se inspiró en el propósito de dar fundamentación filosófica a la monarquía constitucional surgida en Inglaterra después de la revolución de 1688, pero debe a Montesquieu su planteamiento cabal y la fórmula acertada de su realización.

Consideramos además que es pertinente destacar que, el principio de la separación de poderes no debe entenderse en forma absoluta y rígida como si las diferentes ramas de los poderes de un mismo Estado fuesen poderes independientes entre sí. Al contrario, no se trata de una rígida separación, sino, más bien, de una distribución o división de funciones y poderes, necesitada de una serie de relaciones, controles e intervenciones mutuas y recíprocas.

Esta última idea, Madriñan Rivera lo sintetiza en la siguiente expresión:

“ Así, en principio, cualquier distribución equitativa valdría para darle a un Estado el carácter de Estado de derecho, sin embargo la doctrina universal se ha puesto de acuerdo en algunas pautas para tal separación. Primero, se pretende limitar el poder del ejecutivo. Segundo, debido a que por su conformación, existe una primacía del legislativo sobre los demás poderes, sin embargo importante que éste se encuentre limitado por la Constitución y los jueces. Por último, la independencia de la administración de justicia es nota fundamental del Estado de Derecho, la cual debe ser realizada a través de un sistema procesal regular, ordenado y coherente que garantice la seguridad jurídica de los ciudadanos” (Madriñan 1997: 49).

La independencia del poder judicial frente a las presiones tanto del legislativo como, sobre todo, del ejecutivo, constituye una pieza insustituible del Estado de Derecho. Requiere éste que la Administración de Justicia se realice a través de un sistema procesal regular, ordenado y coherente, un sistema que garantice adecuadamente la seguridad jurídica de todos los ciudadanos. Este punto es, en efecto, central para comprobar si existe o no auténtico Estado de Derecho; así, cuando faltan garantías procesales, cuando los detenidos y procesados no son respetados, cuando hay amplias zonas de la actividad pública a las que injustificadamente no llegan los recursos jurídicos, cuando el poder político se inmiscuye bajo formas diferentes en la actuación de los tribunales, cuando las jurisdicciones especiales actúan con demasiada frecuencia en sustitución de la jurisdicción ordinaria, etc., puede decirse que no existe en modo alguno Estado de Derecho (Díaz 1998:48).

3) La Legalidad de la Administración y el Principio de Legalidad

Según Locke:

“...Todo el poder que el gobierno tiene, al estar dirigido únicamente al bien de la sociedad, no puede ser arbitrario y caprichoso, sino que tiene que ser ejercido según las leyes establecidas y promulgadas, para que el pueblo sepa cuáles son sus derechos y encuentre así protección y seguridad dentro de los límites de la ley; y para que también los gobernantes se mantengan dentro de dichos límites y no se ven tentados, por causa

del poder que tienen en sus manos, a emplearlos con propósito y procedimientos que el pueblo no sabía de antemano, y a los que no habría dado voluntariamente su consentimiento". (Locke 1994:145).

De esta concepción de Locke sobre el principio de legalidad, la legalidad de la administración puede enunciarse como exigencia de sometimiento de la administración a la ley. Esto significa que la administración, en sus actuaciones, debería acatar el imperio de la ley, acomodando a ella su manera de proceder; la administración sólo podrá actuar en aquellas esferas en que está expresamente autorizada por la ley.

El principio de legalidad de la administración se concreta, además, en el sistema de controles a los actos de la administración, comúnmente conocidos como control jurisdiccional a los actos de la administración o justicia contenciosa-administrativa, que tiene el poder de anular los actos de la administración contrarios a la Constitución y a las leyes, e igualmente, de restablecer en sus derechos a los particulares que se han visto lesionados por actuaciones ilegales de la administración.

En palabras del Constitucionalista Manuel García-Pelayo, el principio de la legalidad significa que:

"toda acción de la Administración o toda decisión de los tribunales ha de ser una aplicación de la ley. Ello es, por supuesto, coherente con el principio de la legitimidad racional, según el cual no mandan los hombres y ni siquiera las autoridades, sino las leyes; lo es también con la seguridad jurídica como uno de los valores a garantizar por el Estado, y lo es, no menos, con la hegemonía del parlamento dentro del esquema clásico de la división de poderes. Corolario del principio de la legalidad es –prescindiendo aquí de las circunstancias jurídico-políticas en que se originó– el de la reserva legal, según la cual toda intervención que afecte a la libertad y a la propiedad sólo puede tener lugar en virtud de una ley formal, es decir, aprobada por el parlamento".

Finalmente, también es muy importante destacar las perspectivas que le da al principio de legalidad Ramón Madriñan Rivera como sistema de vinculación negativa de la ley <negative binding>, lo cual significa que ésta vinculación no es "principio" o "fundamento" de toda actividad legítima de los poderes, sino más bien límite o "frontera" socialmente impuesto a esa actividad, de tal modo a que tales poderes le está permitido todo cuanto no este prohibido por la ley. Su única vinculación a ésta consiste, en no contradecirla. Entonces, el principio de legalidad se configura así como principio de no contrariedad, por lo que se parte aquí del presupuesto de que en ausencia de ley no puede haber ilegalidad (Madriñan 1997: 50-51).

La otra concepción, el autor citado, la denomina sistema de vinculación positiva; en este caso, la ley no es sólo límite, sino antes bien, "presupuesto" legitimador de la actuación de los demás poderes (los distintos al Parlamento). Conforme a ello, el principio de legalidad es principio de vinculación positiva <positive Binding>, de tal modo que los demás poderes del Estado sólo pueden obrar con el respaldo de esta previa base legal. Por lo tanto, "legalidad" es la conformidad y no sólo la no contrariedad con la ley.

4) Principio del Control de la Constitucionalidad de las Leyes

Se ha impuesto en muchos países por extensión de una construcción doctrinaria y judicial elaborada en los Estados Unidos que surgió a partir de una sentencia (Marbury vs Madison) del juez americano Marshall en 1803. En aquella ocasión el Juez Marshall invocando la lógica jurídica sostuvo el siguiente razonamiento:

“no sería ilógico afirmar la supremacía de la Constitución y al mismo tiempo no poder sancionar dicha supremacía? Para el juez Marshall era claro dos cosas: o la ley contraria a la Constitución no es válida y debe necesariamente anularse, o bien la ley contraria a la Constitución permanece válida, pero para entonces la Constitución perdería ya su carácter de norma fundamental, lo que sería un absurdo.

En todo sistema político moderno que se precie de ser democrático, el poder del gobierno no se puede legitimar en sí mismo; sino desde la existencia y la operatividad a nivel real de la oposición, para lo cual, la Constitución ha establecido instituciones como la justicia constitucional, para que controle al poder, haga respetar los derechos fundamentales y cautele los derechos de las minorías.

En un excelente trabajo del profesor César Landa, sobre el Tribunal Constitucional, cuando explica las características del Constitucionalismo Democrático y la Jurisdicción Constitucional señala:

“Si bien se puede señalar que con el establecimiento de las democracias constitucionales se inicia un proceso de racionalización del poder, no es menos cierto que la autoridad incluso elegida democráticamente, cuando ejerce el poder sin control, puede terminar cometiendo todo tipo de excesos no sólo contra sus adversarios, sino que también contra cualquier pacífico ciudadano. Debido a que el poder encierra en sí mismo la semilla de su propia degeneración, de allí que, las personas con poder –público o privado- deban estar siempre controlados, mediante la constitución y la ley” (Landa 1999:35)

Además agrega:

“Con el establecimiento de las democracias constitucionales del siglo XVIII, también apareció el peligro de los excesos de las mayorías parlamentarias, que se identificaban con la soberanía nacional, dejando de lado a la oposición no sólo ideológica sino también discrepante. En la búsqueda de tomar precauciones contra los excesos de poder, es que la Constitución se convierte en una norma política y jurídica vinculante, tanto para los ciudadanos como para todas las autoridades, quedando sometida así la política al derecho, en la forma del Estado de Derecho” (Landa 1999:35)

En consecuencia, en miras de asegurar la supremacía de la Constitución es que se crea un procedimiento que permita, en toda circunstancia, la verificación de los actos jurídicos emanados de los cuerpos ejecutivo y legislativo, para evaluar si están conformes a la Constitución ó o al menos no opuestos a ella. Es lo que se conoce por “principio de constitucionalidad”.

De esta manera, se dice que el control de la constitucionalidad de las leyes tiene por objeto sancionar la legalidad de los actos públicos y garantizar el respeto del orden jurídico establecido por la Constitución. Los principios de “legalidad” y “jerarquía de normas” están intrínsecamente vinculados a la noción de ley fundamental así como a la

del Estado de Derecho.

El control de la Constitucionalidad por un Tribunal, se revela prácticamente necesario, especialmente en lo que se refiere a hacer valer el equilibrio entre los poderes Legislativo y Ejecutivo, conforme a lo que dicte la Constitución misma. Consecuentemente, la Constitución está llamada a establecer dicho control que garantice el respeto del orden jurídico, es decir, el principio de la constitucionalidad y legalidad de las leyes.

Así, en la medida que un acto de control es un acto de juicio, es lógico que dicho acto este vinculado o dependa de la función jurisdiccional del Estado. En principio, dicho control, es confiado a un Tribunal o una Corte, integrado por jueces o juristas profesionales que ejercen la función del control a priori y/o posteriori, es decir en cualquier momento, antes o después de la promulgación de la ley.

El objetivo principal de la Corte Constitucional es velar precisamente por el orden constitucional, es decir, garantizar al respeto a la jerarquía de las normas, la legalidad de los actos públicos así como defender los derechos fundamentales de la persona garantizados por la Constitución.

Así, la Corte Constitucional adquiere una función integradora de la sociedad llamada a protagonizar un papel en el escenario político y en los procesos de cambio de la sociedad. Su Jurisprudencia sienta doctrina y guía la sociedad, teniendo en cuenta para ello sus valores morales y tradicionales.

Finalmente, las Cortes o los Tribunales Constitucionales que encarnan el sistema de control de la constitucionalidad de las leyes tienen una finalidad específica, una razón de ser, y es la defensa del orden constitucional. El control de la constitucionalidad de las leyes no es más que uno de los mecanismos utilizados por las democracias occidentales para preservar justamente el ejercicio del Estado de derecho.

Capítulo III. El Derecho al Debido Proceso Penal en la Teoría General del Garantismo

3.1 Garantismo Penal y Política de Emergencia

En doctrina se han elaborado principios y garantías que limitan la capacidad del derecho penal de afectar derechos fundamentales, basados en el respeto a la dignidad e integridad de la persona. Estos principios, contienen además requisitos sobre el contenido de las normas penales, así como sobre su aplicación por los agentes del sistema de control penal, pues se entiende que el derecho penal no tiene capacidad absoluta para limitar los derechos fundamentales de una persona.

Regularmente se afirma que existe contradicción entre una posición garantista del derecho penal y la necesidad del Estado de proteger a la sociedad. En esta línea, se sostiene que resulta necesario escoger entre la seguridad de unos pocos (los que delinquen) o de la mayoría (la sociedad). Además, la limitación de garantías fundamentales origina una justicia penal más eficaz, en tanto que su respeto promueve la impunidad de quienes delinquen. Según Cafferata Nores, esta contradicción es falsa y

sólo sirve para deslegitimar opciones garantistas en nombre de la defensa de la seguridad ciudadana. En la misma línea, Mera (1996:352) afirma que “En un Estado Democrático de Derecho no debe existir oposición entre política criminal y derechos humanos”. En este sentido, las garantías y principios del sistema penal configuran el llamado “sistema garantista”, que busca la eficiencia en la persecución de la criminalidad, en el marco del respeto de los derechos del ciudadano, ya que como señala Ferrajoli (1995:10):

“sólo un derecho penal reconducido únicamente a la función de tutela de bienes y derechos fundamentales puede, en efecto, conjugar garantismo, eficiencia y certeza jurídica. Y sólo un derecho procesal que, en garantía de los derechos del imputado, minimice los espacios impropios de la discrecionalidad judicial, puede ofrecer a su vez un sólido fundamento a la independencia de la magistratura y a su vez de control de la ilegalidad del poder”.

3.2 El Proceso de Reforma del Proceso Penal

El sistema procesal penal se asienta sobre los conceptos tradicionales de jurisdicción, acción y proceso. La oportunidad para distinguir estos tres conceptos se alcanza nada más que con ver como se desarrolla y en qué consiste la obra del juez llamado a administrar justicia: a) En primer lugar, ejerce una actividad o función típica, dotada de unos caracteres propios y de unos fines específicos (jurisdicción) que, en el momento actual, es ejercida por el Estado, prácticamente en régimen de monopolio, a través de los órganos jurisdiccionales; b) En segundo lugar, el juez está llamado a resolver un problema o conflicto intersubjetivo surgido en el ámbito social y frente al mismo se coloca como un tercero imparcial, que no crea por sí el problema, sino que lo examina y lo resuelve aplicando la ley, en los términos en que le es planteado (acción), c) y, por último, antes de juzgar aplicando la ley al caso concreto, se desarrolla una actividad por parte del juez y de quienes solicitan el juicio que está regulada en la ley (proceso).

En lo que se refiere a la institución del proceso penal, existe dentro del ámbito de la justicia penal, una extendida sensación de crisis, como resultado de factores cuyo examen en profundidad resultaría tan largo y aún tedioso. Entre ellos se cuentan el fin de la década de las dictaduras, el advenimiento de la democracia, nuevas formas de cultura política, una mayor sensibilidad internacional frente a las violaciones a los derechos humanos, el abandono de una concepción puramente economicista de la idea de mercado, la aparición del concepto de “desarrollo institucional”, la presión social de todos aquellos sectores castigados por el terrorismo de Estado, la escasez generalizada de recursos, más dramática aún en el campo de la Administración de Justicia, la falta de modelos de Universidad. En síntesis, una multiplicidad de factores que parecieran ser indicadores inequívocos de una crisis de la Administración de Justicia (Binder 1997:127).

Esos indicadores –en concepto de Binder– los denomina externos e internos y ambos son importantes a la hora de definir y comprender la situación presente. De otro lado, el punto desde el cual analiza si la justicia está en crisis, es la perspectiva de las

exigencias del Estado social y democrático de Derecho y la perspectiva del protagonismo social del sistema judicial.

En el primer caso, se parte del análisis de la confrontación de la realidad con el programa constitucional, en el sentido que la mayoría de los sistemas judiciales latinoamericanos no responden siquiera a las exigencias constitucionales y los jueces se resisten a aplicar las normas constitucionales y los pactos internacionales antes que la legislación secundaria (Código procesal Penal), que es más inmediata, aunque sea inconstitucional³⁵.

El segundo aspecto a analizar –el protagonismo social del sistema judicial– se relaciona directamente con la importancia que los otros poderes le otorga a la Administración de Justicia, con la percepción social de la justicia y con su propia vocación de poder.

Esta descripción teórica de Binder es un reflejo de la realidad del sistema judicial penal del país, tal como lo anota el profesor y magistrado Pablo Sánchez Velarde³⁶, cuando señala que nuestro sistema judicial penal no es idóneo, es un sistema judicial penal obsoleto, caduco, que ha permitido que se llegue a dos formas de hacinamiento: el de internos y el hacinamiento de procesos. Esto fundamentalmente, porque el sistema no es útil para las necesidades sociales y judiciales y por la desconfianza ciudadana.

Casi en el mismo sentido apunta José Ugaz Sánchez-Moreno³⁷, cuando señala que entre las muchas críticas que se le enrostran al sistema penal, destaca aquella que sostiene que no solamente es un sistema altamente ineficiente para el cumplimiento de su propósito, sino que además, es un sistema creador de violencia.

1) Factores condicionantes para el cambio

En esta época de grandes transformaciones, el proceso penal no ha sido ajeno a las presiones intensas a favor del cambio. Dos fuentes poderosas de estas presiones se pueden identificar inmediatamente. La primera de ellas es de carácter pragmático. Tanto en el mundo desarrollado como en los países en desarrollo, las condiciones de la modernidad han producido un aumento vertiginoso en el número de casos que ingresan al sistema de justicia penal. Pero debido a que los procesos tradicionales no fueron diseñados para funcionar en esta escala grandemente ampliada, ha surgido la necesidad

³⁵ El tema apuntado cobra especial importancia y una urgencia práctica insoslayable en una nación como la nuestra que, a través de sucesivas fracturas del orden jurídico-político-constitucional registró momentos de gravísimos apartamientos de los principios básicos del liberalismo penal, los que se tradujeron en notorias irregularidades procesales y en la proliferación de una legislación punitiva de corte represivo, acorde con una ideología asentada sobre la denominada “seguridad nacional” que, en definitiva, no era sino la manifestación despótica del poder.

³⁶ Esta posición de Pablo Sánchez Velarde se tomó de una ponencia sobre la evolución de la reforma procesal penal en el Perú en el Foro Nacional: Justicia y Derechos Humanos. 1997, organizado por CEAS.

³⁷ Cultura inquisitiva y presos sin sentencia. En Revista IUS ET VERITAS. Año VI N° 11. 1995 de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

de racionalizar el esquema procesal. La justicia, que cuenta con recursos limitados, debe ser, “racionada” (Damaska 1999:37).

La segunda fuente de presiones es una cuestión de principio, o de ideología procesal si se quiere. Se le ha llamado de diversas maneras, como preocupación por que sea justo, debido proceso o derechos humanos. La preocupación ha adquirido mayor fuerza retórica después de las dolorosas experiencias con los regímenes totalitarios y autoritarios de este siglo. Esta preocupación se ha consagrado con el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y como consecuencia de esta nueva cultura, muchas constituciones y legisladores a nivel nacional han seguido esta tendencia, y manifiestan mayor sensibilidad y comprensión que antes por el trato adecuado de los individuos que se encuentran involucrados en un proceso penal (Damaska 1999:38).

Estas reformas globales del proceso penal son motivadas a veces por el deseo de evitar conflictos con los estándares legales internacionales que por el deseo de llevar a cabo un cambio real en la práctica procesal³⁸. Ahora, estos factores tanto pragmáticos como ideológicos viene empujando la reforma global del proceso penal en diferentes direcciones. Por ejemplo, la preocupación por fortalecer los derechos del imputado exige que se observen formas que desaceleran el impulso de las acciones penales y que pueda complicar la búsqueda de la verdad. Por otro lado, preocupaciones pragmáticas exigen la simplificación de los esquemas procesales y la remoción de formas de justicia que obstaculizan el flujo regular de casos a través del sistema.

El quid del asunto es que no es nada fácil resolver la tensión resultante y encontrar un punto de equilibrio entre los factores pragmáticos e ideológicos. Esta situación la observamos en la insatisfacción con los sistemas existentes de proceso penal tanto en la familia jurídica de tradición angloamericana como en los países de la tradición europea continental.

Curiosamente, sin embargo, el movimiento de las ideas de reforma entre las dos culturas procesales ha sido casi exclusivamente en un solo sentido: las instituciones que están asociadas con los sistemas del common law de procedimiento penal ejercieron una influencia sobre los sistemas estructurados en la tradición civilista. Casi no ha habido movimiento alguno en sentido contrario.

Ahora bien, los efectos de las reformas globales del proceso penal también se dieron en América Latina con las particularidades propias de la región. El profesor José Cafferata Nores, consideramos que es el más autorizado para explicarnos algunos aspectos de la reforma procesal en este continente.

Este autor señala que, como consecuencia de las nuevas condiciones en la América de habla hispana, fundamentalmente de la recuperación o consolidación en sus pueblos de la democracia y de los derechos civiles y políticos; el sostenido avance de procesos de paz en países convulsionados especialmente por la violencia y el cambio de situaciones geopolíticas, es el contexto en el que aparece un movimiento de reformas relacionadas con el sistema de justicia penal que procura contribuir a la vigencia efectiva

³⁸ Un caso concreto es el de las enmiendas introducidas recientemente al Código de procedimiento penal de 1979 de China.

de los derechos de las personas y a poner límites a la arbitrariedad estatal en el ejercicio del poder represivo, sin desmedro de la necesaria protección a los derechos de las víctimas y del interés general en la vigencia de la Ley, en el imperio de la verdad y en justa punición del delito (Cafferata 1999:59).

Esta corriente tiene concreta expresión en una tendencia regional hacia la reforma de las leyes procesales penales (y de las Leyes de organización del Poder Judicial y del Ministerio Público), encarada por los gobiernos nacionales y con el apoyo de la cooperación internacional, que procura extender a la región un modelo de enjuiciamiento penal, incorporando las más modernas concepciones sobre administración de justicia en un sistema republicano y democrático, respetuoso de los derechos humanos (de la víctima y del acusado).

Fruto combinado de todas estas circunstancias que le dieron origen y también de las resistencias con que se encuentra en el camino, la reforma procesal en América Latina hoy es un verdadero fenómeno cultural, una comunidad identificable de pautas axiológicas, de ideales políticos y de conceptos jurídicos relacionados con la procuración y administración de la justicia penal, que ha ido logrando expresiones concretas en la opinión doctrinaria, en la jurisprudencia y en las leyes de la región (Cafferata 1999:60).

Este paradigma, que procura ser técnico, consagra un modelo de juicio de tipo republicano, oral, público y adversarial, diseñado sobre la base del equilibrio entre el monopolio del uso de la fuerza por parte del Estado y las herramientas que puede utilizar el ciudadano para requerir el auxilio de este en protección o restauración de su derecho vulnerado, o prevenirse o defenderse de sus excesos, como medio insostituible para la administración de la justicia criminal (Cafferata 1999:61).

En esta etapa de la reforma procesal en la región también se ha visto influenciada por un conjunto de factores determinantes como son las ideas democráticas, las nuevas concepciones que se generan desde la política criminal y una seria resistencia de la cultura inquisitiva.

En el primer caso, el influjo democrático -que es a lo que se refería Marc Plattner en su obra "The democratic moment"³⁹ es el nuevo escenario en que la libertad y el respeto por el ser humano son redefinidos en el proceso penal, es decir, retoma su sentido y significado. Dicho en otra forma, aquellas acusaciones totalitarias como: si se quiere libertad, se tendrá, pero pagando un precio en moneda de seguridad; más libertad equivaldría a inseguridad, aumento del delito y desorden en la sociedad. Otros planteos autoritarios como: si se quiere seguridad, también hay que pagar un precio, y ese precio se paga en moneda de libertad. Estos conceptos trasladados al proceso penal quieren significar que si se quiere un proceso penal con garantías para el ciudadano, se tendría un proceso penal ineficaz o si se quiere un proceso penal eficaz, idóneo para castigar el delito, se va a tener que pagar un precio en garantías individuales⁴⁰.

En consecuencia, una de las finalidades más importantes de este momento

³⁹ Autor citado por Arturo Hoyos en su obra "El Debido Proceso". Temis. Santa Fe de Bogotá Colombia. 1999. El momento democrático caracterizado por el derrumbe de las utopías totalitarias y de las formas de gobierno autoritarias, es un nuevo contexto en nuestra región y ofrece oportunidades de consolidación de la democracia.

democrático fue el de buscar romper esa falsa opción, sosteniendo que la libertad y seguridad en clave de eficacia y garantías en el proceso penal, pueden y deben afianzarse simultáneamente, las dos a la vez, sin que una vaya en detrimento de la otra.

En segundo lugar, tuvo una gran influencia en la reforma procesal, las tendencias de política criminal, entendiendo al proceso como una herramienta que no puede ser opuesta o indiferente a toda política estatal sobre el delito. La organización que la política criminal hace de las diferentes respuestas del cuerpo social al fenómeno del delito, ha ido adoptando diferentes modelos a lo largo de la historia, según la diferente importancia que se la ha concedido a uno de los siguientes conceptos: la idea de libertad, la idea de igualdad y la idea de autoridad (Binder 1997:35). En consecuencia, este autor habla de tres modelos: el modelo autoritario, modelo liberal y el modelo igualitario.

No obstante ello, Alberto Binder desarrolla los presupuestos para la construcción de un nuevo modelo que Zaffaroni lo ha llamado “jus humanista” porque debe sostener una determinada concepción del ser humano y orientarse a preservarla; no debe renegar del Derecho en ningún momento sino, al contrario, considerarlo como el instrumento privilegiado para la realización de esa política criminal; deberá ser una política desarrollada desde el hombre y para el hombre concreto, real y apoyarse principalmente en el Derecho porque es el instrumento más racional que ha elaborado la sociedad política para ordenar la vida de los ciudadanos; y, finalmente, debe ser transparente, no expansiva, que evite que produzca daños sociales y debe ser lo más participativa posible.

Finalmente, el tercer factor de influencia del modelo que comentamos es esa cultura de la resistencia inquisitiva, caracterizada por ese quietismo mental de muchos actores jurídicos que, enmascarados como ideología, en realidad protegen una cuestión de preservación del poder.

2) Consideraciones Generales sobre el Concepto de “Garantía”

Es moneda corriente ver en las primeras páginas de los periódicos para comprobar cómo incluso cuando la garantía de los derechos parece sólidamente constituida en los ordenamientos jurídicos el poder pugna siempre por liberarse de las viejas bridas y recuperar el espacio de despliegue que un día le fue restado con esfuerzo, poniendo en cuestión los fundamentos de ese edificio tan fatigosamente construido.

Cuando los grandes conceptos jurídicos se proyectan sobre diversas instituciones suele ser difícil precisar las líneas generales de su estructura. La posibilidad de ser considerados en diferentes campos del derecho les da cierta aparente imprecisión reñida con la concreción necesaria para poder formular una definición específica.

⁴⁰ Bajo el ropaje de estas argumentaciones sirvió de fundamento para que el Perú, a través del Presidente de la República quién mediante Oficio Nro. 086-99-PR del 5 de julio de 1999, comunicó al Presidente del Congreso que, con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, se había decidido retirar, con efecto inmediato, el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Finalmente, el Congreso de la República mediante Resolución Legislativa N° 27152 de fecha 8 de julio de 1999, materializó esta arbitraria decisión ante la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Aparentemente, el concepto de garantía es uno de aquellos grandes conceptos que se encuentran a través de todas las ramas del derecho y, sin embargo, no adolece de los contornos vagos de imprecisión y generalidad que, como queda dicho, suelen acompañar a éstas grandes ideas.

El constitucionalista Osvaldo Alfredo Gozáni, señala lo siguiente:

“Se trata de esas definiciones un tanto ambiguas del derecho, que dan por supuestos determinados contenidos que no se les especifica pues se considera que son comprendidos por cualquiera. Sin embargo, no existen garantías que operen por sí mismas, su respaldo está en el derecho, es decir, el derecho supone la garantía, y la garantía solidifica el derecho” (Gozáni 1994:181).

Este mismo autor nos precisa que la palabra [garantía] proviene del término anglosajón “warranty” que significa asegurar, proteger, defender o salvaguardar (to warrant), encuadre que muestra su origen dentro del derecho privado.

Es en la esfera del Derecho Público que el concepto de garantía ha alcanzado su verdadera dimensión de complejidad. Y es que en la comunidad científica, continúan los estudios para tratar de sujetar a reglas el ejercicio del poder, de hallar un punto de equilibrio, siempre precario e inestable, entre el interés de la colectividad, que es el que dicen perseguir los gobernantes, y el de cada uno de los ciudadanos que forman aquella.

Y es que es difícil no ver en los siete siglos transcurridos desde que eso que llamamos Estado hizo su aparición en el escenario de la historia, que el hilo conductor de todo ese ingente esfuerzo colectivo se encuentra en el intento permanente de introducir la iurisdictio en el ámbito del gubernaculum, de reconducir a reglas el ejercicio del poder, de hacer de éste algo previsible y mensurable y por eso mismo soportable en cuanto compatible con la irrenunciable libertad individual de cada uno de los miembros de la sociedad a cuyo servicio el poder se reconoce, organiza y distribuye.

Es en esa tensión permanente en la que el concepto de garantía está llamado a jugar un papel esencial. Sin su obligado concurso el poder simplemente se desplaza. Cambia de lugar y de detentadores, pero conserva intacta la ilimitada capacidad de imposición en que consiste su esencia misma y con ella los riesgos inherentes a su eventual abuso.

El desarrollo y desenlace de las dos grandes revoluciones que contribuyeron a conformar el derecho público europeo, la inglesa y la francesa, prueba hasta la evidencia la exactitud de esta afirmación.

En ese sentido, Tomás Ramón Fernández ⁴¹ señala:

“Tras un siglo entero de enconada lucha entre los partidarios del rey y los del parlamento que pareció saldarse en 1688 con la restauración del viejo equilibrio expresado en la fórmula tradicional King in Parliament, el poder por el que con tanto empeño se luchó, todo el poder, terminó pasando, a partir de la Septennial Act de 1716, al Parlamento, cuya omnipotencia hubiera conducido de nuevo al despotismo de no haberse limitado sus aristas por las convenciones generadas por la práctica política que

⁴¹ En el prólogo que hace en la obra *La Garantía en el Estado constitucional de Derecho*, de Antonio Manuel Peña Freire. Editorial Trotta. Madrid, 1997.

ha venido representando el papel de una garantía, inexistente en el orden formal (...)” (Peña 1997:15).

En el derecho público, la noción nos llega de los textos revolucionarios franceses, principalmente del artículo 16º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en cuanto establecía que “toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada (...) no tiene Constitución”. Frase que condiciona en adelante toda redacción de cartas supremas, imponiendo un límite natural que el poder no podía trasponer sin alterar los derechos básicos de la persona humana (Gozaíni 1994: 182)

En cualquier campo del derecho en que desenvolvamos nuestra actividad, nos hemos de hallar con la idea de garantía, que constituye uno de los puntales más firmes en que se apoyan las construcciones jurídicas de la rama considerada.

Así pues, la garantía no se desenvuelve únicamente en el campo del derecho privado, ya que también en el público nos encontramos con los mismos principios y con las mismas ideas como soporte esencial de sus instituciones fundamentales.

A pesar de esta amplitud que en la proyección representa la idea, siempre encontramos una idea de apoyo sobre la cual se construye el principio fundamental. Esta línea la constituye la idea de proyección, de tal manera, que la finalidad perseguida por la garantía no es otra que la de suministrar una seguridad, una protección o una defensa que como desdoblamiento de aquél concepto general vivifica las instituciones jurídicas.

La perversión de la Ley es sólo un ejemplo de la corrosión que inexorablemente termina atacando a los conceptos jurídicos si no se les recubre adecuadamente con el manto de la garantía.

El elemento “confianza” también parece ser consustancial a la garantía. La garantía según la Nueva Enciclopedia Jurídica F. Seix deriva de la idea fundamental de “confianza” que debe presidir todas las relaciones jurídicas.

Cuando una persona garantiza el cumplimiento de una obligación por parte del deudor, lo que en el fondo hace es fomentar la confianza del acreedor, en la idea de que la prestación será cumplida. Y, en el campo de la moral, y en el de las obligaciones naturales, y en el de la equidad, y en el de la buena fe y en el de tantas otras instituciones que procediendo del campo de la ética penetran en el del Derecho, la idea de garantía, apoyada en las de protección y seguridad y acompañada por la idea de confianza, juega el mismo papel (Enciclopedia Jurídica F. Seix 1971: 534).

La idea de proteger los derechos y de asegurar el cumplimiento de los deberes es básica en el desenvolvimiento de la vida social. Desde el inicio de la vida de relación apareció la idea de garantía que brindaba la seguridad de que aquello se realizaría nació, como secuela ineludible, del reconocimiento del vínculo jurídico.

En una rápida mirada sobre las distintas ramas jurídicas hallamos plenamente confirmado cuando queda dicho en relación con el aprovechamiento de las ideas de garantía y seguridad. En el derecho público esta esto plenamente demostrado. Todo él se articula a base de una red de garantías y seguridades que hacen posible la convivencia entre los ciudadanos en sus relaciones, y en sus contactos con el Estado y la

administración. Esto lo observamos tanto a través de las distintas instituciones de carácter político como en el campo administrativo, en el derecho fiscal y en cualquier otro que sometamos a nuestra consideración.

En fin, quién actúa en sus respectivas esferas jurídicas se mueve entre una serie de normas y de instituciones que le garantiza una seguridad dentro de la Ley.

Desde otra perspectiva, Kelsen identifica a las garantías con los procedimientos o medios para asegurar el imperio de la Ley fundamental frente a las normas jurídicas secundarias, esto es, para “garantizar el que una norma inferior se ajuste a la norma superior que determina su creación o contenido” (Kelsen 1969: 637).

Carl Schmitt utilizó, en cambio, la denominación de “garantías institucionales”, para referirse a cierto sector de normas de las cartas fundamentales que, sin vincularse directamente con los derechos individuales, merecen una estima superior por sus finalidades políticas o sociales, elevándolas a la categoría de preceptos de esencia (supremos), sustrayéndolos de la posible interpretación cambiante del legislador ordinario (Schmitt 1931: 197).

Finalmente, en un estudio clásico de Jellinek, el concepto de garantía toma otro sentido. Significan “garantías constitucionales”, tanto los mecanismos internos de defensa como los mismos derechos tutelados, es decir, que iguala genéricamente “la defensa de la constitución” con las garantías “stricto sensu”. Este jurista define tres categorías de “garantías de derecho público”: sociales, políticas y jurídicas. Las dos primeras categorías, las concibe como los medios establecidos por el constituyente para preservar el ordenamiento fundamental del Estado. En el tercer caso, comprende a las verdaderas garantías, en cuanto expresa que la extensión de la jurisdicción al campo del derecho público se ha de considerar como uno de los progresos más importantes de la construcción del Estado moderno en el curso del siglo XIX (Jellinek 1915: 533).

Son demasiadas las bifurcaciones que la noción de “garantías” y “derechos constitucionales” va abriendo en la doctrina especializada, pero lo cierto es que todas ellas procuran dejar en claro que las normas fundamentales no son manifestaciones de voluntarismo jurídico que no tienen posibilidad sancionatoria sí dejan de cumplirse.

Más allá de los enfoques estimados, sea como “derechos subjetivos públicos”, como “normas primarias y secundarias”, o “preceptivas y sancionatorias”, lo cierto es que todas las corrientes apuntan a observar la importancia que tiene asegurar los derechos propiciándoles la garantía de su efectividad.

La supremacía abstracta necesita de la vigencia operativa. No basta la imposición declamativa, ni la presencia sociológica; es preciso reafirmar los postulados dándole a las normas fundamentales el amparo que refuerce la protección que promete.

La autolimitación del Estado es una posibilidad utópica frente a los abusos comprobados por la historia. Inclusive, ni la democracia garantiza la legitimidad de las conductas, apegadas más al programa de acción que a los derechos consagrados en leyes supremas.

3) La Garantía como Macroconcepto

Desde otra perspectiva, es importante el análisis de los alcances que tiene este concepto y preferentemente, someterlo al trasluz de los que dice la Teoría General del Derecho.

Peña Freire, señala que la garantía como concepto jurídico o categoría jurídica, no puede definirse como una esencia, como una idea clara y distinta –en un sentido cartesiano que se oponga con nitidez y contundencia a sus opuestas –la arbitrariedad, la opresión, etc. La garantía, por el contrario, es un concepto multidimensional⁴². Esta afirmación supone admitir que no existe una entidad o esencia de partida para el conocimiento de la garantía que pueda ser aislada, descompuesta o utilizada como factor de exclusión conceptual. Al contrario, sólo será posible localizar la garantía en el análisis de otros elementos del sistema y en el juego y reproducción continua de relaciones jurídicas, es decir, en la complejidad. Esboza tres razones que avalan esta tesis (Peña 1997: 25-27).

La primera, que la garantía no es un ente abstracto que se pueda escindir ni siquiera para su estudio de los bienes y valores garantizados. Determinar la función de la garantía nos ha llevado a comprobar que su “oikos” es constitutivo de su auto, que la garantía tiene naturaleza procesal o instrumental, lo que convierte en un absurdo la pregunta ¿qué es la garantía?; sólo procede formular esta otra: ¿Cómo se expresa o cómo funciona la garantía?.

En segundo lugar, por exigencias axiológicas y estructurales del modelo normativo en que existe el concepto, la garantía incorpora un elemento finalista que le da sentido en la medida en que un sistema de garantías adecuado será aquél que maximice el grado de tutela de los valores más importantes del sistema jurídico-político en que se inserta y representados en el Estado Constitucional⁴³, que es el contexto de la garantía, por los derechos fundamentales de la personas, mientras que un sistema que no se oriente a este fin no es que sea inadecuado sino que, simplemente, no es un sistema de garantías.

En tercer lugar, las nociones claves para aproximarse al concepto de garantía –constitución, Estado constitucional de derecho, derechos subjetivos, intereses legítimos, etc. tampoco son monosémicas, claras, inequívocas y aislables. De este modo –señala nuestro autor consultado- la relación de la garantía con ella no obedecerá a formas de asociación simple o de negación, en un sentido mecanicista. La garantía no puede interactuar con ellas mediante la lógica binaria del 1/0 sino mediante la lógica difusa del grado⁴⁴. En consecuencia, la garantía es gradual, es decir, nunca se garantiza todo o nada, sino que hay grados de garantía y, por el mismo motivo, nunca hay garantías

⁴² Vid Morín, E.. El Método. La naturaleza de la naturaleza, Cátedra, Madrid, 1993 y Morín, E. El Método II. La vida de la vida, Cátedra, Madrid, 1983.

⁴³ Peña Freire concibe este modelo jurídico-político a partir de tres factores relevantes: a) la supremacía constitucional y de los derechos fundamentales, sean de naturaleza liberal o social, b) la consagración del principio de legalidad como sometimiento efectivo a derecho de todos los poderes públicos y c) por la funcionalización de todos los poderes del Estado a la garantía del disfrute de los derechos de carácter liberal y a la efectividad de los sociales.

perfectas ni sistemas perfectos de garantía, sino expresiones más o menos adecuadas de garantía de modo que «será preciso hablar, más que de sistemas de garantía o antigarantías tout court, de grados de garantismo; y además habrá que distinguir siempre entre el modelo constitucional y el funcionamiento efectivo del sistema»

En ese sentido, pueden haber modelos en que la Constitución es avanzadísima en los principios garantistas que propugna, pero a la hora de la instrumentalización del Derecho, ese modelo no tiene nada de garantista, entonces tenemos un paradigma ultra garantista y una práctica nada garantista.

4) La Garantía como Función y como Elemento de Sistemas Jurídicos Complejos

Desde una perspectiva funcional y sistemática del derecho, también la garantía puede ser analizada para determinar su sentido y alcance.

Peña Freire, luego de hacer un desarrollo de la naturaleza compleja y sistémica del derecho, considera que existen dos formas de aproximación al mismo: en primer lugar, se le puede entender como un conjunto de normas, principios, reglas, garantías e instituciones o bien, como un conjunto de funciones y estructuras de funciones (de mediación, de negantropía, de garantía, etc). Partiendo de estas afirmaciones -el autor citado- elabora dos teorías: una de la complejidad (componente jurídico-formal), cuya noción clave sería la diferencia elemento / relación y, en el segundo caso, el de la diferenciación funcional (vertiente institucional o dinámica de la garantía), cuya noción clave sería la diferencia sistema / entorno.

En ese sentido, la garantía puede ser objeto de ambos enfoques, ya que se le puede ver como un elemento jurídico en relación con otros elementos o como función de sistemas jurídicos sobre entornos sociales y políticos ordenada y regida por la constitución. De este modo la garantía como categoría jurídica no tiene otra realidad que la que le otorga la complejidad del sistema diferenciado del que forma parte.

En consecuencia, la garantía como categoría jurídica, no es una concreta sustancia que pueda ser analizada internamente para luego describir su funcionamiento, no es una categoría que esté formada por un conjunto de componentes elementales susceptibles de ser analizadas en sus propiedades básicas para luego constatar cómo se insertan en el sistema del que forman parte sin ver por ello afectada su sustantividad esencial, sino todo lo contrario, es en las relaciones jurídicas, en la operatividad y en los procedimientos donde la categoría nace y adquiere una configuración precisa, es decir, es en el contexto de los procedimientos jurídicos, sean legislativos, judiciales o de ejecución, donde la garantía se define y se configura como categoría jurídica y donde los componentes estructurales o formales del concepto cobran sentido (Peña 1997: 33,34).

⁴⁴ El sentido de la lógica difusa, en contraposición a la lógica bivalente, admite un universo de posibilidades entre la verdad y la falsedad, al modo de las magnitudes numéricas. De este modo, existirían diversas valoraciones veritativas entre lo verdadero y lo falso, como sería el caso de lo incierto, lo carente de sentido, lo indeterminado o lo verdadero en cierto sentido, etc, que permiten hablar de diversos grados de veracidad.

Sólo después de este dimensionamiento constitutivo, es completo el análisis del fenómeno conceptual. Y, finalmente, el contexto que da sentido a la garantía, tal y como se ha descrito, no es sino el modelo jurídico-político que denominamos Estado constitucional de derecho.

5) Rudolf Von Ihering y la Lucha por el Derecho: fundamento filosófico que subyace en el garantismo

Rodolfo Von Ihering, jurisconsulto alemán, nació en Aurich el 22 de agosto de 1818. Estudió en las Universidades de Heidelberg, Munich y Cotinga. En Berlín fue discípulo de Savigny y Stahl, prestigioso fundador de la Escuela histórica en derecho. Entre sus obras más importantes destaca el *Espíritu del Derecho*, publicada en 1865.

Además, escribió “La Lucha por el Derecho” (1877), obra cuyo pensamiento queremos desarrollar brevemente, porque creemos –como Ferrajoli– que constituye una aproximación que sirve de fundamento a la teoría general del garantismo.

Este filósofo del Derecho, exponente de la escuela histórica del Derecho, señala:

“La finalidad del derecho es la paz, el medio para ello es la lucha. En tanto que el derecho tenga que estar preparado contra el ataque por parte de la injusticia y esto durará mientras exista el mundo no le será ahorrada la lucha. La vida del derecho es lucha, una lucha de los pueblos, del poder del Estado, de los estamentos o clases de los individuos”

El Derecho –decía Ihering– es una idea práctica, es decir, indica un fin, y como toda idea de tendencia, es esencialmente doble porque encierra en sí una antítesis, el fin y el medio. No basta investigar el fin, se debe además mostrar el camino que a él conduzca. He aquí dos cuestiones a las que el derecho debe siempre procurar una solución, hasta el punto, que puede decirse que el derecho no es en su conjunto y en cada una de sus partes más que una constante respuesta a aquella doble pregunta.

No hay un solo título, sea por ejemplo el de la propiedad, ya el de obligaciones, en que la definición no sea necesariamente doble y nos diga el fin que se propone y los medios para llegar a él. Más el medio, por muy variado que sea, se reduce siempre a la lucha contra la injusticia. La idea de derecho encierra una antítesis que nace de ésta idea, de la que es completamente inseparable: la lucha y la paz; la paz es el término del derecho, la lucha es el medio para alcanzarlo (Ihering 1939: 51-52).

Se podrá objetar que la lucha y la discordia son precisamente lo que el derecho se propone evitar, porque semejante estado de cosas implica un trastorno, una negación del orden legal, y no una condición necesaria de su existencia. La objeción podría ser justa si se tratase de la lucha de la injusticia contra el derecho; pero aquí se trata de la lucha del derecho contra la injusticia.

Si en esta hipótesis el derecho no lucha, es decir, no hace una heroica resistencia contra aquella, se negará a sí mismo. Esta lucha durará tanto como el mundo, porque el derecho habrá de prevenirse siempre contra los ataques de la injusticia. La lucha no es, pues, un elemento extraño al derecho; antes bien, es una parte integrante de su

naturaleza y una condición de su idea (Ihering 1934:52).

Todo derecho en el mundo debió ser adquirido por la lucha; esos principios de derecho que están hoy en vigor ha sido indispensable imponerlos por la lucha a los que no aceptaban, por lo que todo derecho, tanto el derecho de un pueblo, como el de un individuo, supone que están el individuo y el pueblo dispuestos a defenderlos. El derecho no es una idea lógica, sino una idea de fuerza; he aquí por qué la justicia, que sostiene en una mano la balanza donde pesa el derecho, sostiene en la otra la espada que sirve para hacerle efectivo. La espada, sin la balanza, es la fuerza bruta, y la balanza sin la espada, es el derecho en su impotencia; se complementan recíprocamente: y el derecho no reina verdaderamente, más que en el caso en que la fuerza desplegada por la justicia para sostener la espada, iguale a la habilidad que emplea en manejar la balanza.

6) Breve Contexto en el que aparece la Teoría General del Garantismo de Luigi Ferrajoli

La propuesta de una Teoría General del Garantismo de Luigi Ferrajoli, se hace en un contexto muy particular: el protagonismo del derecho penal en una crisis política e institucional sin precedentes ni parangón en la historia de las democracias modernas.

De su obra hemos extractado las ideas más importantes que exponemos a continuación. Señala este filósofo del Derecho dos razones de ese protagonismo de la justicia penal, que son aparentemente opuestos. La primera, se refiere a la expansión de la ilegalidad en la vida pública que ha afectado al conjunto de los partidos políticos, a la administración pública, al empresariado, al sistema bancario y a extensas capas de la población ligadas al mundo de la política implicados en la práctica de la corrupción.

La segunda razón, es la fuerte demanda social de legalidad que ha dado apoyo a la reserva institucional de la democracia. Estas razones que también se habrían presentado en las democracias avanzadas han creado esa creciente “anomia” del Estado contemporáneo, generada por la masiva expansión de sus funciones y por la reducción de la capacidad regulatoria del Derecho, la inadecuada y falta de efectividad de sus técnicas de garantía y por la tendencia del poder político a liberarse de los controles jurídicos y a desplazarse a sedes invisibles y extra-institucionales.

Esta crisis del Derecho, se ha visto agravada por la inflación legislativa que es propio al crecimiento del Estado social y por el desarrollo de un derecho penal de emergencia para tratar el terrorismo, la mafia y otras formas de criminalidad organizada.

Sobre esto último quisiéramos entrar en algunos detalles. En los últimos años la opción garantista ha sido desplazada sistemáticamente, dando paso a la denominada política criminal de emergencia.

El término política penal de emergencia o Política Penal del Orden Público, se originó en Italia e identificó un modelo dirigido a enfrentar el terrorismo que sufrió hace unos años ese país. Similar orientación se observó en Alemania, Inglaterra y España. En América Latina esta política criminal se desarrolló a partir de la ideología de seguridad nacional y el frente interno.

Iñaki Rivera advierte que:

“de modo paulatino, la cultura de la emergencia y/o excepcionalidad, ha irrumpido también en toda su extensión en el ámbito de la ejecución penitenciaria, como ya sucedió con otras áreas del derecho penal”.

En efecto, en Europa, además de la crisis de la resocialización y el tratamiento, un factor que afectó la reforma penitenciaria, fue la existencia de una lógica de emergencia en el sistema penal, que se reflejó también en el sistema penitenciario, fenómeno del cual nuestro país no estuvo ajeno.

La política criminal de emergencia o de excepción que se concibió como un mecanismo para combatir a los movimientos terroristas, alcanzó prácticamente toda la legislación del sistema penal. Así, las normas expedidas desde esta posición alcanzaron al derecho penal sustantivo, procesal penal y la ejecución penal y se han venido expandiendo paulatinamente a otros delitos comunes. En consecuencia, la existencia de regímenes penitenciarios especialmente severos y restrictivos de derechos, no son sólo expresiones aisladas de una perspectiva carcelaria, sino forman parte de una opción político criminal integral.

En nuestro país, esta política no ha sido exclusiva de la presente década, que se expresa en la legislación contra el terrorismo, el tráfico ilícito de drogas y los Decretos Legislativos de Seguridad Nacional. Tal como señala el profesor Víctor Prado Saldarriaga:

“sus antecedentes se remontan a los años 30, con las leyes de emergencia de los gobiernos de Sánchez Cerro, Benavides y Odría. Más adelante, durante la década de los 80, se emitieron leyes como la N° 24651, N° 24700, N° 24953 y N° 25031, que fueron cuestionadas por su inconstitucionalidad al afectar el artículo 2° inciso 20°, literal g y artículo 109° de la Constitución Política del Estado de 1979 vigente entonces”⁴⁵.

En la lógica de la política criminal de emergencia, se debe incrementar la capacidad de actuación de algunas agencias de control penal en la lucha contra el delito, especialmente la policial, aún cuando ello afecte garantías y derechos fundamentales de los ciudadanos.

De manera general, se puede afirmar que las principales manifestaciones de este modelo en el proceso penal, son:

- **Administrativización del proceso penal.**- Aspectos centrales del proceso quedan en manos de órganos extrajudiciales como la Policía. Se amplía la capacidad para detener, incomunicar, intervenir comunicaciones e ingresar al domicilio. Así mismo se brinda mayor valor de prueba a la investigación policial, sobre la cual se basa el proceso y la sentencia en la instancia judicial.
- **Ampliación de la detención preventiva.**- Se establece como medida obligatoria, pese a que deber ser aplicada sólo de manera excepcional.
- **Modelo procesal inquisitivo.**- Se amplían las facultades a los agentes penales,

⁴⁵ PRADO SALDARRIAGA: 1993; 21.

originando un desbalance de poder en contra del procesado, de quien básicamente se busca su confesión. El modelo de confrontación entre Ministerio Público y la defensa, teniendo como ente imparcial al juez, se sustituye por una confrontación entre todas las instituciones estatales y el detenido. La idea del contradictorio se elimina y con ello el derecho de defensa es relegado.

Exclusividad procesal.- Se afecta el principio de Juez Natural creándose instancias judiciales especializadas para el juzgamiento de determinados delitos, que son recubiertas de características especiales (como jueces sin rostro, magistrados con competencia nacional, tribunales militares, etc.).

Concretamente en el proceso penal peruano, la política criminal de emergencia, significó la creación de jurisdicciones especiales con competencia nacional para el juzgamiento de ciertos delitos (terrorismo, tráfico de drogas, robo agravado en bandas, delitos tributarios, etc.), afectándose así aspectos fundamentales del debido proceso, como el del juez natural y el derecho a la defensa⁽⁴⁶⁾. En algunos delitos (traición a la patria y terrorismo agravado), se amplió la competencia de la Justicia Militar para juzgar a civiles, decisión que también afectó principios como el juez natural o el de ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial⁽⁴⁷⁾.

Entonces, retomando la idea central, la propuesta de un derecho penal mínimo y una refundación garantista de la jurisdicción penal, pretende ser una contribución a la reflexión sobre las alternativas democráticas a ésta crisis que sacude al mismo tiempo a la razón jurídica y al Estado de Derecho.

La hipótesis teórica en que se basa su extenso estudio, es la existencia de un nexo indisoluble entre garantía de los Derechos Fundamentales, división de poderes y democracia. Solo un derecho penal reconducido únicamente a las funciones de tutela de bienes y derechos fundamentales, puede, en efecto, conjugar garantismo, eficiencia y certeza jurídica. Y sólo un derecho procesal que, en garantía de los derechos del imputado, minimice los espacios impropios de la discrecionalidad judicial, puede ofrecer a su vez un sólido fundamento a la independencia de la magistratura y a su papel de control de las ilegalidades del poder.

En fin, sólo un efectivo pluralismo institucional y una rígida separación de poderes puede garantizar la rehabilitación de la legalidad en la esfera pública según el paradigma del Estado Democrático de Derecho.

La Teoría del garantismo penal, es la conclusión de una extensa y minuciosa exploración llevada a cabo durante años en las más diversas disciplinas jurídicas, especialmente desarrollada en el derecho penal. Esta teoría tiene la gran ventaja que se ha basado en perspectivas filosóficas, epistemológicas, éticas, lógicas, teoría y ciencia

⁴⁶ Al ser los internos trasladados para su juzgamiento lejos del lugar donde fueron detenidos, se disminuye la posibilidad de contratar a un abogado, así como poder buscar y actuar determinadas pruebas como los testimonios que se quedaron en el lugar de origen.

⁴⁷ Intrínsecamente los tribunales militares no garantizan la independencia e imparcialidad necesarias, especialmente en el juzgamiento de civiles. Al respecto ver: BOVINO: 1999, DEFENSORIA DEL PUEBLO: 1998, y FRANCIA SANCHEZ: 1999.

del Derecho, de historia de las doctrinas y de las instituciones jurídicas, enriquecido finalmente, por la actividad jurisdiccional en la que ejerció este gran filósofo.

El objetivo de la teoría general del garantismo ~ como señala Bobbio ~ es la construcción de las paredes del Estado de Derecho que tiene por fin la tutela de las libertades del individuo frente a las variadas formas del ejercicio arbitrario del poder, particularmente odioso en el derecho penal.

Toda su obra está dominada por la convicción de que únicamente a través de una visión omnilateral del problema es posible al jurista, que no debe ser solamente un frío y distante comentarista de las leyes vigentes, detectar y en consecuencia denunciar, no sólo las deformaciones del sistema jurídico positivo, comprendiendo el desarrollo hipertrófico del derecho penal o la ilusión panpenalista, sino también, poner al desnudo todas aquellas situaciones en las que permanecen poderes extrajurídicos, sobre las que el Estado de Derecho no ha extendido aún su regla y que en cuanto tales perpetúan relaciones de desigualdad, a las que se da el nombre sugestivo de “poderes salvajes”.

La obra se desarrolla en el marco de antítesis o grandes dicotomías concatenadas entre sí, de normas que en una línea están las tesis positivas y en otra las negativas. Por ejemplo, en la esfera específica del derecho penal, maneja el desarrollo del modelo garantista y modelo autoritario, entre garantía y decisionismo: gobierno de leyes ~ mera legalidad y estricta legalidad y gobierno de los hombres; Estado de derecho frente a Estado absoluto o despótico, formalismo frente a sustancialismo, derecho penal mínimo frente a derecho penal máximo, el derecho del más débil frente al derecho del más fuerte, en última instancia, certeza frente a arbitrio.

El garantismo es un modelo ideal al que la realidad se puede acercar más o menos. Como modelo representa una meta que permanece tal aunque no se alcance y no pueda ser nunca alcanzada del todo. Pero para constituir una meta el modelo debe ser definido en todos sus aspectos. Solamente si está bien definido, puede servir de criterio de valoración y de corrección del derecho existente.

7) EL Modelo Garantista: definición, presupuestos, espacios de poderes específicos y utopía

El modelo penal garantista es el que se basa en los parámetros de racionalidad, es un Derecho Penal racional, no arbitrario, abusivo, ni despótico. Todo lo contrario, es una Derecho de Justicia y de legitimidad en el sentido de su reconocimiento social.

El modelo penal garantista tiene como referencia básica el que la intervención punitiva se sujeta a los parámetros contenidos en la Constitución, es un modelo penal que de alguna manera armoniza la normatividad constitucional y la normatividad de las cartas Internacionales de los derechos Humanos, la legislación supranacional de contenido humanista con el funcionamiento del Derecho penal interno.

Ahora, es evidente –que desde una perspectiva sociológica– exista un desfase entre un modelo utópico Constitucional de Derecho Penal con el modelo de codificación penal, es decir, hay una divergencia entre la normatividad del modelo en el nivel constitucional y

la ausencia de efectividad en los niveles inferiores (Mavila 1997:189-190).

Pero esa divergencia también se da en otro plano: el nivel del funcionamiento de los operadores del derecho. Es decir, hay una ausencia de efectividad en los niveles inferiores para que se respeten esas garantías.

8) La Epistemología Garantista

El derecho penal de los ordenamientos desarrollados es un producto predominantemente moderno. Los principios sobre los que se funda su modelo garantista clásico –la estricta legalidad, la materialidad y lesividad de los delitos, la responsabilidad personal, el juicio oral y contradictorio entre partes y la presunción de inocencia- en gran parte, el fruto de la tradición jurídica ilustrada y liberal. Los filones que se entrecruzan en esta tradición, madurada en el siglo XVIII, son muchos y distintos: la doctrina de los derechos naturales, las teorías contractualistas, la filosofía racionalista y empirista, las doctrinas políticas de la separación de poderes y de la supremacía de la Ley, el positivismo jurídico y las concepciones utilitaristas del derecho y la pena⁴⁸ (Ferrajoli 1995: 33).

Sin embargo -señala el autor consultado- más allá de la heterogeneidad y de la ambivalencia de sus preceptos teóricos y filosóficos, es cierto que los principios mencionados, tal y como se han consolidado en las constituciones y las codificaciones modernas, forman en su conjunto un sistema coherente y unitario. La unitariedad del sistema depende de que los distintos principios garantistas se configuran, antes que nada, como un esquema epistemológico de identificación de la desviación penal encaminado a asegurar, respecto de otros modelos de derecho penal históricamente concebidos y realizados, el máximo grado de racionalidad y de fiabilidad del juicio y, por tanto, de limitación de la potestad punitiva y de tutela de la persona contra la arbitrariedad (Ferrajoli 1995:34).

Este esquema, presenta numerosas aporías lógicas y teóricas que hacen de él un modelo ideal y en gran parte ideológico y que en varias ocasiones han provocado su descalificación científica y política por parte de la cultura jurídica con resultados indefectiblemente antigarantistas. Este esquema presenta dos elementos constitutivos: uno relativo a la definición legislativa y el otro a la comprobación jurisdiccional de la desviación punitiva. Ambos corresponden al conjunto de garantías penales y garantías procesales del sistema punitivo al que dan fundamento.

⁴⁸ Estos fundamentos (o filones, como los llama su autor), además de no ser filosóficamente homogéneos entre sí, no son unívocamente liberales. Por ejemplo, las filosofías utilitaristas pueden fundamentar, como en las doctrinas de la Escuela Clásica Italiana de Beccaria a Carrara, una concepción de la pena como mínima aflicción necesaria; pero también pueden informar tecnologías penales autoritarias y antigarantistas, como las de la prevención especial o las de la defensa social, encaminada al objetivo de la máxima seguridad posible. Y el positivismo jurídico, si por un lado está en la base del principio de estricta legalidad, por el otro también permite modelos penales absolutistas caracterizados por la ausencia de límites al poder normativo del soberano, al igual que es en todo caso por completo neutral respecto de todas las demás garantías penales y procesales. Por no hablar de las concepciones contractualistas, que han servido de base por igual a la teoría hobbesiana del estado absoluto, a la lockeana de los derechos naturales y del estado de derecho, a la Fichteana del estado pedagogo y a la rousseauiana de la democracia directa.

a) Convencionalismo penal y estricta legalidad

Este elemento está configurado para la determinación abstracta de lo que es punible. Este principio exige dos condiciones: el carácter formal o legal del criterio de definición de la desviación y el carácter empírico o fáctico de las hipótesis de desviación legalmente definidas.

La primera condición equivale al principio de la reserva de la Ley en materia penal y del consiguiente sometimiento del juez a la ley. Conforme a ésta condición, el juez no puede calificar como delitos todos (o sólo) los fenómenos que considera inmorales o, en todo caso, merecedores de sanción, sino sólo (y todos) los que, con independencia de sus valoraciones, vienen formalmente designados por la ley como presupuestos de una pena. A ésta condición –Luigi Ferrajoli– la denomina «principio de mera legalidad» como norma dirigida a los jueces que tienen que aplicar la Ley.

La segunda condición, comporta además el carácter absoluto de la reserva de ley penal, en virtud del cual, el sometimiento del juez es solamente a la ley. En este caso, usa la expresión de «principio de estricta legalidad» que es una norma dirigida al legislador, quién prescribe la taxatividad y la precisión de las formulaciones legales. Este último principio, como técnica legislativa, se propone a excluir por arbitrarias y discriminatorias las convenciones penales referidas a personas y por tanto, con carácter constitutivo antes que regulativo, de lo que es punible.

Por tanto, el sentido y el alcance garantista del convencionalismo penal reside precisamente en esta concepción al mismo tiempo nominalista y empirista de la desviación punible, que remite a las únicas acciones taxativamente denotadas por la ley excluyendo de ella cualquier configuración ontológica o, en todo caso, extra-legal (Ferrajoli 1995:35).

Esta concepción dio lugar a dos logros en la teoría clásica del derecho penal y de la civilización jurídica liberal. El primero es la garantía para los ciudadanos de una esfera intangible de libertad, asegurada por el hecho de que al ser punible sólo lo que está prohibido por la ley, nada de lo que la ley no prohíbe es punible, sino que es libre o está permitido. El segundo, es la igualdad jurídica de los ciudadanos ante la Ley: las acciones o los hechos, cualquiera que los cometa, pueden realmente ser descritos por las normas como –tipos objetivos– de desviación y, en cuanto tales, ser previstos y probados como presupuestos de iguales tratamientos penales (Ferrajoli 1995:36).

b) Cognoscitivismo procesal y estricta jurisdiccionalidad

Está referido fundamentalmente a la motivación y fundamentación de las resoluciones judiciales. Como segundo elemento de la epistemología garantista está conectado al primero como su condición de efectividad pero a menudo descuidado.

Este requisito afecta naturalmente a aquella única parte de los pronunciamientos jurisdiccionales que viene constituida por sus motivaciones, es decir, por las razones de hecho y de derecho acogidas para su justificación. Este requisito viene asegurada con lo denomina –Ferrajoli– “principio de estricta jurisdiccionalidad” que a su vez exige dos

condiciones: la verificabilidad o refutabilidad de las hipótesis acusatorias en virtud de su carácter asertivo y su prueba empírica en virtud de procedimientos que permitan tanto la verificación como la refutación. Para que estos mismos principios resulten satisfechos es necesario además que no sólo la ley, sino también el juicio penal, carezcan de carácter “constitutivo” y tenga carácter “recognoscitivo” de las normas y “cognoscitivo” de los hechos regulados por ellas.

De ahí se deriva un modelo teórico y normativo del proceso penal como proceso de cognición o de comprobación, donde la determinación del hecho configurado por la ley como delito tiene el carácter de un procedimiento probatorio de tipo inductivo, que excluye las valoraciones en los más posible y admite sólo, o predominantemente, aserciones o negaciones –de hecho o de derecho– de las que sean predicables la verdad o la falsedad procesal (Ferrajoli 1995: 37).

Finalmente, ésta concepción cognoscitivista de la jurisdicción junto al convencionalismo penal, permitieron asegurar otros dos logros éticos-políticos de la cultura penal ilustrada: i) el valor de la certeza en la determinación de la desviación punible, confiada no ya a valoraciones extemporáneas y contingentes, sino exclusivamente a la taxativa formulación legal y judicial de supuestos típicos generales y abstractos. ii) la separación entre derecho y moral y entre derecho y naturaleza (sólo por convención jurídica y no por inmoralidad intrínseca o por anormalidad, es por lo que un determinado comportamiento constituye delito).

9) Garantismo y Utopía Liberal

Las características del modelo garantista y su esquema epistemológico desarrollado tiene -como señala Ferrajoli- el fundamental y descontado defecto de corresponder a un modelo límite, en amplia medida ideal, porque de hecho nunca ha sido realizado ni nunca será realizable. Esto debido específicamente a que para votar sus decisiones los jueces, lo hacen dentro de márgenes más o menos amplios de discrecionalidad, que él lo llama espacios de poderes específicos y que en parte son insuprimibles. Esos espacios son: el poder de denotación, de interpretación o de verificación jurídica; el poder de comprobación probatoria o de verificación fáctica; el poder de connotación o de comprensión equitativa y el poder de disposición o de valoración ético-política.

En el primer caso, con la atingencia de que por muy perfeccionado que esté el sistema de garantías penales, la verificación jurídica de los presupuestos legales de la pena nunca puede ser absolutamente cierta y objetiva; esto porque la interpretación de la ley, no es nunca una actividad solamente recognoscitiva, sino que siempre es el fruto de una elección práctica respecto de hipótesis interpretativas alternativas. Y, al ser una elección, concluye inevitablemente en el ejercicio de un poder en la calificación jurídica de los hechos juzgados.

En segundo lugar, aunque disciplinada por el conjunto de las garantías procesales, también la verificación fáctica de una aserción empírica, exige decisiones argumentadas.

En tercer lugar, el juez, además de comprobar los hechos abstractamente denotados por la ley como presupuestos de la pena, debe discernir las connotaciones concretas que

convierten a cada hecho en distinto de los demás, por mucho que éstos pertenezcan al mismo género jurídico. Tales connotaciones nunca son legalmente predeterminables del todo, pues en gran parte vienen remitidas a la equidad del juez, que, además de ser una función cognoscitiva, incluye también una actividad valorativa.

En cuarto lugar, el nexo que une a la estricta jurisdiccionalidad con la estricta legalidad, abren espacios inevitables de discrecionalidad dispositiva que comprometen tanto el carácter cognoscitivo del juicio como su sujeción sólo a ley. En tal sentido, el juez, no puede sustraerse a la responsabilidad política de las elecciones y decisiones. Esta es la contradicción que aflige a los fundamentos de legitimidad de la jurisdicción penal.

Estos cuatro poderes específicos desmienten irremediabilmente la versión clásica del modelo penal garantista, confiriéndole el carácter utópico o ideal. Sin embargo, esto no impide que el modelo, pueda ser convenientemente redefinido y pueda ser satisfecho en mayor o menor medida según las técnicas legislativas y judiciales adoptadas.

Finalmente, este gran filósofo del derecho, a los tres primeros poderes señalados (del poder de denotación jurídica, del poder de verificación fáctica y del poder de connotación equitativa) los denomina poder de cognición y, estos a su vez, son en cierta medida irreducibles y fisiológicos, en consecuencia, el espacio dejado abierto al poder de disposición es el producto patológico de desviaciones y disfunciones políticamente injustificadas de los tres primeros tipos de poder.

Por tanto, las garantías penales y procesales representan precisamente aquel conjunto de técnicas de definición y de comprobación de los presupuestos de la pena encaminada a reducir todo lo posible el poder judicial arbitrario y a satisfacer el modelo de manera siquiera sea parcial y tendencial. Aún cuando su realización perfecta corresponda a una utopía liberal, el modelo delineado, una vez precisado sus límites y requisitos, puede acogerse, pues, como parámetro y como fundamento de racionalidad de cualquier sistema penal garantista. Al mismo tiempo, al haber sido sancionado en gran parte por la Constitución Italiana, como todas las constituciones evolucionadas, el modelo puede ser utilizado además como criterio de valoración del grado de validez o legitimidad —y, a la inversa, de invalidez o ilegitimidad constitucional— de las instituciones penales y procesales y de su funcionamiento concreto (Ferrajoli 1995: 40).

10) Los Modelos de Derecho Penal y sus Garantías Penales y Procesales

Como ya se señaló anteriormente, el modelo garantista de derecho penal, desde el plano epistemológico presenta dos características fundamentales: la unidad y la coherencia, al margen de los diversos presupuestos filosóficos y teóricos que lo informan o fundamentan.

La característica de la unitariedad, apunta fundamentalmente a asegurar la verdad procesal de las hipótesis del delito formulables como presupuestos de la pena. En ese sentido, —Ferrajoli— elabora una tabla analítica, sistemática y esquemática de todos esos principios (ver esquema). Estos principios formulables tienen la forma de proposiciones de implicación o condicionales, los mismos que están ligados entre sí.

Los términos que emplea para la formulación de estos principios son: pena, delito, ley, necesidad, ofensa, culpabilidad, juicio, acusación, prueba y defensa. Cada uno de éstos términos, a excepción del primero, designa una condición necesaria para la atribución de la pena dentro del modelo de derecho penal que él concibe.

Dentro del modelo, cada una de ellas designa una condición de la responsabilidad penal. Estos axiomas garantistas no expresan proposiciones asertivas, sino proposiciones prescriptivas; no describen lo que ocurre, sino que prescribe lo que debe ocurrir; no enuncian las condiciones que un sistema penal efectivamente satisface, sino las que debe satisfacer en adhesión a sus principios normativos internos y/o a parámetros de justificación externa.

Se trata de implicaciones deónticas, normativas o de deber ser, cuya conjunción en los distintos sistemas que aquí se axiomatizarán da vida a modelos a su vez deónticos, normativos o axiológicos. Cada una de estas implicaciones deónticas de que se compone todo modelo de derecho penal enuncia, por tanto, una condición sine que non, esto es, una garantía jurídica para la afirmación de la responsabilidad penal y para la aplicación de la pena. No se debe entender, como una condición suficiente en presencia de la cual está permitido o es obligatorio castigar, sino una condición necesaria en ausencia de la cual no está permitida, o está prohibido, castigar.

En ese sentido, la función específica de las garantías es el derecho penal, en realidad no es tanto permitir o legitimar algo, sino más bien condicionar o vincular y, por tanto, deslegitimar el ejercicio absoluto de las potestades punitivas.

Estos diez principios ordenados y conectados, definen el modelo garantista de derecho o de responsabilidad penal, esto es, las reglas de juego fundamentales del derecho penal. Fueron elaborados sobre todo por el pensamiento iusnaturalista de los siglos XVII y XVIII, que los concibió como principios políticos, morales o naturales de limitación del poder penal absoluto. Y, han sido ulteriormente incorporados, más o menos íntegra y rigurosamente, a las constituciones y codificaciones de los ordenamientos desarrollados, convirtiéndose así en principios jurídicos del moderno estado de Derecho.

Este modelo que reúne los diez principios del sistema garantista, están concatenados, de tal suerte, que cada uno de ellos está reforzado y específicamente connotado por todos los demás en el sentido de que el alcance garantista de cada uno de los diez axiomas es tanto mayor cuanto más numerosa son las condiciones consecuentes establecidas en cada uno.

De ahí se deriva que el sistema garantista pueda resultar debilitado por sustracción, debido a la falta o a la lesión de algunas de las condiciones o garantías indicadas como necesarias para la imposición de la pena por su tesis compendiada (nulla poena sine crimine, sine lege, sine necessitate, sine iniuria, sine actione, sine culpa, sine iudicia, sine accusatonie, sine probatione et sine defensione).

En consecuencia, a partir de este modelo –Ferrajoli– formula una tipología esquemática de modelos teóricos de derecho penal según el número o el tipo de garantía asegurada por ellos y por tanto, según la medida o el grado en que se acercan o alejan del modelo límite del sistema garantista.

Esta tipología sirve además, para explicar y valorar los distintos sistemas penales concretos considerados tanto en su consideración normativa como en la de su efectivo funcionamiento y, por ello, para identificar sus perfiles de irracionalidad, de injusticia y de invalidez.

11) Tipología de los Sistemas Punitivos

Partiendo de la idea que el modelo garantista es el que reúne todos los principios anotados, la hipótesis de tipos está supeditado a las sustracciones sucesivas de axiomas garantistas del modelo garantista de estricta legalidad. En consecuencia, al extraerse del sistema garantista uno o más axiomas origina así una cantidad innumerable de sistemas penales de distinto tipo.

Pero también hay que tener en cuenta que el número de esos sistemas se reduce notablemente si se considera que muchas de sus garantías presupone otras, a falta de las cuales también ellas sucumben o, en todo caso, resultan debilitadas. Por ejemplo, a falta del principio de retributividad un sistema carece también de los principios de lesividad, materialidad y culpabilidad. O también, un sistema que no cuente con el principio de jurisdiccionalidad, trasgrede el principio acusatorio, carga de la prueba y el de defensa.

Es evidente además, que todas las garantías procesales condicionan la efectividad de las garantías penales y resultan a su vez vaciadas por la ausencia de éstas. En ese sentido, de la combinación de estos supuestos, pueden resultar nueve sistemas en adición al sistema garantista, disponibles a grandes rasgos en orden de garantismo decreciente y de autoritarismo creciente. De esta manera, mencionamos los siguientes sistemas:

- Un sistema sin prueba y defensa
- Un sistema sin acusación separada
- Un sistema sin culpabilidad
- Un sistema sin acción
- Un sistema sin ofensa
- Un sistema sin verdad
- Un sistema sin delito
- Un sistema sin juicio
- Un sistema sin ley

Cada uno de estos sistemas resulta caracterizado, respecto del sistema garantista, por la falta o el debilitamiento además de la garantía sustraída, también de muchas de las que presupone y la preceden en el orden en el que los distintos sistemas han sido enumerados. Y vale no sólo para configurar modelos teóricos y normativos con un grado de garantismo sucesivamente inferior⁴⁹, sino también para descubrir la composición real de los ordenamientos penales positivos o de sus instituciones específicas que de hecho

carecen de garantías respecto de sus modelos normativos de nivel jurídico superior.
(Ferrajoli 1995: 98).

⁴⁹ De ésta manera se habla de modelos de proceso penal autoritario, de derecho penal autoritario. Modelos punitivos irracionales, derecho penal mínimo y derecho penal máximo.

Capítulo IV. El Debido Proceso Legal (aspectos generales, evolución histórica y su proceso de positivización e internacionalización)

4.1 Aspectos Generales

Zbigniew Brzezinski, ha señalado que vivimos en una época “posutópica”, marcado por el fracaso de las utopías que se quisieron imponer coactivamente, entre ellas el fascismo y el comunismo, y en las cuales la separación de poderes, la independencia de los jueces y el debido proceso legal fueron instituciones despreciadas y condenadas “al basurero de la historia” y también caracterizada por el renacimiento de los nacionalismos beligerantes y xenófobos, y de viejos odios y rivalidades étnicas y religiosas (Hoyos, 1996:1).

Esta realidad posutópica puede ser difícil aceptar en su plenitud en Latinoamérica porque, como lo ha señalado el escritor mexicano Carlos Fuentes, desde la llegada de Cristóbal Colón “el continente americano ha vivido entre el sueño y la realidad, ha vivido en divorcio entre la buena sociedad que deseamos y la sociedad imperfecta en la que

realmente vivimos (Hoyos, 1996:1).

En el caso particular de nuestro país, no cabe duda que uno de los más caros anhelos de la población está constituido por disfrutar de una vida cotidiana de una situación que perciba como justa, que la justicia se realice en su quehacer ordinario a través de los órganos del Estado e inclusive de los demás individuos y entidades privadas.

Sin embargo, es moneda corriente ver y conocer la situación de atropello y violación de los derechos fundamentales de la personas, tanto por parte del Estado como de sus entidades, incluyendo a los particulares. Lo más grave es que la frecuencia e impunidad con que tales actos se realizan, éstos no solamente parecen legalizarse aceptándose socialmente, sino que resultan asimilados como parte de la estructura sobre la cual se construyen las relaciones sociales.

Uno de los temas cruciales de ésta vorágine se encuentra en la falta de realización del valor justicia advirtiéndose, como factor esencial de tal situación, la calamitosa situación que padece la institución llamada por la Constitución y las leyes a ser encargada de darle vigencia real a tal valor y hacernos pensar a quienes integramos esta sociedad que resulta posible hacer de ella una donde la justicia pueda ser alcanzada o, cuando menos, no perder la esperanza de ello. Nos referimos al Poder Judicial y porque no otras jurisdicciones, que atraviesan, junto con todo el país, por aquella que, posiblemente, constituya la fase más crítica de su existencia.

La consecuencia de esta crisis, es la situación generalizada de violencia, de falta de respeto por la vida de las personas, sus bienes y todo aquello que constituya el andamiaje sobre el que se pretenden edificar las sociedades modernas para alcanzar esa utopía que se llama Estado de Derecho.

Este fenómeno, que marca hondamente la actitud cotidiana de aquellos que integramos la sociedad peruana, ha traído como consecuencia el apartamiento generalizado de toda clase de normas y una actualización de la venganza y los instrumentos privados de solución de conflictos que, como señalara Hobbes, se producen ante una quiebra de los elementos fundantes de la Sociedad y la falta de capacidad del Estado por atender esas necesidades más apremiantes de sus miembros, entre ellas, obviamente, la incorporación de la justicia en su vida ordinaria (De Bernardis, 1995:26).

Hoy en día los políticos hablan del “momento democrático” como un espacio en el que es posible buscar un entendimiento acerca de la importancia de lograr la efectiva vigencia de la justicia en nuestro país. En este contexto, el derecho al debido proceso penal, como presupuesto ineludible de un Estado de Derecho es la llamada a cumplir con ese fin.

En el presente trabajo, nos ocuparemos más del debido proceso, como un derecho fundamental que ha entrado al campo constitucional y que aparece vinculado al constitucionalismo, el cual, dentro de sus muchas acepciones, aparece siempre vinculado a la idea de un gobierno limitado, sobre todo por medio del derecho, ya que dicho principio, a lo largo de una rica evolución histórica y política que desarrollaremos a continuación, ha encontrado sitio en las constituciones modernas y democráticas como un derecho fundamental que no sólo garantiza la actuación del derecho material, sino que

también impone límites importantes a la acción del Estado al punto de constituir un freno a la potencial acción arbitraria de ese frente a todas las personas sujetas a dicha acción.

De esta manera, pues, abordaremos en principio su perfil histórico rico en hechos y acontecimientos de ribetes políticos, sociales y filosóficos para poder entender su configuración hasta llegar a su consolidación como el elemento más importante que nos permita contribuir a la demostración de nuestra hipótesis de trabajo.

4.2 Antecedentes y Evolución Histórica del Debido Proceso

En la perspectiva de su origen histórico es interesante mencionar que en el siglo XVIII, un tribunal Británico acudió al libro de Génesis para sostener el origen bíblico del Debido proceso. En este sentido, señaló que la primera audiencia en la historia de la humanidad habría ocurrido en el paraíso o en el jardín del Edén, cuando Dios, antes de sancionar a Adán, decidió previamente escucharlo.

Herman Pritchett (1965:657), en un trabajo titulado “La Constitución Americana”, en uno de sus pasajes cita al juez Frankfurter quién señala:

“(…) El debido proceso” a diferencia de algunas reglas jurídicas, no es una concepción técnica con un contenido fijo sin relación al tiempo, lugar y circunstancias. Expresando como lo hace en su último análisis el respeto llevado a la práctica por el derecho hacia ese sentimiento de trato justo que se ha desarrollado a través de siglos de la historia constitucional y la civilización anglo-americana, el “debido proceso” no puede aprisionarse dentro de los límites traicioneros de cualquier fórmula. Al representar una profunda actitud de justicia entre hombre y hombre, y más particularmente entre el individuo y el gobierno, el “debido proceso” está constituido de historia, razón, el curso pasado de las decisiones y la profunda confianza en la fuerza de la fe democrática que profesamos. El debido proceso no es un instrumento mecánico. No es una vara de medir. Es un proceso”.

Tres ideas muy importantes se pueden rescatar de ésta sentencia emitida por el citado magistrado. La primera, que es una institución de mucha historia como lo veremos más adelante; la segunda, se construye sobre la base de la razón humana y, finalmente, su confianza y validez de este concepto como principio de un sistema democrático⁵⁰.

El debido proceso es una de las conquistas más importantes que ha logrado la lucha por el respeto a los derechos fundamentales. Es uno de los trofeos que nos ha legado la entonces emergente ideología liberal, la corriente racionalista y humanista que comenzaron a abrirse paso en el siglo XIII, alcanzando un posterior apogeo en los siglos siguientes. Es importante también recordar que entre los siglos XII y XIII, la alta escolástica, desarrolló la tesis del Derecho Natural que indudablemente inspiró a muchos

⁵⁰ En éste último sentido, Arturo Hoyos, en su obra ya citada sobre el debido proceso, señaló que vivimos lo que alguien ha denominado “el momento democrático”. En este nuevo contexto el debido proceso puede desarrollarse con mayor fuerza.

ideólogos revolucionarios de entonces.

En ese sentido Juan Francisco Linares (1989:15) señala:

”Pocas instituciones y figuras jurídicas del derecho público pueden invocar tan añeja ejecutoria como ésta del debido proceso legal”.

Asimismo agrega, ha sido generada en la entraña misma del derecho inglés medieval ⁵¹, como que es la síntesis de la Carta Magna, transplantada a las colonias inglesas como tantas otras instituciones y fue allí donde creció más lozana que ninguna, vigorizada por aportes del ius naturalismo que impregnaba de la idea de justicia todas las instituciones jurídicas sajonas llevadas al Nuevo Mundo (Linares, 1989:15).

Como bien es sabido, la Carta Magna fue expedida en Inglaterra por el Rey Juan en 1215 ⁵² (15 de junio de 1215), para reconocer una serie de derechos feudales en respuesta a las demandas de los barones de Runnymede y constaba originalmente de 63 capítulos, la misma que fue redactada en latín, el idioma oficial y de los medios cultivados a intelectuales de Inglaterra.

La concepción de este instrumento, así como las que formaron parte de esa historia jurídica, cuyo atributo esencial es el de encontrarse situadas por encima de la voluntad del Monarca, quién no solamente resultaba incapaz de cambiarlas a su antojo sino que se encontraba en la obligación de cumplirla, resulta esencial para concebir la existencia de una “Constitución”, entendida ésta como una norma de rango supremo, de cumplimiento obligatorio por todos, que establece los principios esenciales de la organización del Estado y las relaciones de éste con los ciudadanos.

En el capítulo 39 de dicho documento histórico, establece lo siguiente: “Ningún hombre libre será aprehendido, hecho prisionero, puesto fuera de la ley o exiliado ni en forma alguna arruinado, ni iremos ni mandaremos a nadie contra él, excepto mediante el juicio de sus pares o por la ley de la tierra”.

Las frases claves en el texto citado del capítulo 39 de la Carta Magna –según Arturo Hoyos que a su vez cita a Eduardo Couture- para los efectos de las garantías procesales que es de interés al tema, son el “*legale iudicium parium sorurum*” que equivaldría a la “garantía del juez competente” y de otro lado, el “*juicio per legem tērra*”, que en el

⁵¹ La formulación del derecho al Juicio legal que se incluye en la Carta Magna, ha sido emparentada con mérito con los fueros aragoneses en el escenario de las Monarquías medievales “..Et que nos en nuestra propia persona o por otra interposita persona u otro o otros por nuestro mandamiento o nombre, nos aviendolo por firme menos deconoximiento de iudicio o devidement, segunt fuero, no mataremos ni faremos, ni preso o presos alguno o algunos contra fuero, privilegios, libertades, husos, e costumbres dAragon, sobre fianca de dreyto presentada reteneremos, ni retener faremos, agora ní en algun tiempo”. Fueros de Aragón. Manuscritos de la Biblioteca Universitaria de Zaragoza. Víctor Fairén Guillén. La Defensa Jurisdiccional de los Derechos del Hombre en el ordenamiento aragonés y sus posibles repercusiones en países iberoamericanos. Libro Homenaje a Luis Loreto. Caracas. 1975. Pág. 516.

⁵² Los más importantes instrumentos que se dieron a lo largo de esta historia jurídica de los derechos fundamentales en Inglaterra han sido, según refiere Dale Furnish los siguientes: Charter of Liberties de 1100; la Carta Magna de 1215; Las Oxford provisions de 1258; el Confirmatic Cartarum de 1297; la Petitionm of Rights de 1628; el Instrument of Government de 1653 y el Bill of Rights de 1688.

contexto actual, podría ser equivalente a la “garantía de la ley preexistente” (Hoyos, 1996:7).

En otra interpretación, Marcelo de Bernardis, cuando desarrolla el origen de esta institución, considera que la frase “due process of law” es equivalente al término “law of the land” que se utiliza en la Carta Magna de 1215, el mismo que se identificaba o comprendía como elementos esenciales el Writ o Habeas Corpus, el juicio por jurados (los pares) y otras garantías de carácter procesal que se habían concedido al individuo para defenderlo de la opresión de la Corona, dentro del proceso de limitación del poder real. Si bien la Carta Magna no utiliza la expresión “due process”, sino “law of the land” al ser ésta equivalente a la segunda resulta irrelevante que no lo haga a efecto de establecer el origen de la primera que, sin embargo, será aquella que se utilice en todas las declaraciones posteriores (De Bernardis, 1995:234).

Posteriormente, en la reexpedición⁵³ de la carta de 1354 realizada por el rey Enrique III, y redactada en el idioma inglés, la cláusula sobre el debido proceso que aparece ahora en el capítulo 29, la expresión “per legem tērrae” es sustituida por la expresión inglesa “due process of law”, la que traducida a nuestro idioma significa debido proceso legal o simplemente debido proceso. El texto del capítulo es: “Ninguna persona, cualquiera que sea su condición o estamento, será privada de su tierra, ni de su libertad, ni desheredado, ni sometido a pena de muerte, sin que antes responda a los cargos en un debido proceso legal”.

Siguiendo su génesis, el maestro Florencio Mixán Máss –citando a Gregorio Peces-Barba– señala que esta idea rectora también fue reconocida en el Código de Magnus Erikson de 1350 (de Suecia), que prescribía: “(El Rey debe...) ser leal y justo con sus ciudadanos, de manera que no prive a ninguno, pobre o rico, de su vida o de su integridad corporal sin un proceso judicial en debida forma, como lo prescriben el derecho y la justicia del país, y que tampoco prive a nadie de sus bienes sino no es conforme a derecho y por un proceso legal” (Mixán, 1996:111-112).

Este mismo autor, citando la misma fuente, luego señala a la Constitución Neminen Captivabimus (de Polonia, 1430) del Rey Wladislav Jagiello, quién declaraba: “Nosotros, el Rey, prometemos y juramos no encarcelar ni inducir a encarcelar a ningún noble de ninguna forma, cualquiera que sea el crimen o la falta que haya cometido, a no ser que haya sido primero justamente condenado por los Tribunales de Justicia y haya sido puesto en nuestras manos por los jueces de su propia provincia, salvo aquellos que cometan un crimen de derecho común, como el homicidio, la violación o el robo en las carreteras reales” (Mixán, 1996:111-112).

De igual forma, también señala a las Leyes Nuevas de Indias del 20 de noviembre de 1542, que preceptuaba lo siguiente: “(...) y que no den a que en los pleitos de entre indios o con ellos se hagan procesos ordinarios ni haya alargas, como suele acontecer, por la malicia de algunos abogados y procuradores, sino que sumarialmente sean determinados, guardando sus usos y costumbres, no siendo claramente injustos y que

⁵³ Este trascendental texto histórico fue reexpedida treinta veces por Monarcas Ingleses durante los dos siglos siguientes, incluso varias veces en el reinado de un mismo monarca obedeciendo a crisis política.

tengan las dichas Abdiencias cuidado que así se guarde por los otros jueces inferiores” (Mixán, 1996:111-112).

Definido más o menos su origen, Juan Francisco Linares (1989:16), considera que la institución del debido proceso, en el momento de su trasplante a las colonias tenía dos características:

- Era una mera garantía procesal de la libertad personal contra las detenciones arbitrarias del Estado, y accidentalmente contra las penas pecuniarias y confiscaciones, es decir, contra penas sin juicio legal por los pares. No obstante, debe reconocerse que ya en las “institutas” de Coke habían anticipos claros de la posibilidad de que pudiera constituir una garantía contra la aplicación injusta de las normas del common law o aun de los estatutos.
- El debido proceso ofrecía garantías contra la arbitrariedad del monarca y de los jueces, pero no del parlamento. Esto por lo demás, es una característica común de los bill of rights ingleses. Veremos cómo el debido proceso en los Estados Unidos deviene también y principalmente como garantía contra las arbitrariedades de los órganos legislativos.

Finalmente, para concluir esta parte de su origen, la institución del debido proceso aplicada en las colonias inglesas del Atlántico Norte⁵⁴, por razones obvias, el common law inglés, la ley de la tierra de la Carta Magna encuentra allí también campo fértil para un florecimiento en todos sus aspectos. De esta manera, en el transcurso de la historia de estas colonias, la garantía del debido proceso que ha menudo fue invocada ante las cortes, tuvo ese carácter meramente procesal y protectora nada más que de la libertad corporal y penas pecuniarias.

De esa manera, la concepción del debido proceso logró convencer en legos y técnicos del derecho, que las leyes de fondo al ser aplicadas deben serlo con justicia, y que virtualmente una sentencia gravemente injusta agravia tanto como un proceso irregular. En consecuencia, al incorporarse a las cartas coloniales sin mayores debates, la garantía del debido proceso, lo hace en el sentido de una garantía procesal⁵⁵ (Linares, 1989:17).

⁵⁴ La Declaración de Derechos de Virginia, aprobada el 12 de junio de 1776, expresaba en su apartado octavo “que en todos los procesos criminales o de pena capital, el acusado tiene derecho a conocer la causa y naturaleza de su acusación y a ser confrontado con los acusadores y testigos, a aducir testimonios en su favor, y a un juicio rápido por un jurado imparcial, de doce hombres de su vecindad, sin cuyo unánime consentimiento, no podrá ser considerado como culpable; y nadie podrá ser obligado a dar testimonio contra sí mismo; ni ningún hombre podrá ser privado de su libertad, sino de acuerdo con el derecho del país o por el juicio de sus iguales”.

⁵⁵ Es solamente en el moderno derecho constitucional de los Estados Unidos donde cobra relieves nuevos. Es así, pues, como al finalizar el siglo XIX el concepto de debido proceso había ganado en profundidad y extensión. De mera garantía procesal, de resorte técnico procesal, comienza a elevarse a la categoría de contenido estimativo y de recurso técnico axiológico que limita también al órgano legislativo. Es en este momento en el que ya podemos hablar del debido proceso como garantía genérica de la libertad, es decir como garantía sustantiva y patrón de justicia.

Estas garantías que integran el concepto de derecho al debido proceso, contra la opresión y las usurpaciones, herederas de la Carta Magna, según observa el Tribunal Supremo en el caso *Hurtado y California* (1884), al gobierno federal (V enmienda) y a los Estados (XIV enmienda), preservan las libertades del ciudadano contra cualquier acción arbitraria del gobierno, asegurando el principio democrático de la justicia penal.

Alex Carocca (1999:63), en un trabajo muy interesante sobre la materia, señala lo siguiente: “Como es sabido, la garantía del “due process of law” o del “debido proceso”, fue introducida formalmente en esos términos en la Constitución de los Estados Unidos, a través de la V Enmienda, efectuada en el año 1791, que estableció: “No person shall (...) be deprived of life, liberty, or property withuot due process of law (...)” y de la XIV Enmienda, en el año 1868, por la que dispuso que: “(...) nor shall any state deprive any person of life, liberty or property withuot due process of law...”.

La primera de estas enmiendas formaba parte del Bill of Rights, conjunto de garantías destinadas a proteger “las libertades individuales, contra las actividades lesivas provenientes de la autoridad federal. Sólo después ha sido extendida parcialmente a los procesos estatales”.

La segunda enmienda está relacionada con el Civil Rights Act, después de la Guerra Civil, y asegura a los particulares la posibilidad de recurrir a las Cortes Federales contra las violaciones de los derechos garantizados por el “due process”, perpetrados por los Estados.

A partir de estas disposiciones, y en mérito a la labor de la Corte Suprema de los Estados Unidos, a lo largo del tiempo, se ha llegado a construir este singular instituto jurídico norteamericano, difícil de explicar y de entender fuera del sistema en el que ha sido formulado, pero que, no obstante, ha tenido una poderosa influencia en regímenes jurídicos totalmente diferentes al del Common Law. Incluso se considera que su consolidación marca el nacimiento del constitucionalismo moderno, que se caracteriza por el predominio de la Constitución sobre las leyes ordinarias (Carocca 1999:63).

En todo caso, para intentar establecer su contenido como garantía procesal, hay que recordar -como ya se dijo- que su formulación es producto de una larga evolución en el sistema del Common Law, cuyo primer precedente se ha situado generalmente en el capítulo 39 de la Carta Magna de 1215, que tuvo el valor, según la interpretación que parece más sólida, de haber impuesto a favor de la nobleza inglesa “una garantía de legalidad (...) subordinando la validez del juicio al respeto de la “ley del país”, o sea, de la “law of the land”. Sólo mucho tiempo después, en el siglo XVII, se produjo el siguiente gran avance al empezar a entenderse a la “law of the land” de la Carta Magna, como la garantía de un proceso “legal”, es decir, de un juicio en el que se respetasen las garantías vigentes en ese momento en el Common Law (Carocca 1999:64).

De esa manera, la garantía procesal que constituyó el debido proceso en la Carta Magna de 1215, fue posteriormente recogido en las constituciones de Maryland, Pensylvania y Massachussets, colonias inglesas en Norteamérica.

El “Due Process Of Law” en la Constitución Norteamericana de 1787

Las enmiendas V y XIV de la Constitución Norteamericana de 1787, aprobadas en

1791 y 1868, respectivamente, establecieron una definición similar del debido proceso legal, haciendo que el concepto específicamente procesal de la Carta Magna Inglesa se haga genérico en el texto de la Constitución Norteamericana. En efecto, ya no se hablaba del “juicio de los pares” o de la “ley del lugar” sino del “debido proceso legal” esto es, de un concepto que involucra “el derecho material de la ley preestablecida y el derecho procesal del juez competente.

A partir de este momento, entonces, el debido proceso legal no sólo pretende establecer normas procesales aplicables al juzgamiento o a la restricción de la libertad, propiedad u otros derechos de la persona, sino que busca además asegurar al individuo del ejercicio arbitrario de los poderes del gobierno, sobre la base de la vigencia y respeto tanto de los derechos privados de la persona, como de los principios de la justicia distributiva.

La llamada “ley de la tierra” o “ley del lugar” referida en la carta Magna Inglesa –que obligaba a un juicio previo de sus pares o de la aplicación de la ley del reino (también a través de un proceso) para disponer de la libertad, bienes y derechos del hombre libre, garantizando la ausencia de arbitrariedad del gobernante para con sus súbditos- tuvo a partir de la Constitución Norteamericana de 1787 un concepto más acabado y general respecto al concepto de debido proceso (Torres, 1995:175).

El sistema norteamericano estableció un mecanismo de protección al individuo contra la arbitrariedad y de la injusticia, tanto la proveniente de los tribunales de justicia, como la proveniente de las demás autoridades encargadas de dictar y hacer cumplir las leyes. Justamente, ese mecanismo se encuentra consagrado en las enmiendas V y XIV de la Constitución Norteamericana de 1787, que es importante desarrollarlo a continuación:

El debido proceso en la Enmienda V

Durante la existencia de los Estados Unidos y antes de la Guerra de Secesión el debido proceso será efectivamente aplicado. Esta se generalizará a partir de la adopción de la V Enmienda en 1791 como parte del cambio del sistema confederado al federal.

La enmienda V de la Constitución Norteamericana de 1787, ratificada por el Congreso de los Estados Unidos el 15 de Diciembre de 1791, estableció en su parte final lo siguiente: “(...) nadie será privado de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal”

La frase “debido proceso legal” dice (Torres, 1995:175) que se utilizó a veces en Inglaterra y sus colonias, como equivalente de la acusación y el juicio en la forma ordinaria (juicio por gran jurado y jurado de enjuiciamiento, respectivamente), no obstante que ambas formas procesales han sido garantizadas por otras enmiendas de la Constitución Norteamericana, como son: “Enmienda V – Acusación: Nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o con otra pena infamante si un gran jurado no lo denuncia o acusa”.

“Enmienda VI: En toda causa criminal el acusado gozará del derecho de ser juzgado rápidamente y en público por un jurado imparcial del distrito y Estado en que el delito se haya cometido, distrito que deberá haber sido determinado previamente por la ley; así

como de que se la haga saber la naturaleza y causa de la acusación de que se le caree con los testigos que depongan en su contra, de que se obligue a comparecer a los testigos y de contar con la ayuda de un abogado que le defienda”.

“Enmienda VII-Juicio por Jurado: El derecho a que se ventilen ante un gran jurado los juicios sujetos al “Common Law” en que el valor controvertido exceda de 20 dólares, será garantizado”.

La regulación del “debido proceso legal” en otras enmiendas de la Constitución Norteamericana, distintas de la enmienda V bajo comentario, nos permite afirmar que dicho término “debido proceso legal” tiene un significado más amplio. En efecto, el sistema norteamericano establece que el debido proceso legal protege a las personas contra la arbitrariedad ejercida por quienes detentan todo tipo de poder estatal, impidiendo de esta manera que se prive la vida, la libertad o la propiedad de las personas, y promoviendo el que los distintos órganos del poder estatal ejerzan sus atribuciones razonablemente y sin ninguna clase de excesos (Torres 1975:176).

De esta manera, el debido proceso legal del sistema norteamericano no tiene sólo un mero carácter procesal, entendido como aquél mecanismo que establece que nadie puede ser privado judicialmente de sus derechos (vida, propiedad, libertad y otros), sino a través de ciertos procedimientos regulados por una ley, la misma que debe otorgar a la persona interesada la posibilidad y facilidades de defenderse, actuar las pruebas que estime convenientes, así como someterse a la decisión final que pudiera dictarse (Bourguignon, Marcelo. El debido proceso, garantía constitucional. Revista Jurídica La Ley. Pág 1145).

El debido proceso legal del sistema norteamericano tiene además un carácter sustantivo, entendiendo como aquél mecanismo que establece una pauta para apreciar la validez de las leyes vigentes, en la medida que éstas no priven de la vida la libertad o la propiedad de las personas en violación del marco normativo establecido en la Constitución Norteamericana y en las demás disposiciones que resulten aplicables. Esta trasgresión del marco normativo vigente en el sistema legal norteamericano, puede realizarse a través de una decisión judicial (en cuyo caso nos remitimos al carácter procesal del concepto de debido proceso legal explicado en el párrafo precedente), a través de una decisión legislativa (una ley del Congreso que prive a la persona de sus derechos de manera arbitraria e irrazonable), o a través de una decisión del órgano administrativo (un acto de gobierno que constituya un exceso de arbitrariedad).

En suma, en el sistema norteamericano, el debido proceso legal concede protección a las personas “contra la acción arbitraria de quienes ejercen los poderes de gobierno, impidiendo la privación injustificada de la vida, la libertad y la propiedad y asegurando una actuación justa de los órganos estaduales”.

Durante el siglo XIX, la enmienda V de la Constitución Norteamericana fue sacada por los abolicionistas del olvido en que se encontraba. Dicha enmienda fue utilizada por los abolicionistas para asegurar y también reivindicar la esfera de libertad del ciudadano individual y del negro, frente a los intentos segregacionistas del siglo XIX anteriores a la Guerra Norteamericana de Secesión. Sin embargo, tanto la enmienda V como las normas de la Declaración de Derechos anexa a la Constitución Norteamericana, buscaban limitar

el ámbito de acción sólo del Estado Federal (y por ende, eliminar o limitar el ejercicio arbitrario de sus atribuciones); no obstante ello, los abolicionistas interpretaron las disposiciones de la enmienda V como limitativas no sólo del gobierno nacional (o Estado Federal), sino de todos los estados que conforman la Unión Norteamericana, con el fin de evitar el resurgimiento de cualquier intento esclavista en perjuicio del negro.

Es así, que existiendo la necesidad de limitar la esfera de acción de los estados de la Unión, a los efectos de evitar que dichos estados cometiesen actos arbitrarios que privasen de la vida, la libertad o la propiedad de las personas, y en tanto que la enmienda V de la Constitución Norteamericana sólo regulaba el límite del ejercicio de las atribuciones del Estado Federal con respecto a los derechos de la persona, se aprobó setenta y siete años más tarde, en 1868 la enmienda XIV de la Constitución Norteamericana, que estableció lo siguiente: “Ningún Estado podrá privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal”

El debido proceso legal en la Enmienda XIV

La enmienda XIV de la Constitución Norteamericana fue ratificada por el Estado de Alabama el 2 de Diciembre de 1865, completándose el número de Estados ratificantes de la Unión, hecho que fue certificado por el Secretario de Estado el 18 de Diciembre de 1865, fecha en que a su vez adquirió validez como parte del texto constitucional (algunos autores sostienen que esta enmienda fue aprobada en 1866 o 1868). Así y tal como se menciona en la parte final del acápite precedente, la enmienda XIV estableció en su parte final lo siguiente: “... tampoco podrá estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos”.

La enmienda XIV de la Constitución Norteamericana era en realidad “la hermana gemela constitucional de la gran Ley de Derechos Civiles del 9 de Abril de 1866, que definía explícitamente los derechos de los ciudadanos y establecía penas para “cualquier persona que, so pretexto de cualquier derecho, ley, ordenanza, reglamento o costumbre, sometiese, o diera lugar o someter, a cualquier habitante de cualquier estado o territorio a la privación de cualquier derecho garantizado o protegido por esta ley...” (Torres, 1975:178). La enmienda XIV de la Constitución Norteamericana fue obra de los seguidores del abolicionismo, creada para garantizar la libertad individual tanto de los blancos como de los negros, la misma que debía de quedar en futuro “a salvo de las rapaces incursiones de sus dos enemigos: los hostiles gobiernos de los estados y la hostil ciudadanía.”

La enmienda XIV de la Constitución Norteamericana tuvo como fin el someter todo el procedimiento civil, penal y gran parte de la legislación de los estados a la supervisión del poder federal y específicamente, de la Suprema Corte. Con posterioridad a la independencia norteamericana, y en las siguientes décadas, el debido proceso legal se consagró como norma en las nuevas constituciones de buena parte de los estados que se fueron creando a partir de 1787 y durante el siglo XIX; esto con el fin de reforzar el poder estatal ya vigente en algunos estados, habida cuenta también que, con relación a los negros recién emancipados, éstos no hubieran podido remitirse, para su seguridad, al

“debido procedimiento legal”, administrador como estaba por los funcionarios de un estado dominado por sus antiguos amos.

La consagración del debido proceso legal en la enmienda XIV de la Constitución Norteamericana causó poco efecto en un primer momento, ya que aún desde el momento en que se aprobó la enmienda V del texto constitucional norteamericano, todavía no había arraigado en la práctica los elementos o mecanismos propios de un “juicio justo” (derecho de asesoramiento legal, derecho de ser informado de la acusación que se le formula a una persona, derecho de defensa o de atestiguar en su favor, etc.). En todo caso, la enmienda XIV de la Constitución Norteamericana, al consagrar que “ningún Estado podrá privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal”, sentó las bases para el desarrollo del poder de supervisión de los tribunales federales, y en particular de la suprema Corte, sobre todas las actuaciones del gobierno estadual, lo cual ha revolucionado el sistema federal norteamericano”, a pesar que esta regulación, en un primer momento y durante su vigencia inicial, constituyó una restricción al parecer secundaria impuesta a los estados.

En este sentido, la Suprema Corte Norteamericana ha establecido una serie de mecanismos necesarios para la vigencia del debido proceso legal, los cuales resultan aplicables, fundamentalmente, en el proceso penal norteamericano, sin perder por ello su naturaleza de mecanismos aplicables a todo proceso judicial en general. De esta manera, la Suprema Corte Norteamericana ha sostenido, reiteradamente, que la enmienda XIV de la Constitución de 1787 no impone a los estados la obligación de incorporar, a sus procedimientos penales, todos los mecanismos de protección del acusado que la Constitución Norteamericana establece como obligatorios para los procedimientos de los tribunales federales: tales son los casos por ejemplo, de la enmienda IV de la Constitución, sobre órdenes de cateo domiciliario motivados; de la enmienda VI de la Constitución, referente al juicio de la persona involucrada por jurado y con acusación previa, que comparezcan los testigos que le favorezcan y que se le caree con los testigos que depongan en su contra, así como a su defensa legal a través de un abogado; de la enmienda VIII de la Constitución, respecto a la obligatoriedad del juicio por jurado si el valor controvertido excede de veinte dólares.

Lo que la Suprema Corte Norteamericana pretende con la aplicación de la enmienda XIV de la Constitución, es no tanto detectar si se han presentado o aplicado en un proceso judicial todos o algunos de los mecanismos de protección del acusado reseñados líneas arriba, sino determinar si el individuo involucrado en un proceso judicial ha recibido o no un “juicio justo”. A este respecto, podemos manifestar que los magistrados judiciales norteamericanos han rehusado definir qué es lo justo o qué es un juicio equitativo, haciendo mención sólo al hecho que el proceso debe ser compatible con principios de libertad y justicia que constituyen el fundamento de nuestras instituciones.

En todo caso, podemos afirmar que el debido proceso legal significa la posibilidad de ser “oído previamente a la determinación de la decisión, de recibir un trato justo y un procedimiento acorde con la ley, para obtener un resultado justo y equitativo. Esta garantía sirve para limitar la autoridad del Estado y para asegurar los derechos y privilegios consagrados en las constituciones”. En realidad, el debido proceso legal es una garantía que protege contra la arbitrariedad de los órganos del poder, tanto aquellos

pertenecientes al Estado Federal como aquellos otros pertenecientes a los estados miembros de la Unión, lo cual implica que dichos órganos de poder (Ejecutivo, Legislativo o Judicial) deben de ejercer sus atribuciones razonablemente y sin transgredir el ámbito de los derechos de la persona sujetando así su actuación a lo dispuesto en las normas y procedimientos vigentes.

De esta manera, el sistema norteamericano consagra el debido proceso legal como una suerte de principio general, que puede tener distintas manifestaciones tanto en un proceso judicial que se ventile ante los tribunales federales o ante los demás tribunales del resto de Estados de la Unión, como a través de la delimitación de las atribuciones de los órganos del Poder Legislativo o Ejecutivo de los Estados de la Unión, a fin de que éstos órganos ejerzan sus atribuciones de manera razonable y excluyendo todo indicio de arbitrariedad que pudiera perjudicar la vigencia de la vida, la libertad o propiedad y demás derechos de la persona.

El sistema norteamericano estableció así, por un lado, el principio rector general del debido proceso legal en las enmiendas V y XIV de la Constitución Norteamericana de 1787; mientras que, por otro lado, consagró una serie de manifestaciones del debido proceso -que serán desarrollados posteriormente- en su aplicación práctica, a través de una intensa labor jurisprudencial en constante creación y/o evaluación.

4.3 Trayectoria del Debido Proceso hasta su Recepción por Constituciones Modernas a partir del Siglo XIX

La conquista del Debido proceso que tuvo lugar en 1215 se robusteció, se consolidó y se expandió con mayor rapidez con el triunfo del Derecho Liberal sobre el Derecho Absolutista, acontecimiento célebre que tuvo lugar a partir de la Revolución Francesa de 1789 (Mixán 1996:116).

En ese sentido, la Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano Francés proclamada por la revolución liberal, fue el hilo conductor que permitió el paso de los mecanismos del debido proceso legal del sistema norteamericano a las Constituciones Europeas del siglo XIX. El artículo 7º de dicho texto estableció:

“ningún hombre puede ser acusado, arrestado ni detenido sino en los casos determinados en la ley y con las formalidades prescritas por ellas”

Esta norma, por ejemplo consagra el principio de la restricción legal a la libertad individual, el cual constituye una manifestación del principio de protección a la libertad individual inherente al debido proceso legal.

De otro lado, el artículo 9º del mismo texto histórico, señala:

“Se presume que todo hombre es inocente hasta que haya sido declarado culpable; sí se juzga que es indispensable arrestarlo, todo rigor que no sea necesario para

asegurarle de su persona debe ser severamente reprimido por la ley”.

La Constitución española de 1812 incorporó una serie de prescripciones cuyos contenidos también son manifestaciones del Debido Proceso. De esta manera tenemos: detención previo mandato escrito del juez, plazo tazado para recibir la declaración del procesado, libertad de declaración del arrestado, arresto en flagrancia para conducir al arrestado ante el juez, deber de motivar el auto que ordena internar en la cárcel al procesado, responsabilidad por detención arbitraria, deber de comunicar al imputado la causa de la prisión y el nombre del acusador, proceso público en el modo y forma prevista en la ley, prohibición de extender la pena a los familiares del culpable.

El artículo 96º de la Constitución Noruega de 1814 estableció:

“Nadie podrá ser condenado sino conforme a lo dispuesto en la ley ni ser castigado salvo con arreglo a una sentencia judicial. No se podrá emplear la tortura como medio interrogatorio”

El artículo 8º de la Constitución Belga de 1831, estableció:

“Nadie podrá ser sustraído, contra su voluntad, al juez que la ley le haya asignado”

El artículo 13º de la Constitución del Gran Ducado de Luxemburgo estableció:

“Nadie podrá ser sustraído contra su voluntad al juez que la ley asigne”

En el caso de la Constitución Argentina de 1853, reformado sucesivamente por las Convenciones Nacionales de los años 1860, 1866, 1898, 1949 y 1957, se inspiró en la Constitución Norteamericana de 1787 en lo referente a la regulación de las manifestaciones del debido proceso legal. Es el caso de los artículos 17º y 18º.

“La propiedad es inviolable y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley”.

“Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de la autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados, y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación”.

El artículo 14º de la Constitución Mexicana de 1917, consagró lo siguiente:

“Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho”.

En el caso de la Legislación Italiana, el derecho al debido proceso y su haz de garantías procesales se configura de forma espaciada ocupando diversas sedes en los títulos dedicados a los Derechos y deberes de los ciudadanos (título I de la Parte Primera), y en la definición de la Magistratura (título IV de la Parte Segunda). El artículo 24º, una de las normas más notables de la Constitución Republicana, proclama el

derecho de todos a actuar –accionar- en juicio para la tutela de sus propios derechos e intereses legítimos, reconociendo el derecho de defensa como inviolable, en su párrafo segundo, en cualquier grado del procedimiento. En el artículo 25 se expone la garantía del juez natural, entendido como juez preestablecido por la ley, que responde a la exigencia de la imparcialidad, objetividad y uniformidad conexas a la función jurisdiccional.

El principio de independencia de la magistratura italiana se resalta en el artículo 104 de la Constitución. Asimismo, en un título se prescribe la motivación de todas las resoluciones judiciales y se reconoce el principio de la doble instancia en el proceso penal (artículo 111), y finalmente, en el artículo 113 se reconoce la tutela jurisdiccional de los derechos y los intereses legítimos contra cualquier acto de la administración pública (Bandres 1992:49).

La Ley fundamental de la República Federal Alemana de 1948, recoge esta institución en los artículos 103º y 101º sección I, que dispone:

“(…) todos tienen el derecho a ser oídos legalmente ante los tribunales”.

Igualmente, en el artículo 101º consagra el derecho al “Juez Natural”, es decir, predeterminado por la Ley. En cuanto al desarrollo jurisprudencial desarrollado por Tribunales Alemanes en lo concerniente a las pruebas ilícitamente obtenidas, dos principios se han señalado: el primero, señala que las pruebas obtenidas por medios ilícitos tales como la brutalidad (fuerza) o engaño deben ser excluidas para preservar la “pureza del proceso judicial”; y el segundo, el principio de proporcionalidad, según el cual debe sopesarse el derecho a la intimidad de las personas en cada caso en relación con la importancia de la prueba obtenida y la gravedad de la violación de la ley que se imputa a la persona (Hoyos 1996:29). Sobre este tema volveremos en el siguiente capítulo.

En Francia, la Constitución de la V República Francesa de 1958 no consagra expresamente la garantía del debido proceso. Sin embargo, el Conseil Constitutionnel, en diversas decisiones ha reconocido garantías procesales que las leyes ordinarias deben respetar. Así por ejemplo, mediante la decisión de 23,VII,1975, el Consejo declaró que una ley que permitía a los presidentes de los tribunales de primera instancia decidir, sin derecho a recurso alguno, que un solo juez, en vez de los tres tradicionales, presidiría la audiencia en casos de menor importancia, violaba el principio constitucional de igualdad ante la Ley en la medida que la discreción atribuida a los presidentes contrariaba el principio de trato igualitario en el proceso, que el Consejo entendió como parte integrante del principio general de igualdad ante la ley (Hoyos 1996:30).

El artículo 206º de la Constitución Portuguesa de 1976, garantiza asimismo a todos el acceso a los tribunales de justicia para la defensa de sus derechos e intereses legítimos y en los artículos 210º y 211º recoge los principios de motivación de las decisiones judiciales y de publicidad de las audiencias de los tribunales. En otro contexto geográfico, el artículo 37º de la Constitución Imperial del Japón del 3 de noviembre de 1946, nos ofrece una magnífica definición ya casi consolidada. Esta norma dice:

“En todas las causas criminales, el acusado tendrá derecho a un juicio rápido y público, ante un tribunal imparcial. Al acusado se le permitirá interrogar a todos los testigos y tendrá derecho a la citación obligatoria de testigos a su favor, a expensas del Estado. En todo momento el acusado está asistido por un abogado competente, que le

será designado por el Estado, si no puede costearse uno por sus propios medios”.

“Ninguna persona podrá ser obligada a declarar contra sí mismo. No se admitirá como prueba, la confesión obtenida mediante coacción, tortura o amenazas, o después de una detención prolongada. Ninguna persona será declarada culpable, o condenada, cuando la única prueba en contra de ella, sea su propia confesión”.

Finalmente, en el Sistema Jurídico Español, la presencia del derecho de todos los ciudadanos a la tutela judicial efectiva, la inclusión del derecho al debido proceso, en el artículo 24º de la Constitución española del 28 de diciembre de 1978 no puede comprenderse sin acudir interesadamente a otros preceptos constitucionales relevantes, que dan soporte a la misma estructura constitucional que se dibuja en España a partir de la entrada en vigor de la norma fundamental; no puede entenderse sin acercarse a la definición del Estado Español como social y democrático de derecho. El artículo 24º de la Constitución Española, señala lo siguiente:

“(…) 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, se produzca indefensión”.

“(…) todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia del Letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.”

José Manuel Bandrés (1992:34), en su trabajo ya citado, subraya lo siguiente:

“Se adivina así, desde la perspectiva constitucional, una orden de ruptura con las concepciones procesalistas anteriores, al situarse el artículo 24º de la Constitución dentro del capítulo de la norma fundamental dedicado a los Derechos y Libertades, en íntima conexión con esos valores y principios fundamentales, albergando en su interior no un mero derecho a la jurisdicción, ni un agotado derecho de acción, sino el reconocimiento del derecho de todas las personas a obtener la tutela efectiva de sus derechos de los jueces y tribunales”.

En su desarrollo jurisprudencial, el tribunal Constitucional, aunque no hace una declaración significativa global sobre la innovación jurídica que supone en su ordenamiento jurídico la introducción del derecho al debido proceso en la Constitución Española, ha señalado en cambio en una sentencia (22/1982):

“El artículo 24º de la Constitución según pone de manifiesto su propio tenor literal consagra el derecho de los ciudadanos a obtener la tutela de los órganos jurisdiccionales del Estado, que el precepto referido llama tutela efectiva de jueces y magistrados pero que en definitiva se concreta en el derecho de que para el sostenimiento de los legítimos intereses se abra y sustancie un proceso, y un proceso en el que se cumplan y observen las garantías que el propio precepto enumeró”.

De esta manera, el reconocimiento constitucional de este derecho en los Estados democráticos, se identifican con pulcritud en esta calificación, respondiendo a las exigencias de institucionalizar un poder judicial independiente y no arbitrario, permitiendo

el acceso de las personas a la jurisdicción en defensa de sus derechos e intereses legítimos. Con esta finalidad, las Constituciones, con independencia de la pertenencia a determinada familia jurídica, incluyen garantías procesales que permiten el goce y la protección de los derechos cívicos de los ciudadanos, restableciendo la fuerza del derecho frente a cualquier intromisión ilegítima de los poderes públicos.

El realce en las Constituciones modernas de estas garantías en torno al proceso judicial demuestran la convicción de los Estados en su esencialidad, como una muestra de aprecio a la dignidad humana y del reconocimiento de la exclusividad de la función jurisdiccional para intervenir en la esfera de libertad de los ciudadanos. En ese sentido, Brandes Sánchez-Cruzat, señala que este fenómeno armonizador, producido aún de modo fragmentario, en torno al derecho al debido proceso, impide cerrar a los tribunales nacionales las fronteras al exterior, desentendiéndose de la concepción de los derechos procesales en otros ordenamientos, porque éstos, como los derechos humanos de los que forman parte, revisten un carácter universal (Brandes 1992:53).

4.4 La Dimensión Internacional del Derecho al Proceso Debido: su Recepción en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos

Los derechos del hombre, que en su concepción moderna aparecen ligados a los corrientes racionalistas e iusnaturalistas que iluminan el siglo XVIII, y se muestran presentes en las Declaraciones de Derechos que acompañan a la Revolución Francesa y a la independencia de Estados de Norteamérica, cogen desde sus primeras versiones el derecho de la persona a un proceso justo.

La Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789, aunque no vislumbra un pensamiento original, encontrándose sus raíces, en las tradiciones liberales inglesas y americanas, “formulada en una lengua majestuosa, susceptible de ser ampliamente difundida, capaz de borrar de la memoria de los hombres los textos particulares que han podido servirle de modelo”, representa la primera enunciación de derechos de carácter universal (Truyol y Serra 1979:17).

El bello texto consagrado en el Preámbulo de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano Francés del 26 de agosto de 1789, señala:

“Los representantes del Pueblo Francés, constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el menosprecio de los derechos del hombre, son las únicas causas de las desgracias públicas y de las corrupciones de los gobiernos, han resuelto exponer, en una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del Hombre, a fin de que esta declaración, constantemente presente en todos los miembros del cuerpo social, les recuerde sin cesar sus derechos y sus deberes”.

En este texto señalado, las garantías jurídicas para asegurar la libertad de la personas: ningún hombre puede ser acusado, detenido, ni encarcelado, sino en los casos

determinados por la ley y según las formas por ellas descritas (artículo 7º), y la presunción de que todo hombre es inocente hasta que haya sido declarada culpable (artículo 9º), son entendidos –conforme al texto aludido- como derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre.

Es a partir de estas interpretaciones que surgen otras más consolidadas en la configuración del derecho al debido proceso penal, como por ejemplo la que establece Georges Burdeau –citado por José Bandrés Sánchez-Cruza- cuando señala los cuatro principios sobre el derecho a la libertad individual que permiten conexionar de modo íntimo la noción del derecho al proceso justo y los derechos humanos y que manifiestan el carácter de derechos irrenunciables como expresión necesaria del reconocimiento de la dignidad del hombre y sus libertades. Estos principios son: la separación de poderes, independencia de la jurisdicción, sumisión del procedimiento penal a la legalidad, equidad de la pena y presunción de inocencia del imputado.

La influencia que irradió ésta declaración francesa, encontró en la Carta de la Organización de las Naciones Unidas de 1945 su mejor fuente de reconocimiento internacional de los derechos humanos, lo que constituye -en opinión de Antonio Trujol y Serra- uno de sus méritos históricos. Posteriormente, con la creación de la Organización de las Naciones Unidas y en especial de la Comisión de Derechos Humanos que propuso para su aprobación lo que hoy es la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁵⁶, regula en los artículos 7º, 8º, 9º, 10º y 11º los derechos procesales.

El reconocimiento de la igualdad de todos ante la ley y del derecho a igual protección de la Ley (artículo 7º), el derecho a un recurso efectivo ante los tribunales de justicia contra los actos que violen los derechos fundamentales (artículo 8º), nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado (artículo 9º), el derecho a un juicio público e imparcial (artículo 10º), el derecho a la presunción de inocencia y el derecho de defensa (artículo 11º), son las garantías esenciales para la protección de los derechos y libertades de orden personal que ofrece esta Declaración de Derechos Humanos.

El derecho de toda persona a la justicia se construye en la Declaración Universal de Derechos Humanos de forma generosa y efectiva, imponiendo límites negativos de intervención del poder ejecutivo en la esfera de libertad de los ciudadanos, vinculando a los Estados miembros a instituir tribunales de justicia independientes e imparciales y a regular un procedimiento judicial en el que estén presentes los principios de audiencia, de publicidad, de plena igualdad de las partes y el derecho de defensa.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵⁷, aprobado en el seno de las Naciones Unidas, el 16 de diciembre de 1966, consagra en su artículo 14º el derecho de la persona a acudir a los tribunales y cortes de justicia en defensa de sus derechos o para la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal⁵⁸.

Las características principales de este Pacto son: se dota de juridicidad para la

⁵⁶ Aprobada por Resolución Legislativa N° 13282 del 15 de diciembre de 1959.

⁵⁷ Aprobado por Decreto ley N° 22128. Instrumento de Adhesión, 12 de abril de 1978, depositado el 28 de abril de 1978. El instrumento de adhesión fue aceptado como ratificación por las Naciones Unidas por ser signatario el Perú.

protección de los derechos humanos, al prever la existencia de un Comité de Control del cumplimiento del Pacto, y al permitir, en un Protocolo adicional, datado en la misma fecha, el acceso de los ciudadanos de un Estado parte a dicho Comité mediante la interposición de denuncias y en segundo lugar, la influencia que imprime el artículo 6° del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 en la configuración de las garantías procesales del documento en comentario ⁵⁸.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana (1948, Bogotá, Colombia), en su artículo XVIII establece que toda persona puede recurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, algunos de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente. El artículo XXV regula el derecho de protección contra la detención arbitraria, señalando que toda persona tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada.

El artículo XXVI del mismo documento, garantiza el derecho a un proceso regular, partiendo del principio de la presunción de inocencia, hasta que se prueba la culpabilidad y la de ser oída en forma imparcial y pública. Asimismo, toda persona acusada de un delito tiene derecho a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes pre-existentes y a que no se le imponga penas crueles, infames o inusitadas.

El 22 de noviembre de 1969, en San José de Costa Rica, se celebró la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, la cual aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos ⁶⁰. En su artículo 8° establece las garantías judiciales de acceso a un tribunal judicial independiente e imparcial para determinar sus

⁵⁸ El artículo 14° del Pacto señala: 1.- Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías, por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil. 2.- Toda persona acusada de un delito, tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley. 3.- Durante el proceso, toda persona acusada de un delito, tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella. c) A ser juzgada sin dilaciones indebidas. d) A...ser asistida por un defensor de su elección. g) A no ser obligada a declarar contra sí misma, ni declararse culpable. (Bandres 1992:57).

⁵⁹ Los aportes son: el principio de publicidad procesal, que se enmarca en el derecho de los ciudadanos a controlar la actividad de los tribunales, que se suma a su condición técnico procesal oponible interpartes, y los derechos del acusado en el proceso penal, que se concretan distribuidos en un amplio elenco de potestades –derecho de información, derecho de defensa, derecho de elección del defensor y a gozar de defensor de oficio, derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas, derecho de asistir al proceso, derecho a interrogar a testigos, derecho al intérprete gratuito, derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, derecho a la doble instancia, derecho a ser indemnizado por error judicial.

⁶⁰ Aprobada por Decreto Ley N° 22231 del 11 de julio de 1978 y ratificada por la Décimo Sexta Disposición final y Transitoria de la Constitución Política de 1979.

derechos o para afrontar una acusación penal; de presunción de inocencia; de asistencia jurídica gratuita; de comunicación previa de la acusación; de no ser obligado a declarar contra sí mismo; de apelar el fallo; de invalidez de la confesión compulsiva; de no ser sometido a un doble proceso por el mismo hecho; de publicidad del proceso. El artículo 9º del mismo instrumento establece los principios de irretroactividad de la ley penal y de ultractividad de la ley más benigna. El artículo 10º prevé el derecho de indemnización de una persona condenada injustamente por error judicial.

La principal característica de esta Convención es que el derecho de toda persona a un proceso justo y con todas las garantías, resultan extensivos tanto a procesos de naturaleza penal –donde se hace más crítica la tutela que debe brindar a los justiciables– como en procesos referidos a diversas materias como, por ejemplo, civil, administrativo o laboral.

En ese sentido, Daniel O'Donnell, señala lo siguiente: "(...) es menester destacar que el derecho a un proceso justo, consagrado por los artículos 14º(1) del pacto y 8º(1) de la Convención Americana, no se limita a procesos penales, sino que se extiende a los procesos que tienden a la "determinación de derechos u obligaciones de carácter civil", según el Pacto, o, "de carácter civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter", a tenor de la cláusula correspondiente de la Convención Americana" (O'Donnell 1989:165).

En el seno de la organización regional del Consejo de Europa, el 4 de noviembre de 1950, se aprobó el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades fundamentales. Este instrumento regional transformó en obligaciones jurídicas precisas varios de los preceptos proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos.

El artículo 6º del Convenio de Roma proclama en su primer párrafo el derecho de toda persona a un proceso justo, que se enuncia en «el derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable por un tribunal independiente e imparcial establecido por la ley» y el principio de publicidad de los debates y decisiones judiciales. En el apartado segundo, se declara el derecho a la presunción de inocencia que corresponde a todo acusado, hasta que legalmente se declare su culpabilidad, estableciéndose en el apartado tercero, un catálogo de derechos procesales en favor del acusado en un proceso penal: derecho a ser informado de la acusación, de forma detallada y en la lengua apropiada; derecho a preparar la defensa, derecho a la asistencia letrada o a la asistencia de oficio; derechos concernientes a la prueba y la asistencia de un intérprete.

En ese sentido, se define de modo integral el estatuto del justiciable frente a los tribunales de justicia en los Estados miembros del Consejo de Europa adheridos al Convenio al marcarse un estándar mínimo de las garantías procesales de las que debe disfrutar el ciudadano sometido a un proceso y a cuyo respeto quedan compelidos las autoridades nacionales y sus Tribunales, quedando sometido al Estado miembro a la disciplina de la Comisión y el Tribunal Europeo, si ratifica la cláusula facultativa de sumisión a estos órganos en virtud de la responsabilidad internacional comprometida.

José Bandres Sánchez-Cruzat cuando analiza la importancia y los alcances del debido proceso en el contexto del Convenio Europeo, señala lo siguiente:

"Prueba de esa aspiración mayor que el ensamblaje del reconocimiento del derecho

al proceso debido en el artículo 6º del Convenio supone, consiste en apreciar la situación que el derecho a la justicia reviste para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, porque dicho artículo 6º se considera como “pieza maestra del Convenio de Roma”, el derecho a la administración de justicia que se acoge en dicho artículo se define como derecho preeminente, capital, en una sociedad democrática (Caso Delcourt, sentencia de 17 de enero de 1970), y observar que el núcleo que se protege en el artículo 6º, válido para delimitar el contenido esencial de nuestro derecho fundamental, es el derecho del ciudadano a un juicio equitativo, que resume las garantías procesales inherentes a un proceso justo en una sociedad democrática, y que engloba el derecho de acceder a un Tribunal y las garantías del procedimiento, que particularmente se muestran como sintomáticas, su equidad, publicidad y celeridad (Caso Golder, sentencia de 21 de febrero de 1975)”.

4.5 El Debido Proceso en el Constitucionalismo Jurídico Peruano

RECONOCIMIENTO DEL DEBIDO PROCESO EN EL CONSTITUCIONALISMO PERUANO

Artículo	Contenido	Referencia
1.	El debido proceso es un derecho fundamental que garantiza a toda persona el derecho a ser oído y a ser juzgado por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad a la comisión del acto.	Art. 139, inciso III, numeral 1, Constitución
2.	El debido proceso es un derecho fundamental que garantiza a toda persona el derecho a ser oído y a ser juzgado por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad a la comisión del acto.	Art. 139, inciso III, numeral 1, Constitución
3.	El debido proceso es un derecho fundamental que garantiza a toda persona el derecho a ser oído y a ser juzgado por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad a la comisión del acto.	Art. 139, inciso III, numeral 1, Constitución
4.	El debido proceso es un derecho fundamental que garantiza a toda persona el derecho a ser oído y a ser juzgado por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad a la comisión del acto.	Art. 139, inciso III, numeral 1, Constitución
5.	El debido proceso es un derecho fundamental que garantiza a toda persona el derecho a ser oído y a ser juzgado por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad a la comisión del acto.	Art. 139, inciso III, numeral 1, Constitución
6.	El debido proceso es un derecho fundamental que garantiza a toda persona el derecho a ser oído y a ser juzgado por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad a la comisión del acto.	Art. 139, inciso III, numeral 1, Constitución
7.	El debido proceso es un derecho fundamental que garantiza a toda persona el derecho a ser oído y a ser juzgado por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad a la comisión del acto.	Art. 139, inciso III, numeral 1, Constitución
8.	El debido proceso es un derecho fundamental que garantiza a toda persona el derecho a ser oído y a ser juzgado por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad a la comisión del acto.	Art. 139, inciso III, numeral 1, Constitución
9.	El debido proceso es un derecho fundamental que garantiza a toda persona el derecho a ser oído y a ser juzgado por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad a la comisión del acto.	Art. 139, inciso III, numeral 1, Constitución
10.	El debido proceso es un derecho fundamental que garantiza a toda persona el derecho a ser oído y a ser juzgado por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad a la comisión del acto.	Art. 139, inciso III, numeral 1, Constitución

RECONOCIMIENTO DEL DEBIDO PROCESO EN EL INCONSTITUCIONALISMO PERUANO

[illegible]

Capítulo V. El Derecho al Debido Proceso Penal en el Sistema Jurídico Peruano: elementos esenciales para su definición, naturaleza jurídica, propuesta de un modelo maximalista y sus elementos esenciales

5.1 Breve Introducción para Situar el Tema Central

El 30 de mayo de 1999, la Corte Interamericana dictó sentencia en el caso Castillo Petrucci y otros ciudadanos de nacionalidad chilena que fueron condenados por la justicia militar del Perú por el delito de traición a la patria (terrorismo agravado). La Corte Interamericana de Derechos Humanos-CIDH, haciendo hincapié en su naturaleza de tribunal de derechos humanos y no de tribunal penal que defina la inocencia o culpabilidad de las personas, declaró que el Estado peruano había violado diversos

dispositivos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que, entre otros aspectos, garantizan el derecho a un debido proceso.

De esta manera, declaró la invalidez del proceso seguido ante la justicia militar por traición a la patria (terrorismo agravado), y ordenó que se lleve a cabo “en un plazo razonable” un nuevo juicio con la plena observancia del debido proceso legal. La Corte no se pronunció sobre la libertad de los condenados porque consideró que ello correspondía hacerlo al “tribunal nacional competente”. Asimismo, ordenó pagar una suma total de 2500 dólares americanos a cada uno de los cuatro grupos familiares de los condenados “que acrediten haber hecho las erogaciones correspondientes a los gastos y las costas con ocasión del presente caso”. Finalmente, ordenó al Estado “adoptar las medidas apropiadas para reformar las normas que han sido declaradas violatorias de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

Con ocasión de esta impecable sentencia para muchos y polémica para un minoritario sector, despertó nuestra preocupación por el estudio de ésta institución, su noción, la importancia capital que tiene en un Estado de Derecho y los elementos del debido proceso. Y, es que, el tema del debido proceso pareciera ya superado, pues mucho se ha hablado y escrito sobre el mismo, desde quienes lo dejan reducido a una simple noción formal⁶¹, es decir, a un conjunto de actos procesales sucesivos y coordinados, hasta quienes lo ven desde la óptica material, y lo hacen consistir en la integración de fines y derechos fundamentales, que hacen de aquella ritualidad una auténtica garantía, un límite material al poder punitivo del Estado y no ya un simple formalismo.

Con motivo de los últimos acontecimientos políticos y jurídicos-penales de nuestro país, todos hablan del debido proceso: unos para salir en su defensa, ante los embates que se le hacen desde distintos frentes, incluyendo los estrados judiciales; otros como un tema más, sin conocer su contenido; y no han faltado los más recalcitrantes, que lo han calificado como simples artilugios de leguleyos y ven en el mismo un estorbo para la aplicación de la justicia a cualquier precio, sin importarles lo caro que ha resultado para el derecho procesal penal democrático, como lo hemos visto en los capítulos anteriores.

Uno de los argumentos expuestos por la defensa del Estado en la citada sentencia sostiene que:

“(…) de respetarse las garantías mínimas del debido proceso, no sería posible juzgar adecuadamente a los acusados por la comisión de delitos de terrorismo. En ese contexto, se intenta justificar que civiles acusados de cometer delitos totalmente ajenos a la protección de bienes jurídicos castrenses, como es el caso de los delitos de terrorismo, sean juzgados por tribunales militares. En esa dirección, se presenta a la legislación

⁶¹ En ese sentido Reynaldo Bustamante A., señala que existe cierta concepción deformada del debido proceso que lo desvincula de la satisfacción de un ideal de justicia. Incluso no incorpora la exigencia (es decir la obligatoriedad) de que las decisiones que se emitan en un proceso o procedimiento sean objetivas y materialmente justas. Unicamente lo circunscribe a un conjunto de derechos y formalidades esenciales para que los actos procesales sean válidos y para que las decisiones que se emitan sean susceptibles de producir plenos efectos. (BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. “Derechos Fundamentales y Proceso Justo”. ARA Editores. Junio 2001, p.216.)

terrorista vigente como una de naturaleza excepcional y de emergencia que podría justificar dejar de lado el debido proceso (...).

También ha sostenido la defensa del Estado en la citada sentencia:

“...que la vigencia de los estados de emergencia en el Perú durante la lucha contra la subversión, autorizaba la implementación de medidas que implicaban la suspensión de las garantías del debido proceso (...).

Discusión (o ignorancia) ésta que no acabará mientras no se señale el perfil y se tome conciencia de lo que es el debido proceso, su naturaleza jurídica, sus componentes de acuerdo con los lineamientos trazados tanto por la doctrina extranjera, como por la jurisprudencia internacional. Por ello, en este capítulo final intentaremos, en primer lugar, encontrar el fundamento del porqué el debido proceso ahora es un derecho fundamental; encontrar sus diferencias con el derecho a la tutela judicial efectiva; hacer un pequeño esbozo del proceso penal peruano, para finalmente hurgar en su naturaleza jurídica, definición y sus componentes.

El concepto del “derecho al debido proceso penal” tiene una significación histórica, política y jurídica. En lo jurídico es especialmente relevante su acepción jurídico-procesal, cuya teleología se refleja en su función de síntesis de las garantías para concretar la legitimación procesal. Dada la naturaleza de este trabajo, nos concentraremos desde esta significación, en su dimensión de derecho fundamental, de carácter instrumental, dado que su configuración histórica y política ya lo señalamos en los capítulos anteriores, con los que se encuentran estrechamente vinculados.

En ese sentido, comenzaremos señalando que desde la definición del término se advierte la presencia de los dos componentes esenciales del mismo. El concepto de proceso penal. De otro lado, el concepto de lo que es debido alude al contenido mismo de justicia que debe estar presente en la decisión final para que el proceso desarrollado alcance tanto su propósito inmediato como mediano.

En el desarrollo de la evolución histórica de esta institución, hemos podido advertir tanto el carácter de valor adjetivo del debido proceso como al hecho que en la construcción del mismo participan un conjunto de instituciones de origen eminentemente procesal que, atendiendo a su trascendencia para la consecución del valor justicia, han alcanzado consagración constitucional en diversos países.

De otro lado, intentar desarrollar una definición del debido proceso es insoslayable observar que el mismo se encuentra orientado a la consecución del valor justicia, de manera efectiva, a través del Estado de Derecho siendo, por necesidad, un concepto abierto, un estándar legislativo que permita su aplicación en un conjunto diverso de situaciones.

En ese sentido es de opinión el profesor peruano Florencio Mixán Máss (1996:134), cuando señala:

“Pues, no se trata de un principio exclusivamente técnico-jurídico, sino de un criterio rector esencialmente de relevancia axiológica, político-jurídico e histórico. La aspiración que mediante él se persigue ya no es que simplemente se respete la Ley durante el procedimiento, sino, que la actuación procedimental esté siempre comprometida a aplicar

el derecho justo, evitando en todo tiempo y lugar la práctica del desvalor, impidiendo la infracción o distorsión de los principios de la “administración de justicia”.

Para John Rawls, en su teoría de la Justicia, señala:

“El principio de que en un sistema político debe haber un proceso justo es un requisito fundamental para que pueda existir un verdadero imperio del derecho (rule of law), y entiende que debido proceso es aquél razonablemente estructurado para averiguar la verdad, de formas consistentes con las otras finalidades del ordenamiento jurídico, en cuanto a determinar si se ha dado violación alguna legal y en qué circunstancias”. (Rawls, 1973:239) (A theory of justice, Londres, Oxford University Press. 1973 pág. 239).

Casi en el mismo sentido, Karl Larenz, considera a la institución como uno de los principales principios procesales de un Estado de Derecho (el otro es la imparcialidad del juez). Se refiere al debido proceso como:

“El principio de contradicción” o el “principio de audiencia”, vinculándolo con el respeto a la persona humana, a la que debe darse ocasión de manifestarse antes de que otra persona tome una decisión en un asunto que concierne a la primera. Este jurista, extiende más su alcance y significado, cuando añade que él “debe regir también en la actuación de la administración pública y como principio moral fuera de la esfera del derecho”. Es cabalmente un imperativo de justicia y ejercitarlo es también un mandamiento moral (Larenz, 1985:188-189) Karl Larenz. Derecho Justo. Fundamentos de Ética Jurídica. Madrid Civitas 1985.

A su turno, Marcelo de Bernardis en su obra ya citada, señala que la Corte Suprema de los Estados Unidos en todos los años que tienen aplicando el concepto, no ha elaborado una definición acabada sobre el mismo, calificándolo más bien como un (concepto) estándar que deja al juzgador una amplia facultad discrecional en su aplicación, tanto en lo que se refiere a los casos en que resulta de aplicación como en la determinación de aquellos elementos que lo integran.

“El derecho a la jurisdicción puede ser interpretado con tal latitud que abastezca todo el tramo procesal iniciado con el acceso al tribunal y concluida con la sentencia pasada con autoridad de cosa juzgada; dentro de este tramo, la garantía denominada “debido proceso” es solamente un aspecto de la totalidad”

“Es aquí donde se nos ocurre que el debido proceso formal se enlaza con el debido proceso sustantivo o principio de razonabilidad, para suministrarlos la noción de que nadie puede ser privado judicial o administrativamente de su libertad y de sus derechos sin que se cumplan ciertos procedimientos establecidos en la ley, pero no en una Ley cualquiera, sino en una Ley que otorgue la posibilidad de defensa, de prueba y de sentencia fundada. Es así como el recaudo de contenido razonable en la ley se agrega formalmente el del procedimiento también razonable en la aplicación de la Ley, de manera que acierta –Couture- cuando enseña que el debido proceso consiste en no ser privado de la vida, la libertad o la propiedad sin la garantía que supone la tramitación de un proceso desenvuelto en la forma que establece la Ley”.

1) El Debido Proceso Penal y su Triple Consideración: como Garantía Constitucional, Principio General del Derecho y como Derecho Fundamental

La inserción del derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho al debido proceso en el inciso 3° del artículo 139° de la Constitución Peruana de 1993, que se integra en el Capítulo VIII que regula lo concerniente al Poder Judicial (Principios y derechos de la función jurisdiccional) y, a su vez ubicado en el título IV concerniente a la Estructura del Estado, revela el carácter fundamental que el Constituyente ha optado para definir el derecho de los ciudadanos a acceder a la jurisdicción y obtener la satisfacción de sus pretensiones, mediante un proceso justo y con las debidas garantías ⁶².

No obstante la importancia que tiene el debido proceso para la protección y defensa de los derechos fundamentales y del ordenamiento jurídico en su conjunto, ha dado lugar a que se le conciba o se le identifique también como principio general del Derecho y como garantía constitucional. No podemos pasar por alto esta triple consideración de la institución que analizamos.

2) El Debido Proceso Penal como Garantía Constitucional

En el capítulo III del presente trabajo hemos ofrecido un desarrollo conceptual y filosófico tanto de la garantía como del garantismo, razón por la cual no abundaremos en más detalles sobre el tema y sólo nos limitaremos a desarrollar algunas consideraciones del porqué el debido proceso es también una garantía.

El Estado de Derecho, como modelo ideal de organización social y política que limita el poder del Estado y señala pautas de comportamiento a los ciudadanos, diseña toda una estructura organizativa de la sociedad entre la que se encuentra el sistema penal, dirigido a ejercer el control social de los individuos, pero la misma forma política demanda que tal control se realice de conformidad con los principios que la rigen a fin de que la seguridad jurídica, la dignidad de la persona humana funcionen como valores fundamentales y aseguren la paz social.

Le corresponde al derecho procesal penal establecer las formalidades a cumplir por las partes que intervienen en el proceso, en procura de evitar que el uso de la concesión estatal se convierta en un hecho arbitrario; por el contrario las exigencias ritualistas del proceso tienden, esencialmente, a proteger la libertad y la dignidad de la persona.

Desde hace 50 años, este siglo se ha caracterizado por consolidar cultural y jurídicamente los derechos humanos; la comunidad internacional, pasando por sobre la diversidad ideológica, ha reconocido una serie de principios fundamentales que han

⁶² Ello no obstante la ausencia de un debate doctrinario de este derecho. En la 29° sesión del diario de debates de la Constituyente de 1993, llevada a cabo el lunes 26 de julio de 1993 se sometió a aprobación el texto del artículo 157° (que posteriormente se convirtió en el artículo 139 inciso 3), el mismo que no fue desarrollado para poder entender cuál fue la concepción o dimensión que tiene este derecho.

significado “garantías” destinadas a la protección de esa libertad individual, de la seguridad e integridad personal y garantías judiciales o normas relativas al debido proceso.

Uno de los ámbitos donde resultan más relevantes estas garantías es en el proceso penal, por tratarse del espacio de actividad estatal donde más frecuentemente se producen formas de actuación de las agencias de control que implican privación o restricción de la libertad individual.

En ese sentido, el diseño del proceso penal que regula la Constitución está fundamentado en un sistema de garantías para los hombres y mujeres, y no garantía para delincuentes, como lo hacen creer quienes recurren al falso discurso de la ineficacia procesal del garantismo.

Hans Kelsen identifica a las garantías con los procedimientos o medios para asegurar el imperio de la Ley fundamental frente a las normas jurídicas secundarias, esto es, para “garantizar el que una norma inferior se ajuste a la norma superior que determina su creación o contenido (Kelsen 1969: 637).

De esta manera, la corriente que considera al debido proceso como una garantía constitucional de carácter procesal, parte de la idea que éste es uno de los mecanismos de protección y aseguramiento que el sistema jurídico viabiliza la realización y eficacia de los derechos.

Piero Calamandrei⁶³ señala al respecto:

“todas las libertades son vanas si no se pueden reivindicar y defender en juicio y si el ordenamiento de ese juicio no se funda sobre el respeto a la personalidad humana”.

Sin defensa en juicio y sin debido proceso, los derechos individuales establecidos por la Constitución serían ilusorios, meras declaraciones abstractas, que podrían ser desconocidas impunemente al no poder exigirse su cumplimiento.

Y es que una de las características más sobresalientes del constitucionalismo moderno es la incorporación de un amplio catálogo de garantías constitucionales o derechos fundamentales de orden procesal o, como señala el profesor español Alex Carocca Pérez, la promulgación y profusa aplicación de esas garantías por todos los órganos jurisdiccionales, constituyen seguramente uno de los fenómenos jurídicos más interesantes y la principal línea de desarrollo del Derecho Procesal en España.

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos del Pacto de San José de Costa Rica, el término garantías judiciales es entendido como los mecanismos o recursos judiciales que permiten proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho. En esta opinión consultiva, la corte usa la expresión “Garantía Judiciales” para referirse al conjunto de derechos reconocidos en el artículo 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Finalmente, La Corte Interamericana ha señalado que el artículo 8º de la Convención distingue entre acusaciones penales y procesos de orden civil, laboral, fiscal o de

⁶³ CALAMANDREI, Piero. “Proceso e giustizia, En Atti del Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile”. P. 22, Padova, 1953.

cualquier otro carácter, pero aunque ordena que toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías por un juez o tribunal en cualquier circunstancia, estipula adicionalmente, para el caso de los procesos penales, un conjunto de garantías mínimas (Huerta 2001:80).

3) El Debido Proceso como Principio General del Derecho

Encontrar una definición de lo que se entiende por principios generales del derecho o también llamados “principios jurídicos”, no es un tema muy pacífico en la doctrina. Pero para efectos de nuestro tema, asumiremos el carácter informador de los principios jurídicos en todo ordenamiento jurídico.

Para el profesor español Fernando de Castro Bravo ⁶⁴, la expresión “principios generales” son las ideas fundamentales e informadoras de la organización política de la nación. Para este autor, estos principios constituyen la base de las normas jurídicas legales y consuetudinarias, ofrecen los medios con que interpretarlas y son, en fin, el recurso siempre utilizable en defecto de normas formuladas (De Castro 1977: 809).

En ese sentido, quienes sostienen que el debido proceso penal es un principio general del Derecho, parten de reconocer en él a un imperativo jurídico elemental que inspira –y debe inspirar– todo el ordenamiento jurídico político, coadyuvando a la creación, interpretación, aplicación e integración de las normas jurídicas en salvaguardia de la sociedad en su conjunto.

La razón más importante por la cual se considera al debido proceso penal como un principio general del Derecho, es que éste no requiere de un reconocimiento positivo (según un sector de la doctrina) o por lo menos de un reconocimiento explícito (otro sector de la doctrina) para regir y producir plenos efectos.

Esta dimensión del debido proceso, fue el resultado de una propuesta novedosa en España desarrollada por Iñaki Esparza Leibar ⁶⁵, cuando señala que el principio del proceso debido es un principio general del Derecho (y más concretamente la de un principio constitucionalizado), y como tal, fuente del Derecho, no sólo procesal sino también material, informador de todos los órganos jurisdiccionales, vinculante al legislador ordinario y a la jurisprudencia constitucional y ordinaria, pero sin tutela específica por sí mismo ante los jueces ordinarios ni tampoco ante los constitucionales, cuya misión especial consiste en fijar los límites generales del desarrollo legislativo y práctico de cualquier institución jurídica, particularmente de las de naturaleza procesal en todos sus órdenes.

De esa manera señala el autor citado, el desarrollo doctrinario y jurisprudencial de la interpretación sistemática de los artículos 1º, 14º, 17º, 24º, 25º, 117º, 119º y 120º de la Constitución Española, entienden que el debido proceso es el concepto aglutinador de lo

⁶⁴ DE CASTRO BRAVO, f. Naturaleza de las Reglas para la interpretación de la Ley. ADC, t XXX, 1977, p. 809.

⁶⁵ 65 Tesis Doctoral que luego fue editado como obra denominada “El Principio del Proceso Debido”. J.M. Bosch Editor S.A. 1995. Barcelona.

que se ha llamado el Derecho Constitucional Procesal. En consecuencia, es la manifestación jurisdiccional del Estado de Derecho en España (Esparza 1995:242).

4) El Debido Proceso Penal como Derecho Fundamental

Conjugar conceptualmente los conceptos referidos a las Garantías Constitucionales de la Administración de Justicia y el Debido Proceso con el tema de los Derechos Humanos puede parecer a primera vista, un despropósito por su inconexión. Sin embargo, intentaremos a lo largo de ésta parte del trabajo, demostrar que los derechos humanos, son condiciones básicas en la actividad jurisdiccional penal para lograr a su vez, su propia validez y garantía.

El largo camino de sustitución de la autotutela por la heterocomposición está marcado por la necesidad de las personas de tener confianza en el proceso, el cual, para permitir alcanzar la medida de justicia correspondiente, debe ser un debido proceso, vale decir, un proceso que revista de manera efectiva determinados elementos mínimos.

Para intentar explicar la naturaleza fundamental de este derecho, debemos comenzar por entender lo que la expresión “derechos fundamentales” significa. Podríamos señalar que son aquellos derechos públicos subjetivos consagrados como tales por la Constitución, que constituyen además elementos esenciales del Ordenamiento Jurídico por tutelar principalmente la libertad, la dignidad y la igualdad del individuo frente al poder estatal, que únicamente puede ser limitado por exigirle así otros derechos fundamentales y que tienen una protección especial mediante el proceso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

El derecho fundamental, uno de los instrumentos esenciales del Estado de Derecho, tiene un aspecto subjetivo o individual, porque se trata de un derecho de las personas frente al Estado, pero también un aspecto objetivo o institucional, porque sirve para garantizar ciertas instituciones o para concretar mandatos al legislador.

De otro lado, es importante señalar las causas por las cuales este derecho fundamental (del debido proceso) ha sido constitucionalizado⁶⁶. Al respecto, las fuentes consultadas señalan que el derecho al debido proceso es una emanación de la dignidad humana, esto es, es una facultad cuya falta de reconocimiento o de respeto supone un atentado contra la dignidad del ser humano. Asimismo, y como consecuencia de lo anterior, el reconocimiento y respeto de este derecho fundamental constituye un elemento de legitimación del poder político, es decir, la forma de organización política de una sociedad no puede considerarse legítima si la misma no reconoce y respeta ciertos

⁶⁶ El concepto del Debido Proceso es relativamente novedoso en el campo de la disciplina procesal y mucho más reciente es su sistematización constitucional; de manera que en la dogmática procesal, vale decir, en la Teoría General del Proceso de la que parte no tiene aún un significado unívoco. Y es que la conexión constitucional de las garantías procesales para el Debido Proceso (due process of law) se inscribe en el marco de la constitucionalización de derechos iniciada en 1917 con la Constitución de Querétaro –que recogiera por primera vez los derechos fundamentales y sociales- y proseguida en 1918 con la Constitución de Weimar- que recogiera los derechos sociales, lo que a partir de entonces ha sido imitado por los subsiguientes procesos de constitucionalización y reflejado de diverso modo en las diferentes normatividades constitucionales.

derechos que derivan directamente de la dignidad humana.

En ese sentido, el desarrollo político y social de las naciones hizo necesario que, paralelamente a los principios que las constituciones consagraban, se establecieron con igual rango garantías no menos fundamentales para sustraer de las mismas al legislador ordinario. Es así como se constitucionalizan los derechos fundamentales, individuales y sociales como por ejemplo, los derechos a la libertad individual, a la libertad de conciencia, al trabajo digno y remunerado, a la huelga. De esta manera también se constitucionaliza el derecho al debido proceso, íntimamente ligado con los derechos fundamentales (justicia, libertad, certeza jurídica) y con la función jurisdiccional del Estado. (Quiroga 1997:100).

En el caso del artículo 139° inciso 3° de la Constitución Peruana, los derechos fundamentales que en el mismo se consagran, son derechos fundamentales de naturaleza procesal o jurisdiccional, es decir, derechos fundamentales que despliegan su eficacia frente al ejercicio de la potestad jurisdiccional. Con ello, la Constitución peruana se introduce en el grupo de Estados que han llevado a su norma suprema la garantía de ciertas reglas y principios básicos de la actividad jurisdiccional, otorgándoles además la categoría de derechos subjetivos.

En otra perspectiva del análisis sobre su fundamento, Arturo Hoyos⁶⁷, le da (al derecho al debido proceso) un carácter instrumental o garantista, porque comparte características de los derechos de libertad al crear una esfera para los titulares libres de ciertas injerencias por parte del Estado y de los derechos de prestación, porque obliga al Estado a asegurar ciertas condiciones en todo proceso. Es pues, un derecho fundamental en que se palpa la superación de la concepción clásica de los derechos fundamentales como un campo de libertad ante el Estado para resaltar el aspecto positivo que vincula a la organización estatal a un deber positivo, de brindar una prestación a los ciudadanos.

El profesor Héctor Faúndez Ledesma⁶⁸ –en la misma perspectiva de análisis sobre este concepto– señala:

“(…) que uno de los derechos individuales que a lo largo de la historia siempre ha figurado entre los derechos fundamentales, en cuanto constituye un instrumento de protección en contra de los abusos del poder, es el derecho a un “juicio justo”, llamado también derecho al “debido proceso”, o derecho a un “proceso regular” (…).”

Este derecho, además de constituir una garantía en cuanto a la rectitud y corrección de cualquier procedimiento judicial en el que se discutan los derechos u obligaciones de una persona, es también un derecho instrumental, en cuanto puede servir de garantía para el ejercicio y disfrute de otros derechos.

Sostenemos, pues, que para garantizar la vigencia efectiva de la dignidad humana, de los valores superiores, de los derechos fundamentales y del ordenamiento jurídico en su conjunto –en suma, de la paz social en justicia– resulta necesario reconocer y

⁶⁷ Presidente de la Corte Suprema de Panamá. “El debido proceso en la sociedad contemporánea”. Monografía publicada en un libro homenaje que la Corte Interamericana de Derechos Humanos rinde al Jurista Héctor Fix-Zamudio

⁶⁸ Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N°. 80. Universidad Central de Venezuela.

garantizar los derechos que conforman el debido proceso. Pero, al mismo tiempo, es necesario reivindicar su calidad de derecho fundamental y rescatar aquella concepción que lo vincula a la satisfacción de un ideal de justicia y nos permite hablar del derecho fundamental a un proceso justo: más humano, más solidario, más comprometido con la realidad donde se desarrolla, y sobre todo con su transformación, especialmente con los valores superiores del ordenamiento jurídico político, entre ellos principalmente con la justicia.

Asimismo, por su naturaleza misma, se trata de un derecho muy complejamente estructurado, que a la vez está conformado por un numeroso grupo de “pequeños” derechos que constituyen sus componentes o elementos integrantes, y que se refieren ya sea a la estructura y características del tribunal, al procedimiento que éste debe seguir y a sus principios orientadores.

En conclusión, es con el constitucionalismo que la garantía del debido proceso es reconocida como un derecho fundamental, consagrado en un instrumento de derecho público, y cuya titularidad no se limita ya a los miembros de un estamento feudal, sino que se presenta como un derecho de todos los ciudadanos de un Estado o de todos los hombres por el hecho de serlo.

5) Implicancias Jurídicos-Políticos de la Naturaleza del Debido Proceso como Derecho Fundamental

El debido proceso penal, como todo derecho fundamental presenta un doble carácter, es decir, es un derecho subjetivo de todo sujeto de derecho que garantiza la libertad y el status jurídico de los súbditos, en todos los ámbitos de su existencia y, al mismo tiempo, presenta un carácter objetivo del ordenamiento jurídico político con propia fuerza normativa que vincula a los órganos y organismos del Estado, así como a los particulares.

El derecho fundamental al debido proceso tiene un carácter institucional, es decir, se exige que todos los conjuntos normativos sean una expresión genuina del debido proceso. Esto significa, que ningún ordenamiento procesal, sea del sistema privado o del público, puede afectar el contenido del debido proceso; por tanto, las características de estos sistemas tienen que tener como base el respeto del contenido de este derecho fundamental.

Los elementos que integran el derecho fundamental al debido proceso son indisponibles, por lo tanto vinculan directamente a los jueces y operadores del Derecho en general a garantizar su vigencia y eficacia.

El derecho al debido proceso debe constituir una fuente que sirva de inspiración y dirija la elaboración, interpretación y aplicación de toda norma jurídica, así como de cualquier decisión o acto jurídico en general.

Atendiendo a la naturaleza, alcance e importancia del derecho al debido proceso, el Estado y la sociedad deben promover en todos los órdenes, las condiciones adecuadas para lograr su efectiva vigencia, removiendo obstáculos exógenos o endógenos que impidan, de una u otra manera, el retardo o dificultad para alcanzar el valor justicia.

El derecho fundamental al debido proceso, por su carácter “estándar” tiende a ser, temporalmente, perfeccionado tanto en su concepción como en sus elementos por el aporte doctrinario y jurisprudencial.

El debido proceso no es un derecho ilimitado. Sus límites provienen de su propia naturaleza, de la función social que cumple en la realidad y de las relaciones de coordinación y complementariedad que guarda con los demás derechos fundamentales, con otros bienes jurídicos y con los principios generales del derecho (Bustamante 2001:244).

Por su calidad de derecho humano, el debido proceso se encuentra protegido por un conjunto de mecanismos, instrumentos y órganos jurisdiccionales ordinarios y supranacionales a los cuales los súbditos pueden acudir cuando vean vulnerado o amenazado

6) Necesaria Precisión: El Derecho al Debido Proceso y el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva

En el desarrollo de lo explicado, podemos advertir la estrecha relación –como lo hace por ejemplo la propia regulación constitucional peruana- que mantiene el debido proceso con la institución de la tutela judicial efectiva^{69 70}. En realidad se trata de dos conceptos que incorporan determinadas instituciones de origen procesal que, al devenir en constitucionalizados, se convierten en garantías constitucionales que van a interactuar para proporcionar a la persona las mayores posibilidades de acceso a la justicia a través del conocimiento y resolución de cada una de las controversias que se produzcan y sometan de algún ente que se encargue de ello. Al mismo tiempo, ambas se convierten en verdaderos derechos fundamentales de las personas, tema en que volveremos más adelante.

Y es que el tema de las garantías de la administración de justicia contiene dos conceptos que podemos entender resultan centrales en su construcción dentro del sistema de tutela de derechos fundamentales en Iberoamérica.

Estos son los denominados “Tutela Judicial Efectiva” y “Debido Proceso” (De Bernardis 1995:363).

En realidad, cuando se intenta vincular la Tutela Judicial Efectiva y el Debido Proceso, a la luz de los trabajos de los doctrinantes, se plantean tres hipótesis:

⁶⁹ En realidad, ésta identificación -formulada por un sector de la doctrina- entre el derecho al debido proceso con el derecho a una tutela judicial efectiva, se podría deber a la influencia que ha ejercido el ordenamiento jurídico español, en especial, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, al configurar el contenido de la tutela judicial efectiva como parte de los elementos que integran un debido proceso. Vid: CHAMORRO BERNAL, Francisco.

⁷⁰ Esta configuración constitucional, podría presentar problemas de interpretación, sin embargo, como señala el profesor Eloy Espinoza-Saldaña, un criterio de coherencia o concordancia práctica de la Carta Fundamental nos exigirá darle un sentido o contenido específico a cada uno de estos conceptos que, por las razones antes expuestas, no será fácil de lograr.

- El Debido Proceso es un componente de la Tutela Judicial Efectiva. En ese sentido, la Tutela Judicial Efectiva comprendería los siguientes componentes: Derecho de Acción, Derecho de Contradicción y Debido proceso, entre otros.
- El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva es un componente del Debido Proceso.
- La Tutela Judicial Efectiva y el Debido Proceso se constituyen en respuestas óptimas a problemas comunes (tesis de la doctrina Italiana).

En el marco de éstas hipótesis, Luis Sáenz Dávalos⁷¹, señala lo siguiente:

“Conviene en medio del análisis practicado efectuar ciertas precisiones sobre el derecho al debido proceso y lo que en doctrina se denomina tutela judicial efectiva. No en vano y si la propia Constitución se ha preocupado en distinguir ambos atributos en su artículo 139° inciso 3°, ello responde a que en efecto, se trata de dos cosas perfectamente distintas o cuando menos con características propias”.

El mismo autor señala que si bien la tutela judicial efectiva es en principio, un atributo directamente relacionado con el debido proceso, en la medida en que con aquella, el ciudadano puede acceder al órgano jurisdiccional a través de cualquiera de sus procesos según la naturaleza de su particular pretensión, y por ello su principal manifestación es sin duda alguna, el derecho de acción, de su contenido no fluye que se encuentra inmersa en ninguna de las variantes que el debido proceso posee, sino que más bien se aprecia una situación de grado estrictamente secuencial.

La tutela judicial efectiva es procesal y por ende relacionada con el debido proceso, por su propia naturaleza de impulso jurisdiccional, pero es diferente por sus alcances que se expresan al comenzar o al terminar el proceso, pero no durante su trayecto. Así las cosas, cuando un justiciable invoca la tutela judicial efectiva es para que la judicatura tome conocimiento del reclamo o petición que este formula o para que lo resuelto en definitiva por esta, pueda, en efecto, llevarse a ejecución, más lo que suceda durante el transcurso o secuela del proceso y los principios y derechos que ante el funcionen ya serán de exclusiva incumbencia del debido proceso (Sáenz 1999:490).

Con uno u otro atributo, en todo caso, resultarán igual de importantes para la satisfacción de los intereses del justiciable, pues de nada vale acceder al órgano jurisdiccional, si el proceso conforme al cual se va a dilucidar una pretensión, no reúne los supuestos que garanticen una correcta administración de justicia, pero tampoco podrá pregonarse el respeto de las categorías procesalmente debidas cuando aquello que se va a conocer por intermedio del proceso es, por voluntad misma del Estado, deficientemente planteado o, una vez resuelto, ineficazmente cumplido (Sáenz 1999:490).

También es importante destacar una diferencia desde el punto de vista de su origen y filosofía. En ese sentido, el debido proceso –como ya se demostró- tiene un antiguo abolengo anglosajón, el mismo que fue desarrollado por la doctrina del common law, alcanzando su verdadero auge en los Estados Unidos de América⁷². Por su parte, el origen continental de la tutela judicial efectiva alcanzó su máximo desarrollo en los países de la vieja Europa. Pero en definitiva, como lo sostiene la comunidad jurídica italiana, -en

⁷¹ Véase el trabajo monográfico publicado en la Revista del Tribunal Constitucional N°1.1999.

opinión de Alex Carocca Pérez- se trataría de instrumentos distintos, que obedecen a concepciones jurídicas diferentes, para el logro de los mismos fines.

En cuanto a sus componentes, considerando el desarrollo inicial alcanzado en sus sistemas de origen, el derecho a la acción, y a la contradicción, logran un mayor y exclusivo desarrollo con la tutela judicial efectiva (la posibilidad de acceder a los órganos jurisdiccionales, obtener una sentencia que declare el derecho de cada una de las partes, interponer recursos, la de solicitar y obtener el cumplimiento efectivo de la sentencia definitiva). En cambio, la exclusividad del debido proceso está vinculado a principios como el derecho de defensa, la igualdad de armas, proceso sin dilaciones indebidas y publicidad del proceso, entre otros, que veremos más adelante con mayor detalle.

Pese a este intento de encontrar la diferencia sustancial entre estos dos institutos, en verdad parecería inútil arriesgarse a una definición y a una comprensión totalizante e integral del tema. Sin embargo, un enfoque comparativo –que sería imposible abordarlo en el propósito de este trabajo- quizás pueda echar más luces sobre el tema o del conflicto.

7) Algunos Lineamientos del Proceso Penal Peruano

Tras la Segunda Guerra Mundial, se produce en Europa y especialmente en aquellos países que en la primera mitad del siglo XX tuvieron regímenes políticos totalitarios, un fenómeno de constitucionalización de los derechos fundamentales de la persona, y dentro de éstos, una tutela de las garantías mínimas que debe reunir todo proceso judicial. Se pretendía con ello evitar que el futuro legislador desconociese o violase tales derechos, protegiéndolos, en todo caso, mediante un sistema reforzado de reforma constitucional.

Pero sin embargo, para el ejercicio de la función punitiva se presenta un serio conflicto: la obligación del Estado de proteger los bienes jurídicos de las personas residentes en el Perú, mediante la imposición de sanciones por los delitos, y, la de respetar los derechos fundamentales del individuo; puesto que ningún Estado de Derecho está legitimado para imponer una pena, con el propósito de proteger la sociedad, con desconocimiento de los derechos que le son inherentes al hombre.

Para que sea posible este enjuiciamiento, debe existir una acusación del Ministerio Público y reconocerse el equivalente derecho de defensa del imputado; además su dilucidación requiere de una contradicción efectiva, sobre la base de argumentos jurídicos y pruebas concretas y determinadas, cuyo corolario es la sentencia penal (San Martín 1999: 32).

Como en la investigación penal se afectan derechos fundamentales del hombre contra quienes se dirige, no solamente en la eventualidad de que se imponga una pena, sino por el sólo hecho de ser vinculado a un proceso, se debe, indefectiblemente,

⁷² Los ordenamientos jurídicos influenciados en esta materia por el derecho norteamericano, el proceso justo aparece como un derecho fundamental que comprende, además, los elementos que integran el derecho a la tutela judicial efectiva, diferenciándose de ésta última en que no sólo se aplica a los escenarios jurisdiccionales.

imponer al Estado unos límites, consistentes en garantías, que eviten la innecesaria intromisión de aquél en la vida del particular.

El proceso penal es, junto con el derecho penal, el sector del ordenamiento en que mayores poderes se conceden al Estado para la restricción de los derechos fundamentales que la Constitución reconoce a los ciudadanos. Las gravísimas intromisiones de los poderes públicos en el ámbito de los derechos más preciados del individuo, justificadas por las necesidades de persecución penal en aras de la tutela de los bienes esenciales de la comunidad protegida por las normas penales, deben ser limitadas en la medida en que su práctica no sea útil, necesaria o proporcionada, atendiendo a los intereses en conflicto, según las particulares circunstancias del caso concreto.

Podemos definir el proceso penal, desde un punto de vista descriptivo, como el conjunto de actos realizados por determinados sujetos (jueces Fiscales, defensores, imputados, etc.), con el fin de comprobar la existencia de los presupuestos que habilitan la imposición de una sanción y, en el caso de que tal existencia se compruebe, establecer la cantidad, calidad y modalidades de esta última (Binder 1993:49).

En un concepto más acabado para el propósito del trabajo, Winfried Hassemer y Francisco Muñoz Conde señalan: “ el proceso penal (...) es un conjunto de interacciones y secuencias de actuaciones de las personas que intervienen en él, único e irrepetible. Un suceso de esta clase sólo en parte se puede ordenar con reglas jurídicas del tipo que se usan para describir delitos. Por eso el proceso penal se desarrolla en buena parte como un “programa informal” no fijado en textos, sino producido por la propia acción práctica”.

En tal sentido, agrega el mismo autor, el enjuiciamiento penal del siglo XX sigue fiel a los fines y a la estructura fundamental que le propuso la reforma del siglo anterior. Responde por lo tanto a un Derecho Penal de acto (culpabilidad por el hecho) y por ello su meta principal de servir a la reconstrucción histórica del hecho imputado y sus circunstancias de modo, tiempo, y lugar, protegiendo a la vez la personalidad del presunto infractor. Es así un método reglado para averiguar la verdad histórica acerca de un hecho humano que constituye su objeto. (Maier 1989: 153).

En ese sentido, el proceso penal –como señala Roxin- tiene como objetivo la decisión sobre la punibilidad del inculpado, pero no cualquier decisión, sino aquella: a) materialmente correcta; b) alcanzada con arreglo al ordenamiento procesal, y, c) creadora de la paz jurídica (San Martín 1999:32).

Históricamente se han dado tres grandes sistemas procesales penales que han determinado la configuración externa del proceso penal. Se trata de los sistemas acusatorios, inquisitivos y mixtos, que se suceden en su aparición y responden a criterios dispares⁷³.

⁷³ Este esquema resumido se ha tomado de César San Martín Castro, en su excelente Tratado de Derecho procesal Penal. Volumen 1 Ed. Grijley. 1999. Lima.

8) Sistema Acusatorio

Definición.- El carácter esencial de este sistema es que configura el proceso como una contienda entre partes iguales frente a un juez imparcial supra partes. Inicialmente se consideró que el ofendido por el delito era el único que podría ser acusador. Luego se estimó – en una primera etapa-que el delito también ofende a la sociedad, por lo que acusador podría ser cualquiera del pueblo, y -en una segunda etapa-que la persecución debía asumirla el estado conforme al principio de legalidad.

Sus características son:

1. El proceso se pone en marcha cuando un particular formule la acusación. El juez no procede de oficio.
2. La acusación privada determina los ámbitos objetivo y subjetivo del proceso, es decir, el hecho punible y la persona que se va a procesar
3. Rige el bocado “iuxta allegata el probata”, es decir el juez no investiga los hechos ni practica pruebas no ofrecidas por las partes.
4. El juez no puede condenar ni a persona distinta de la acusada, ni por hechos distintos de los imputados. Es el principio de inmutabilidad de la imputación.
5. El proceso se desarrolla conforme a los principios de contradicción e igualdad, permaneciendo el acusado en libertad.

9) Sistema Inquisitivo

Definición.- El carácter esencial del proceso inquisitivo es el predominio absoluto del juez, que es al mismo tiempo acusador, contra un acusado colocado en situación de desigualdad. Se estimó que existe un interés público en la persecución del delito, pero se unificó en una misma persona, el juez, las funciones de acusación y enjuiciamiento.

Sus características son:

1. La iniciación del proceso no depende de un acusador. Rige el brocado “procedat iudex ex officio”.
2. El juez determina subjetiva y objetivamente la acusación.
3. La investigación de los hechos y la fijación de las pruebas a practicar las realiza el juez-acusador.
4. No existe correlación entre acusación y sentencia. El juez puede en cualquier momento alterar la acusación.
5. No hay contradicción ni igualdad. No hay partes. Los poderes del juez son absolutos frente a un acusado inerte ante él. Lo normal es la detención.

Sobre esa base también surgió la figura del juez profesional, la escritura y el secreto, la denuncia o delación como forma de hacer llegar al juez la noticia criminis, la no motivación de las sentencias, la concesión de recurso de apelación en dos efectos.

10) Sistema Mixto

Definición.- El carácter esencial de este sistema, surgido al calor de la revolución francesa, es la ruptura de los sistemas anteriores, es decir, la persecución judicial de los delitos no es un derecho de los particulares y el juez no puede ser al mismo tiempo como acusador.

Sus características son:

1. La separación entre la función de acusar, la de instruir y la de juzgar, confiadas en órganos distintos, esto es, al fiscal, al Juez de Instrucción y al tribunal con jurado, respectivamente.
2. Excepto para el Tribunal con jurado, rige el principio de la doble instancia.
3. También rige el principio del tribunal colegiado.
4. La justicia está a cargo de jueces profesionales, excepto cuando interviene el jurado.
5. La prueba se valora libremente.
6. La acción penal es indispensable y rige el principio de necesidad en todo el curso del procedimiento. La acción penal también es irrevocable.

11) Características del Actual Proceso Penal

El Código de Procedimientos Penales de 1940 y la Legislación procesal penal especial: Se promulgó el 23 de noviembre de 1939. Tiene las siguientes características:

1. Insiste en reconocer que el proceso se desarrolla en dos etapas: la instrucción (reservada y escrita) y el juicio (público y oral); que se realiza en instancia única y su iniciación está informada por el principio de legalidad u oficialidad; que la acción penal es pública o privada; que contra los fallos de los Tribunales Correccionales sólo procede recurso de nulidad; que el Juez Instructor no tiene competencia para dictar sentencia; y que no se condena al ausente.
2. Otorga una nueva dimensión a la instrucción. No solamente se supera la concepción de considerarla como una mera etapa preparatoria del juicio, sino que confiere la calidad de prueba a los actos de investigación contenidos en las actas, que al leerse pueden ser invocadas por el Tribunal en la sentencia.
3. Se elimina el Jurado. La justicia penal se ejerce por jueces profesionales.
4. La acción civil derivada del delito es obligatoria.
5. Se reconocen como procedimientos especiales; el seguido para delito de calumnias, difamación, injuria y contra el honor sexual; el seguido por delitos de imprenta y otros medios de publicidad; el juicio por faltas; y las audiencias públicas y extraordinarias.

12) Noción del “Debido Proceso”

El debido proceso, de origen anglosajón (due process of law), es una institución jurídico-procesal huérfana de bibliografía en el Perú. Es por ello, que no se ha conseguido aclarar qué es este principio exactamente, cuál es su concepto más riguroso, qué contenido esencial tiene, y cuál es su función precisa en el proceso penal peruano ⁷⁴

Hasta hace algunos años existía en nuestro país la errada concepción de que el debido proceso sólo era un derecho aplicable a los procesos judiciales o jurisdiccionales. Ello se debía, en mayor o menos medida, a que el inciso 3º del artículo 139º de nuestra Constitución, considera al debido proceso como un principio y un derecho de la función jurisdiccional, y a que, según cierto sector de la doctrina nacional y extranjera, el debido proceso no es más que un elemento del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Un primer tema a abordar es en lo referente a su precisión terminológica ⁷⁵, para luego pasar al contenido de su definición. En el desarrollo del capítulo anterior, vimos que la gran mayoría de los textos políticos y constitucionales que marcaron el desarrollo de la institución que analizamos, hacen referencia en la mayor parte a la expresión al “debido proceso” y, en menor medida, al “proceso en legal forma”, “proceso establecido” o “formas previstas por la Ley”.

Muchas de éstas expresiones tienen relación directa o indirecta, con algunos vocablos contenidos en la Carta Magna Inglesa y su ulterior desenvolvimiento en el desarrollo de la jurisprudencia de los Estados Unidos.

Cabe anotar además, el aporte de otros autores que se encargan de estudiar la evolución y perfil que tiene esta institución. Es el caso por ejemplo del Profesor Héctor Faúndez Ledesma, quién sugiere la denominación de “derecho a un juicio justo” o “derecho a un proceso regular”. El mismo explica que éste término apunta más a consideraciones de justicia que de derecho positivo, considerando que ella responde adecuada y cabalmente a la naturaleza del referido derecho, en cuanto se refiere a un conjunto de normas plasmadas en el derecho positivo y cuyo propósito es, precisamente, asegurar la justicia, equidad y rectitud de los procedimientos judiciales.

⁷⁴ Luis Saenz Dávila en una monografía sobre la Tutela del Derecho al Debido Proceso en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ha señalado que en el caso de la Jurisdicción Constitucional la idea de definir de inmediato los horizontes del Debido proceso, no ha estado en la concepción doctrinal de sus Magistrados, sino más bien la de merituar, paulatinamente o en sentido progresivo, los derechos constitucionales de naturaleza procesal, caso por caso, o avanzando desde lo particular hasta lo general. Así las cosas, y aunque nuestro Supremo intérprete de la Constitución no ha dicho exactamente que es el debido proceso jurisdiccional, sí ha señalado en más de una oportunidad en que casos o a propósito de que derechos de naturaleza procesal cabe predicar la existencia del citado atributo.

⁷⁵ Iñaki Esparza Leibar en su tesis doctoral sobre el Principio del Proceso Debido, destaca los siguientes significados: Due, aquello que en virtud de la Ley o de la Moral es debido a alguien. Un derecho, justo apropiado, ajustado a derecho. Process: El conjunto de procedimientos relativos al ejercicio de una acción legal.

No obstante ésta diversidad de denominaciones y que en algunos casos no dejan de tener mucha razón (nos referimos a la sugerencia del profesor Héctor Faúndez), hemos preferido continuar utilizando la expresión “debido proceso”⁷⁶ fundamentalmente por dos razones: el contenido de las expresiones semánticas antes señaladas subyacen en este concepto elegido y, la otra razón, es por el respeto a su origen y tradición histórica.

Veamos pues, qué quiere decir “debido proceso” en el léxico angloamericano, de donde ha surgido y en el léxico de la codificación en el que ha sido virtualmente adoptado.

Como ya queda anotado en el capítulo anterior, la Carta Magna es una de las más antiguas formulaciones de los actuales textos constitucionales que tutelan la efectividad del proceso. El texto inglés señala:

Posteriormente, y como consecuencia de la guerra civil, se sancionan las enmiendas V y XIV. La primera de estas enmiendas formaba parte del Bill of Rights que era el conjunto de garantías destinadas a proteger las libertades individuales contra las actividades provenientes de las autoridades federales. Y, en el caso de la segunda enmienda está relacionada con el Civil Rights Act, y tenía como finalidad asegurar a la partes la posibilidad de recurrir a la Cortes Federales contra violaciones de derechos garantizados por el due process, perpetrados por los Estados.

Luego, éstos textos pasaron con variantes de forma a las Constituciones del resto del Continente americano, llegando a constituir un singular instituto jurídico norteamericano, difícil de explicar⁷⁷ y entender fuera del sistema en el que ha sido formulado, pero que, no obstante ello, ha ejercido una poderosa influencia en regímenes jurídicos totalmente diferentes a Common Law.

La concepción americana del “due process of law” desborda en amplia medida el campo del derecho procesal. Ese concepto puede desdoblarse, virtualmente, en dos grandes campos: el adjetive due process of law y el substantive due process of law.

13) El Debido Proceso Adjetivo o Formal

⁷⁶ “Debido Proceso” o “proceso con todas las garantías”, son las traducciones al castellano que más se han difundido de due process of law. Incorrecta a todas luces aparece la de “procedimiento debido” o “justo procedimiento”, porque éste último vocablo designa las formas a través de las cuales se tramita el proceso y en inglés se corresponde con procedure y no con process. Vincenzo Vigoriti, señala que la traducción más correcta es la de juicio justo, teniendo presente que el término due, en el que “recae toda la fuerza de la expresión, es una apelación a la conciencia del hombre, a una justicia superior fundada sobre la naturaleza y sobre la razón (...) no puede traducirse con adjetivos como “regular” o “correcto”, que manifiestan sólo una exigencia de legalidad que no agota el contenido de la garantía, por lo que debería ser traducido con el término “justo”, el único que puede dar cuenta con eficacia el contenido ético de la expresión “due”.

⁷⁷ Esparza Leibar, señala que tras un estudio de la bibliografía norteamericana, no es característica definitoria del Debido Proceso Legal su simplicidad conceptual o su no beligerancia a causa de la común aceptación del contenido y alcance de su significado. El problema se plantea de forma diversa a la que podríamos llamar tradicional, y es que pese a tratarse de una institución cuya vigencia se extiende a lo largo de varios siglos, y pese a ser constante objeto de estudio y aplicación tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, se ha resistido a una definición en el sentido al que estamos acostumbrados en los ordenamientos continentales.

En el primer caso, es decir en su faz procesal, constituye un conjunto de reglas y procedimientos tradicionales que el legislador y el ejecutor de la Ley deben observar cuando en cumplimiento de las normas que condicionan la actividad de esos órganos (Constitución, leyes, reglamentos), regulan jurídicamente la conducta de los individuos y restringen la libertad civil de los mismos (libertad física, de palabra, de locomoción, propiedad etc.).

En el marco de esta definición, la cláusula del *due process of law*, estuvo siempre relacionado con el reconocimiento de determinados derechos y garantías de los acusados, esto es, se refería al procedimiento penal; incluso en la Quinta Enmienda mantiene esta relación y desde el punto de vista de una interpretación sistemática del Bill Of Rights parece imponerse un entendimiento procesal de la cláusula (Díaz 1997:464).

Entonces, la dimensión procesal del debido proceso legal, es entendida desde su formulación original como la posibilidad de que en todo procedimiento seguido contra cualquier persona (proceso judicial, procedimiento administrativo o procedimiento entre particulares) se respeten ciertos elementos mínimos mediante los cuales se asegura alcanzar el valor justicia dentro (o a través) de ese mismo procedimiento, o dicho en otros términos, la oportunidad que todo ciudadano tiene de asegurar el análisis de su pretensión mediante autoridad competente e imparcial, la cual luego de escuchar todas las consideraciones que resulten pertinentes, deberá resolver sin dilaciones indebidas.

En esta configuración procesal del debido proceso, descansan pues, dos elementos que deben prevalecer en todos los “process”: el que sean justos y establecer condiciones “razonables” para las partes que intervienen en el proceso. Al menos estos son los parámetros que ha dejado establecido la Corte Suprema de los Estados Unidos en múltiples fallos.

En consecuencia, puede afirmarse que esta orientación del debido proceso garantiza la existencia de un proceso justo (*fair decision-making process*) a la hora de tomar cualquier acción gubernamental que limite la vida, libertad o propiedad, aunque no afecte el contenido de la propia medida.

14) El Debido Proceso Sustantivo o Material

Esta dimensión del Debido Proceso, inicialmente invocada por la judicatura norteamericana para proteger o apuntalar el ejercicio de ciertas libertades económicas, fue retomada por la Suprema Corte de dicho país a mediados de la década de los setenta como instrumento considerado necesario para establecer un adecuado equilibrio entre los derechos de la sociedad y el Estado para legislar sobre aspectos con una importante connotación moral y el derecho de cada individuo a tomar decisiones de significativa relevancia para su desenvolvimiento personal sin mayor injerencia externa.

Sin embargo, el debido proceso ha pasado a entenderse también como una cláusula sustantiva, referida no ya sólo al procedimiento por el que se priva de la vida, libertad o propiedad, sino además al propio hecho de tal privación, de forma que dicha cláusula pasa a proteger los propios valores sustantivos citados.

Es consecuencia, el debido proceso en su faz sustantiva⁷⁸, implica la determinación

judicial de la compatibilidad del contenido de una ley o acción gubernamental con la Constitución. Es decir, como lo ha señalado el tribunal supremo norteamericano, para que una Ley no infrinja los límites del debido proceso sustantivo, debe ser «razonable» y «no arbitraria».

Entonces, a partir de ésta dimensión, el debido proceso es un concepto estándar⁷⁹, patrón o módulo de justicia para determinar dentro del arbitrio que deja la Constitución al Legislador y la Ley al organismo ejecutivo (administrativo y judicial), lo axiológicamente válido del actuar de esos órganos; es decir, hasta dónde pueden restringir en el ejercicio de su arbitrio la libertad del individuo. Queda convertida así la limitación o garantía procesal en una garantía genérica de la libertad individual (Linares 1989: 26,27).

Desde otra perspectiva, Eduardo Couture, señala que, el debido proceso sustantivo es una garantía general del orden jurídico, en razón que surge de una elaboración regular y correcta de la Ley; pero también es *due process law* la garantía de que esa ley elaborada por el Parlamento es razonable, es justa y se halla dentro de los términos consagrados por la Constitución (Couture 1953: 805).

Cuando se intenta dar una explicación sobre esta transformación –señala Díaz Revorio– que en la cláusula del “*due process of law*” los tribunales comenzaron a hacer mayor hincapié en el término «*law*» entendiendo que la Ley que priva de la vida, libertad o propiedad debe ser tal «Ley», esto es, poseer los elementos del derecho, comenzando por la generalidad, para pasar a proteger a los derechos contra cualquier privación legislativa arbitraria.

Quizás este espacio no sea el indicado para abordar el desarrollo jurisprudencial peruano sobre esta dimensión del debido proceso, pero es importante dejar dicho que ya existe un tratamiento todavía embrionario pero, que de una u otra manera, se están trazando las líneas que permitirán en el futuro marcar un precedente importante. Los antecedentes registrados se encuentran en la labor realizada por el Poder Judicial, incluso desde la vigencia de la anterior carta de 1979. Ahora, con la Constitución de 1993, en el artículo 200º último párrafo, nuestro Tribunal Constitucional ha tenido la ocasión de encarar el tema⁸⁰.

⁷⁸ Juan Francisco Linares señala al respecto que, es importante destacar los hechos por los cuáles el derecho norteamericano desarrolla ambas dimensiones del debido proceso. Concretamente en el caso del debido proceso sustantivo, éste nace de la influencia que tiene la interpretación que hacen los altos tribunales y está referido fundamentalmente a factores sociológicos y económicos. La sociedad de la Unión cuando se polariza en dos grandes bloques, los del norte que habían logrado una gran prosperidad económica reclamaban garantías para sus inversiones y para sus ganancias y para estos fines, mediante las acciones judiciales tocaban las puertas de las Cortes pidiendo una más comprensiva interpretación de las garantías constitucionales frente al derecho de propiedad y otros respecto a la competencia de los Estados y la nación.

⁷⁹ En el sentido que, tanto la Doctrina, como la Jurisprudencia norteamericana introduce invariablemente elementos no sólo jurídicos sino además políticos, sociológicos, éticos y morales, que progresivamente van definiendo y configurando el Debido proceso legal, alrededor de una idea central percibida como una amplia e indefinida protección.

⁸⁰ Luis Saenz Dávalos menciona en su monografía citada hasta cuatro sentencias. Exp. 090-97-AA/TC, Exp. 340-98-AA/TC, Exp. 358-98-AA/TC y Exp. 408-97-AA/TC.

Pero tampoco se trata de marcar una gran distancia entre el Debido Proceso sustantivo y procesal. Entre ambas modalidades del Debido Proceso existe un elemento común: el criterio de racionalidad informa ambas modalidades del debido proceso. En rigor, el debido proceso adjetivo no es sino un aspecto de aplicación del sustantivo en el procedimiento de defensa judicial de los derechos (Linares 1989:34,35).

Puede señalarse entonces, dejando de lado su faz sustantiva, que el debido proceso es un principio “ómnibus” que contiene un conjunto de premisas o criterios en el ámbito procesal, con un origen en el Sistema del Common Law, desarrollado básicamente por la jurisprudencia y que incluyen la idea de protección de derechos fundamentales como la vida, la propiedad y la libertad.

Así lo sostiene también Esparza Leibar, cuando señala que sí existe un sustrato básico de común aceptación que atribuye al Debido Proceso Legal unos determinados contenidos que, como mínimo, deben concurrir para que efectivamente se dé. En ese sentido, se concibe el Debido Proceso Legal como una válvula reguladora entre la libertad individual y las previsibles imposiciones de la autoridad, asumiendo la existencia de conflictos entre los ciudadanos y aquella y, encauzando la resolución de los mismos por medio de procedimientos legales. Es el concreto alcance de esa legalidad el que, y en la práctica, ha ofrecido sucesivas versiones del Debido Proceso Legal, dependiendo de las oscilaciones de conceptos indeterminados tales como interés general, arbitrariedad, injusto o desleal (Esparza 1995: 71,72).

Luego agrega, es evidente el componente sociológico del concepto, siendo así que su definitorio concurso lo dota de una indudable flexibilidad que ha permitido la longevidad de la institución y a cambio la imposibilidad de definirlo absolutamente si no es en relación con un momento histórico determinado, aunque siempre subyace la idea de una “constante voluntad de armonizar, de forma consciente y sutil, la aspiración de una vida más justa con la relación entre la satisfacción individual y el bienestar social (Esparza 1995:72).

La primera tentativa de dar al due process un contenido más preciso, se produjo en el caso Murray en el que la Corte sostuvo que una norma procesal se conforma al due process, sobre todo cuando no lesiona ninguna de las demás garantías procesales de la Constitución y, en segundo lugar, cuando es contraria a los “settled usages and modes of proceeding”, acogidos en el Common Law inglesa de 1776 y recibidas luego en los Estados Unidos después de la Independencia. El avance consistió en establecer la obligación del legislador de respetar siempre la estructura tradicional de los procesos establecidos por la Common Law.

Posteriormente, la validez de las “settled usages” (costumbres consuetudinarias) tienden a ser superadas por una nueva interpretación, propiciada por la influencia del iusnaturalismo, que lleva a entender que el «due process» como la garantía positiva de un derecho natural de las personas a un proceso informado por los principios superiores de justicia. La jurisprudencia comienza ahora a advertir la necesidad de no dar a la cláusula un contenido rígido y preciso, y de reservarse en cambio la posibilidad de proceder caso por caso, a verificar en concreto, al margen de esquemas prefijados, la justicia del procedimiento particular, en la evidente convicción que la estabilidad, certeza,

uniformidad, hacen correr el riesgo de dejar de lado el primer objetivo del precepto constitucional, la protección de los derechos fundamentales en el caso concreto.

Luego de describir todo este derrotero conceptual, consideramos que una primera aproximación conceptual del debido proceso, hasta ésta parte, en los términos de Esparza Leibar (1995:77):

“(…) un principio general de los ordenamientos jurídicos anglosajones de naturaleza constitucional, que presenta una importante faceta procesal (ampliamente desarrollada por la doctrina y la jurisprudencia) y que contiene elementos de directa aplicación como garantías procesales (recogidos no sólo, aunque sí esencialmente, en las Enmiendas Quinta –limitaciones de los poderes del gobierno federal– y Decimocuarta –limitación de los poderes de los Estados– de la Constitución de los Estados Unidos, sino también en otras partes de la misma), tanto estrictamente técnicos como de otra índole, que hacen referencia a las bases científicas que integran el Derecho Jurisdiccional: Poder Judicial, derecho de acción y proceso”.

Es a partir de ésta definición o sobre la base de los elementos que contiene esta definición, con una u otra variante, en que se elaboran otras definiciones que resultan igual de importantes, dependiendo de la perspectiva o destacando sus notas más importantes, que para el caso del interés de nuestro trabajo señalaremos algunos cuántos.

Es interesante por ejemplo la perspectiva conceptual que desarrolla el destacado magistrado panameño Arturo Hoyos, de quién hemos comentado algunas ideas de su obra:

“Modernamente, el debido proceso aparece vinculado al Constitucionalismo, el cual, dentro de sus muchas acepciones, aparece siempre vinculado o ligado a la idea de un gobierno limitado, sobre todo, por medio del Derecho, ya que dicho principio, a lo largo de su evolución histórico-político ha encontrado sitio en las Constituciones modernas y democráticas como un derecho fundamental que no sólo garantiza la actuación del derecho material, sino que también, impone límites importantes a la acción del Estado al punto de constituir un freno a la potencial acción arbitraria de éste frente a todas las personas sujetas a dicha acción” (Hoyos 1996:5,6).

En cambio, el Profesor peruano Aníbal Quiroga León, haciendo énfasis en la legitimidad como elemento medular del debido proceso, señala que:

“El Due Process no es otra cosa que la Institución de origen anglosajón referida al Debido Proceso Legal como garantía con sustrato constitucional del proceso judicial, concepto que surge del orden jurisprudencial y que tiende a rodear al proceso de las garantías mínimas de equidad y justicia que respaldan la legitimidad de la certeza del derecho finalmente determinado en su resultado (...)” (Quiroga 1989:297).

Desde la perspectiva del Derecho Constitucional procesal, también resulta importante destacar el concepto de debido proceso del profesor y alto magistrado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Héctor Fix-Zamudio, quién señala, que si bien es cierto es aún muy difícil “encerrar” o “definir” exactamente lo que constituye un Debido Proceso Legal:

“(…) pero, para efectos didácticos es la institución del Derecho Constitucional procesal que identifica los principios y presupuestos mínimos que debe reunir todo proceso judicial jurisdiccional para asegurar al justiciable la certeza, justicia y legitimidad de su resultado (Fix-Zamudio 1986:35).

15) Naturaleza Jurídica del Derecho al Debido Proceso

Es bastante probable que en el desarrollo del capítulo anterior, para referirnos al derecho al debido proceso, lo hemos determinado como derecho, garantía, institución y, en algunos casos, como principio. Y, es que esta confusión, se da invariablemente en todos los niveles, pero principalmente, en el jurisdiccional (ver evaluación intrasistémica del debido proceso en la actividad judicial. Capítulo I).

Aparentemente, la concepción que se tiene del debido proceso como principio general del derecho es formulada a partir de la tesis doctoral de Iñaki Esparza Leibar, pero generada en el contexto de su legislación constitucional, en razón que, el artículo 24° del mismo texto superior, no consigna literalmente la cláusula del debido proceso como tal (es innominada). Por esta razón, es que como lo señala en la tesis, no tiene una tutela específica ante el Tribunal Constitucional por sí mismo, si no es en unión de alguno de los derechos y garantías que forman parte de su contenido esencial.

La incorporación del derecho al debido proceso como una garantía de orden constitucional (artículo 139° inciso 3° Constitución de 1993), plantea, como es de esperarse, múltiples interrogantes, entre las cuales destaca la naturaleza jurídica de dicha institución y las funciones que cumple dentro del sistema jurídico peruano. De la visión respecto de la naturaleza jurídica que se tenga del debido proceso dependerá en gran medida la interpretación que pueda darse a la norma que lo regula.

En primer lugar, señalaremos la concepción que sobre su naturaleza jurídica coimplicante de la imputación normativa tiene el profesor Florencio Mixán Máss. Para este jurista, el principio del Debido Proceso implica correlativamente: a) un deber jurídico-político que el Estado asume en el sentido que garantiza que su función jurisdiccional se adecuará siempre a las exigencias de la legitimidad, de acuerdo con las particularidades de cada área y las exigencias de la eficiencia y eficacia procesales (...). b) Es, a la vez, un derecho para quienes se encuentren inmersos en una relación jurídico-procesal. Es un derecho a exigir que se cumpla con la aplicación de dicho principio desde el inicio hasta la finalización del procedimiento (Mixán 1996:122).

Lo afirmado por el profesor Mixán, consideramos que es bastante correcto. El derecho del ciudadano al proceso y a las garantías procesales constitucionalizadas, como derecho fundamental por su inclusión en el artículo 139 inciso 3° de la Constitución, asegura, en los términos expresados en este precepto constitucional, que todas las personas tienen derecho a que, para la defensa jurídica de sus derechos e intereses legítimos, se sustancie un proceso ordenado por el Poder Jurisdiccional del Estado, lo que revela la condición de estatuto negativo de la libertad, en cuanto impide al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo entrometerse en ofrecer tutela judicial efectiva a los ciudadanos; pero además, descubre su cara positiva incorporada a la cláusula progresiva

del Estado de Derecho, en su transformación de Estado democrático y social de Derecho, regulado en el artículo 43° de la Constitución Política de 1993, al hacer responsable inmediatamente al Estado de la satisfacción del derecho fundamental.

El derecho fundamental al debido proceso, derecho público subjetivo, invocable por los ciudadanos ante los poderes públicos y dotado de eficacia y protección, en nuestra constitución (artículo 200° de la Constitución), no se manifiesta en contra de los intereses estatales, no tiende a evitar injerencias indebidas de los poderes públicos en su esfera de protección, porque coinciden, necesariamente, en promover el derecho a la justicia, los intereses del ciudadano y los intereses del Estado.

Se advierte pues, con mayor claridad en el derecho de contenido complejo al debido proceso su característica de derecho prestacional, en cuanto confluyen en el interior del artículo 139 inciso 3° de la Constitución la consideración de derecho fundamental a favor del ciudadano y la garantía institucional del proceso, de una determinada clase de proceso apto para cubrir las exigencias constitucionales, a cuyo interés está llamado el Estado.

Tradicionalmente, siempre se planteo tres teorías que intentaban encontrar el fundamento de los derechos fundamentales, pero de ellos los más importantes, no cabe duda, fue la positivista, forjada a lo largo del siglo XIX como alternativa a la doctrina iusnaturalista de los derechos humanos y que considera a éstos como un presupuesto formal para el funcionamiento del Estado liberal de Derecho y, de otro lado, las teoría del Derecho Natural, entre las cuales se destaca la teoría del orden de valores según la cual los derechos fundamentales constituye un sistema coherente que inspira todas las normas e instituciones del ordenamiento y prescriben la metas políticas por alcanzar.

En el caso español, por ejemplo, esta dialéctica iusnaturalismo / positivismo, habría sido superada jurisprudencialmente, al adoptar y consagrar una teoría o concepción dualista de los derechos fundamentales, en el sentido que éstos (los derechos fundamentales) se configuran como derechos de los ciudadanos y como valores del ordenamiento jurídico ⁸¹ (Esparza 1995:171).

Esta concepción sobre los derechos fundamentales lograda por la jurisprudencia española responde a la misma "teoría de la institución" formulada por el profesor alemán Peter Häberle (1997:163). Para este autor, los derechos fundamentales de la «Grundgesetz» tienen un doble contenido constitucional. De un lado, presentan un "aspecto" de derecho individual; son derechos de la persona. Titulares de los derechos fundamentales son, según la naturaleza del derecho fundamental en cuestión, ora individuos, ora, al lado de estos, grupos como coaliciones, asociaciones y sindicatos. De otro lado, están caracterizados por un «aspecto institucional».

⁸¹ Vid. STC 25/1981: "En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuánto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra constitución (art. 1.1)

Ellos representan la garantía constitucional de esferas de vida reguladas y organizadas según principios de libertad, que, a causa de su significado objetivo-institucional, no se dejan enclaustrar en el esquema libertad individual-límite a la libertad individual, se rebelan a la relación unidimensional individuo-estado y no se dejan fundar sobre el solo individuo.”

Este doble carácter de los derechos fundamentales –se podría hablar de un “Jano bifronte”– caracteriza su esencia. Ambos aspectos, el de derecho individual y el institucional, forman en su conjunto el derecho fundamental. Se refuerzan recíprocamente. Los derechos fundamentales aparecen desde el punto de vista del titular como derechos públicos subjetivos, desde aquél de las condiciones de vida como institutos. Poseen, pues, una impronta personal y un sello objetivo-institucional (Háberle 1997:164).

En esta perspectiva, la concepción que se tiene del derecho fundamental al debido proceso invoca la función garantista de protección de los demás derechos, que promueve su declaración como derecho fundamental, su contenido positivo, como derecho de prestación del Estado, como derecho cívico de naturaleza social que promueve que el Estado asegure la organización de uno de los poderes en las condiciones requeridas por el artículo 139º inciso 3º de la Constitución; y su determinación como derecho-institución, garante del proceso jurisdiccional ordinario que debe alinearse en el respeto de las garantías constitucionales.

El carácter institucional del derecho al debido proceso ha sido definido jurisprudencialmente por el Tribunal Constitucional Español, cuando señala que no sólo provoca una esfera de protección de las libertades de los ciudadanos, sino además que constituye un parámetro de enjuiciamiento de la acomodación a la Constitución de los diversos procesos judiciales que se establecen en las leyes de procedimiento, permitiendo extender su alcance más allá de los derechos y garantías enumeradas literalmente en el artículo 24º, e incluso, situando las garantías procesales constitucionales en condiciones de ser operativas más allá del espacio jurisdiccional (Bandres 1992: 185).

Finalmente, no menos interesante también resulta a partir de estos enfoques, la posición del magistrado panameño Arturo Hoyos en su obra ya citada, cuando señala que la garantía constitucional del derecho al debido proceso es una institución, porque constituye una idea común, compleja y objetiva –integrada en un todo unitario que es la Constitución– a la cual adhieren las voluntades de los justiciables, para que el Estado, en ejercicio de la función jurisdiccional, mediante un proceso, les ofrezca la tutela judicial que permita a las personas la defensa y el goce efectivo de los derechos (Hoyos 1985:54).

16) Elementos Esenciales del Derecho al Debido Proceso

Como se ha señalado anteriormente, el debido proceso sigue el carácter de estándar jurídico, es decir, se trata de una institución jurídica de contenido más o menos amplio que puede adaptarse a diversas situaciones sin perder su identidad.

En ese sentido, señalar los contenidos del debido proceso al interior de un proceso o

de un procedimiento, no es un tema pacífico ni uniforme tanto en el plano jurisprudencial como en el doctrinario. Como se demostrará en los cuadros resumen, es usual que los elementos esenciales de esta garantía varíe de un sistema jurídico a otro o de países de una misma familia jurídica. Tal variedad o flexibilidad lejos de ser un probable problema es realmente provechoso y favorable, pues el contenido del debido proceso debe responder a las necesidades y características de cada sociedad en un momento histórico determinado.

Sin embargo, no debe caerse en el error de pensar que la determinación del contenido del debido proceso está sujeta a la mera discrecionalidad del juzgador o del legislador de turno, pues siempre debe comprenderse, como mínimo, aquellos elementos (como el derecho a probar o el derecho a ser oído) que razonablemente resultan esenciales para que el debido proceso pueda cumplir con sus funciones y no pierda su naturaleza para convertirse en algo distinto (Bustamante 2000:306).

En tal sentido, existe todo un conjunto de elementos que integran el concepto de debido proceso que resultarán variables de acuerdo al tipo y naturaleza del proceso. En el sistema anglosajón, concretamente en los Estados Unidos, la lista de elementos que integran el debido proceso en su dimensión procesal han sido incorporados al debido proceso legal por desarrollo jurisprudencial.

En ese orden de ideas, mientras más pleno resulte el proceso, vale decir, cuando mayor sea su grado de perfeccionamiento, mayor cantidad de los elementos que integran el concepto de debido proceso encontraremos y tanto mayor será la intensidad con qué participarán. Ello, al margen del hecho que el mínimo de los elementos que integran el concepto de debido proceso deberá estar presente, siempre, en toda clase de procesos (De Bernardis 1995:393).

De esta manera –dice el autor citado– podemos definir el debido proceso legal como el conjunto mínimo de elementos que deben estar presentes en cualquier clase de proceso para hacer posible la aplicación de la concepción de justicia en el caso concreto.

En consecuencia, dondequiera que se produzca un proceso regido por la constitución o ley fundamental que consagra la justicia como valor fundamental, los elementos mínimos que integran el concepto del debido proceso deben estar presentes. De no estarlo –dice de Bernardis– ese proceso resultará esencialmente injusto y, por lo tanto, contrario al ordenamiento constitucional.

Por otro lado, también es importante tener en cuenta que el debido proceso no es un derecho ilimitado, sino que se encuentra delimitado por su propia naturaleza, por la función social que cumple en la realidad y por las relaciones de coordinación y complementariedad que guarda con los demás derechos fundamentales, con otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos y con los principios generales del derecho, en especial referencia con los de naturaleza procesal.

En consecuencia –como bien señala Reynaldo Bustamante– los conflictos que puedan surgir entre ellos al concurrir en un caso concreto (a excepción de las normas de poder que siempre deben ceder frente a los derechos fundamentales no pueden resolverse con la afirmación genérica de la preferencia incondicional o absoluta de alguna sobre los demás, sino con la afirmación de la vigencia equilibrada de todos.

Por tanto, los límites, el estatuto, la regulación y, en general, cualquier decisión que involucre al debido proceso deberán ser razonables; es decir, deberán obedecer a un fin lícito, y los medios utilizados para conseguirlo deberán ser proporcionales.

La exigencia del fin lícito, como primer parámetro de razonabilidad, significa que cualquier medida que involucre al debido proceso debe obedecer a causas objetivas de justificación, basadas en criterios de verdad y de justicia (por ejemplo, la protección de otro derecho fundamental); por lo tanto, cualquier límite, acto, regulación o decisión sobre el debido proceso que resulte irrazonable o arbitrario deviene en inválido.

Con respecto a la exigencia de proporcionalidad, como segundo parámetro de razonabilidad, exige por ejemplo que los medios empleados para alcanzar el fin perseguido sean necesarios, adecuados y proporcionados; es decir, que además de ser imprescindibles para alcanzarlo, exista una adecuada correspondencia, armonía o proporción entre la limitación, regulación o decisión y el fin que pretende alcanzarse. Si tal proporción no existe, la norma o decisión limitadora o reguladora, sería inválida.

Esta variedad o flexibilización de los elementos esenciales, se ha traducido en constitucionalización e inserción en el “due process” a través de una serie de derechos procesales, presentes en todas las fases del procedimiento, desde el inicio hasta el fin, que a pesar de su casuismo, inherente al sistema en que han sido desarrollados, la doctrina y la jurisprudencia, con gran dificultad, han tratado progresivamente de ser individualizados.

Con estas consideraciones, se han hecho intentos por identificar algunas de las garantías esenciales que permitan calificar a un proceso de “justo”, que vale la pena reproducir y que, en síntesis las presentamos a través de las siguientes propuestas que gozan de mucho reconocimiento.

17) Primera Propuesta

Juan Francisco Linares*

El debido proceso está constituido por el siguiente conjunto de Reglas y Procedimientos:

- Juicio oral.
- Prohibición de hacer declarar a una persona como testigo contra si misma en causas criminales.
- Obligación del instructor de carear al acusado con los testigos.
- Prohibición de juzgar dos veces al mismo individuo por el mismo acto.
- Prohibición de restricciones a los derechos individuales por bill of attainders, bills of pains, etc. (vale decir, por ordenes de ejecutivo o el Congreso)
- Prohibición de afectar derechos individuales por leyes retroactivas.
- Obligación siempre de estructurar formalidades de notificación y audiencia al procesado en todo juicio o procedimiento contencioso, administrativo, civil o penal.

* Razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina. 1985. ASTREA

18) Segunda Propuesta:

Luis Marcelo de Bernardis*

Elementos mínimos del debido proceso procesal:

- Competencia del juez – juez natural.
- Defensa y asistencia del letrado.
- Ser informado de la acusación o la pretensión formulada
- Uso del propio idioma.
- Proceso público.
- Ausencia de dilaciones indebidas.
- Desarrollo de un proceso con todas las garantías.
- Posibilidad de utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa de la pretensión invocada.
- Ciertas limitaciones en las declaraciones de parte y testigos.
- Presunción de inocencia.
- Instancia plural.

* La Garantía Procesal del Debido Proceso. Cultural Cusco S.A. Editores. Lima – Perú. 1995.

19) Tercera Propuesta

Alex Carocca Pérez *

- El derecho a ser oportunamente informado de la acción pública (acusación penal) o cualquier iniciativa lesiva), de modo de poder defenderse. De aquí deriva la garantía del adecuado emplazamiento, es decir, de una forma de notificación estructurada de modo tal de hacer posible aunque no exista total certeza de un real conocimiento; de aquí también el derecho a un tiempo razonable para preparar la defensa.
- El derecho a ser juzgado por un juez imparcial.
- El derecho a tramitación oral de la causa y luego a poder exponer y hacer exponer por un profesional, oralmente, al tribunal las propias razones.
- El derecho a la prueba – derecho a la contraprueba.
- El derecho a ser juzgado en base al mérito del proceso y en materia penal a tener copia de los actos verbales.

* Las Garantías Constitucionales del Debido Proceso y de la Tutela Judicial Efectiva en

España. En revista jurídica del Perú. Normas Legales.

20) Cuarta Propuesta

AMNISTÍA INTERNACIONAL *

Criterios para el evaluar el modo en que los Estados tratan a las personas acusadas de haber cometido un delito:

- Derechos previos al proceso:
 - Derecho a la libertad.
 - El derecho a la información.
 - El derecho a la asistencia jurídica antes del juicio.
 - El derecho del detenido a comunicarse con el mundo exterior.
 - El derecho a comparecer sin demora ante un juez u otra autoridad judicial.
 - El derecho a impugnar la legalidad de la detención.
 - El derecho a ser juzgado en un plazo razonable o a ser puesto en libertad.
 - El derecho a disponer del tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa.
 - Los derechos durante el interrogatorio.
 - El derecho a permanecer en condiciones de detención humanas y a no ser torturado.
- Derechos durante el juicio.
 - El derecho a la igualdad ante la ley y los tribunales.
 - El derecho a ser juzgado por un tribunal competente, independiente e imparcial establecidos por la ley.
 - El derecho a un juicio justo.
 - El derecho a un juicio público.
 - La presunción de inocencia.
 - El derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable.
 - Exclusión de pruebas obtenidas mediante tortura u otro tipo de coacción.
 - La prohibición de aplicar leyes penales con carácter retroactivo y de procesar de nuevo por el mismo delito.
 - El derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas.
 - El derecho a defenderse personalmente o con asistencia de un abogado.
 - El derecho a hallarse presente en el proceso y las apelaciones.
 - El derecho a obtener la comparecencia de testigos y a interrogarlos.

- El derecho a un interprete y a la traducción.
- Sentencias. El derecho a una sentencia pública; el derecho a conocer los fundamentos de la sentencia; sentencia en un plazo razonable.
- El derecho de apelación; la revisión de un tribunal superior; una revisión auténtica; garantías procesales durante las apelaciones.

* Manual de los Juicios Justos. Amnistía Internacional.

21) Quinta Propuesta

Iñaki Esparza Leibar*

El Principio del “Due Process of Law” su Regulación y Manifestaciones en el Proceso Penal Federal de los EE.UU. (VI Enmienda):

- Derecho a un proceso público.
- Derecho a un proceso rápido; derecho a un proceso con jurado imparcial.
- Derecho a un juez natural.
- Derecho a ser informado de la naturaleza y causa de la acusación formulada.
- Derecho al careo con testigos.
- Derecho a la asistencia letrada.

El Significado del Principio del “Due Process of Law” en el Derecho Procesal Penal Alemán: Concepto y Caracteres diferenciadores.

- Contenidos y elementos esenciales constitutivos del FAIR TRIAL/FAIRES VERFAHREN en el Proceso Alemán:
- El derecho a un faires verfahren no comprende por si ninguna exigencia o prohibición concreta, el detallar su contenido preciso es tarea del legislador que tras determinar los límites del derecho permitirá y obligará a los tribunales a su aplicación.
- La limpieza/equidad/fairness es un elemento integrante y que caracteriza al Estado de Derecho.
- Como un derecho subjetivo del inculpado que no podrá ser violado en aras de la búsqueda de la verdad que persigue el proceso penal.
- En un Estado Constitucional de Derecho no podrá ser acusado objeto de cualquier proceso, sino precisamente de un proceso que le permita a lo largo de su tramitación la defensa de sus derechos lo que enlaza con el derecho al nombramiento de un defensor del oficio cuando ello fuere necesario.
- Un proceso podrá ser considerado limpio/equitativo cuando exista en él la certeza procesal de la igualdad de armas entre el Ministerio Público y el inculpado en el proceso penal.

Manifestaciones del Fair Trial/Faires Verfahren:

A. El Principio de la igualdad de armas:

- Presunción de inocencia. Derecho de audiencia. Derecho a la información. Derecho a un proceso rápido. Medios de prueba-prueba ilícitamente obtenida.
- Derecho a guardar silencio-
- Derecho a no declarar contra si mismo.
- Derecho a la defensa.
- Derecho a un intérprete gratuito.

B. El Principio del Deber de Asistencia.

- Deber de asistencia procesal de los tribunales:
- Instrucción sobre las posibilidades de actuación y defensa.
- Facultades de dirección procesal, subsanación de defectos procesales.
- Rehabilitación del inocente, protección de los sujetos participantes en el proceso.
- El Reconocimiento del Principio del "Due Process of Law" en la legislación y jurisprudencia española:
- Proceso debido y prohibición de indefensión.
- Proceso debido y principio acusatorio.
- Proceso debido y derecho de defensa.
- Proceso debido y el artículo 24 C.E.
- Proceso debido e igualdad de armas.
- Proceso debido y principio de publicidad.
- Proceso debido y presunción de inocencia.
- Proceso debido y dilaciones indebidas.
- Proceso debido y proceso con todas las garantías y juez imparcial.

*El Principio del Proceso Debido. J.M. Bosch. Editor S.A. Barcelona 1995.

22) Principios del Proceso Penal, el Derecho al Debido Proceso y su Configuración en la Constitución de 1993

Se ha afirmado con propiedad que el proceso penal no es otra cosa que Derecho Constitucional aplicado y traducido en acciones procesales que aseguran el valor y sentido del hombre como ser individual y social, así como el derecho del Estado a castigar a los delincuentes.

El desarrollo del Constitucionalismo moderno nos ha permitido entender que el proceso penal tiene su fuente originaria en los principios constitucionales que reconocen las garantías y derechos fundamentales del hombre frente al Estado. Lo anterior no

significa, claro está, que tales principios se estructuraron por arte de magia: son el resultado de todo un proceso evolutivo de la sociedad que ha sido marcado por una lucha constante con la pérdida de miles de vida de seres humanos.

Como enseña Willis Guerra Filho, en los finales de los años sesenta y principios de los setenta marcan el acontecimiento de una renovación virtual de los estudios del derecho procesal, cuando se pasa a enfatizar la consideración del origen constitucional de los institutos procesales básicos. Proliferan entonces, los análisis de la conexión del proceso con la constitución, al punto de tomarse el derecho procesal por una especie de «derecho constitucional aplicado», como en cierta fecha formuló la corte constitucional alemana (Guerra 1998:180).

Ha constituido una pugna entre dos modelos procesales clásicos, cuyas características fueron señaladas anteriormente: el sistema acusatorio y el sistema inquisitivo; el primero, propio de un sistema republicano garantista que nace en Roma, y el segundo de un sistema autoritario, irrespetuoso de la dignidad humana, en el sentido lato de la palabra.

En ese sentido, el diseño del proceso penal que regula la Constitución está fundamentando en un sistema de garantías para los hombres, y no garantía para delincuentes, como lo hacen creer quienes recurren al falso discurso de la ineficacia procesal del garantismo.

Es sabido que en el proceso penal moderno, fruto del Estado de Derecho, la Constitución adquiere una gran relevancia, no sólo porque ocupa la posición de primer nivel en el ordenamiento jurídico conforme lo establece el segundo párrafo del artículo 138° de la Constitución, sino porque materialmente en el proceso penal, los derechos en conflicto son fundamentales, de relevancia constitucional, al estar integrados de un lado por el derecho de penar que ejercita el Ministerio Público, conforme a las atribuciones reconocidas en el artículo 159°, incisos 4° y 5° de la misma norma suprema. Y de otro por el derecho a la libertad del imputado que hace valer la defensa al amparo de los artículos 2° y 24° y 139° inciso 14° del mismo cuerpo de normas.

En este orden de ideas, el artículo 139° de la Constitución ha reconocido un conjunto de derechos y principios procesales que es del caso desarrollar en este capítulo, sobre la base de la necesidad del proceso penal o principio de jurisdiccionalidad, a tenor del artículo 139° inciso 10° de la norma fundamental.

No cabe duda que, abordar el estudio de este derecho fundamental presenta muchas dificultades, fundamentalmente en su dimensión procesal, debido a su carácter complejo (no olvidemos que se trata de un derecho compuesto que abarca a su vez otros derechos). En ese sentido, deviene una exigencia muy sutil y cuidadosa en el momento de determinar el contenido, alcance y sus límites.

La Constitución Política de 1979 no tenía una referencia expresa a este derecho fundamental, pero si encontramos muchos de sus elementos que estaban bajo la denominación de “Garantías de la Administración de Justicia” y otros diseminados a lo largo del artículo 233° de dicho texto constitucional. En consecuencia, este derecho fundamental era considerado como una garantía innominada de la administración de justicia.

Esta concepción apuntaba a una perspectiva bastante restringida del debido proceso, únicamente invocable en sede judicial, y en el mejor de los casos, se hacía extensivo solamente a los procedimientos administrativos de carácter sancionador.

La Constitución de 1993, desafortunadamente, no repara este equívoco tratamiento o concepción del derecho al debido proceso penal, pese al mérito de reconocerlo como una garantía nominada, y es que el inciso 3° del artículo 139° de la Constitución actual, al encontrarse dentro de los llamados “principios y derechos de la función jurisdiccional”, crea una grave indefinición.

Consideramos básicamente adecuados los principios que se reproducen en dicha norma constitucional, pero se debe dejar de lado equívocas denominaciones como aquella de “derechos de la función jurisdiccional”, ya que difícilmente se puede aceptar que una función del Estado (en este caso, la función jurisdiccional) sea sujeto de derechos.

Convendría entonces, sugerir una propuesta de modificación, en el sentido de que se debe trasladar el tratamiento o regulación del derecho a un debido proceso al capítulo referente a los derechos fundamentales, ya que esa es la ubicación más adecuada por toda la línea argumentativa desarrollada a lo largo de la presente tesis, sobre su naturaleza.

Asimismo, se debe reconocer como derecho fundamental al debido proceso sustantivo, es decir, la vigencia de criterios como lo de razonabilidad y proporcionalidad, que deben guiar la actuación de los poderes públicos.

De igual forma, todo lo desarrollado hasta este momento sobre su definición o elementos mínimos, a lo largo del ya mencionado artículo 139° de la Constitución de 1993, se regulan también una serie de elementos o derechos tradicionalmente considerados como propios del debido proceso y también del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Es decir, el desarrollo de esta norma, técnicamente no es el correcto, atendiendo a la evolución que ha mostrado en el derecho comparado, fundamentalmente en su elaboración jurisprudencial y doctrinaria, lo cual definitivamente crea problemas de comprensión vinculados tanto al ámbito de aplicabilidad del debido proceso, así como la relación entre este derecho fundamental y el derecho también fundamental a la tutela judicial efectiva.

En segundo lugar, debido a la deficiente formulación o plasmación del derecho al debido proceso, regulado en el inciso 3° del artículo 139° de la Constitución Política de 1993, parecería nuevamente apostar – como se hizo en la Constitución de 1979 - por una comprensión más bien restrictiva del debido proceso, lo que excluiría de su posible invocación en sedes diferentes a la judicial, como serían los casos de los procedimientos administrativos o en el ámbito de las relaciones particulares.

Esa errónea concepción fue superada, afortunadamente a través de una sentencia expedida por el Tribunal Constitucional de fecha 12 de diciembre de 1996, recaída en el expediente N° 067-93-AA/TC-Lima⁸², en la que señaló que: “(...) el respeto de las

⁸² Sentencia publicada en Normas Legales, Legislación, Jurisprudencia y Doctrina. Tomo 250, marzo de 1997. Trujillo. Editora Normas Legales. Pág A-17. Citada por Reynaldo Bustamante en Revista ius et veritas año X N° 21.

garantías del debido proceso (...) también son de aplicación en cualquier clase de proceso o procedimiento disciplinario privado (...).

A partir de esta concepción jurisprudencial, creemos que los intérpretes de la Constitución consideraron los elementos previstos en la cláusula de derechos implícitos establecidos en el artículo 3º de la Constitución de 1993, que la letra dice:

“La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se funda en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”.

Esta garantía jurisdiccional tiene un doble componente, pues, por un lado atiende, a que la pena se impone sólo por los tribunales y, por otro, a que la pena se impone por los tribunales, exclusivamente por medio del proceso penal.

Del conjunto de esos derechos y principios procesales, como es obvio, se derivan un conjunto de consecuencias en orden tanto a los derechos y garantías de los justiciables, cuanto a los límites de los poderes públicos. Es de recordar que en tanto el proceso es una estructura constituida por una serie ordenada de actos que se realizan en el tiempo, el quehacer de los sujetos procesales se halla gobernado por principios, que son categorías lógico-jurídicas, muchas de las cuales han sido positivizadas en la Constitución o en la Ley, cuya finalidad es señalar el marco dentro del cual debe desenvolverse la actividad procesal.

En ese contexto, como señala el profesor César San Martín, la Constitución ha incorporado un conjunto de garantías genéricas y una extensa relación de garantías específicas. Se trata, en ambos casos, de una vasta relación de cláusulas de relevancia constitucional que definen los aspectos orgánicos de la jurisdicción penal, la formación del objeto procesal y régimen de actuación de las partes (proceso), así como de la actuación formal de la pretensión punitiva y de su resistencia hasta la sentencia definitiva (procedimiento). Estas garantías, en cuanto tales, se proyectan en bloque en todo el ámbito procesal penal; son expansivas y polivalentes, pues una misma garantía tanto se la encuentra en una fase del proceso como en otra (San Martín 1999:50).

Sostiene Luigi Ferrajoli (1995:539), que mientras las garantías penales o sustanciales subordinan la pena a los presupuestos sustanciales del delito (lesión, acción típica y culpabilidad), las garantías procesales o instrumentales permiten la efectividad de esas garantías en tanto se afirme la presunción de inocencia, la separación entre acusación y juez, la carga de la prueba y el derecho del acusado a la defensa. De igual manera, señala el mismo autor la principal garantía procesal, presupuesto de todas las demás, es la de jurisdiccionalidad (nulla culpa sine iudicio), que tiene su origen en el artículo 39º de la Carta Magna inglesa de 1215 y que incluía garantías contra la detención, la reserva de jurisdicción (juicio legal de un sujeto imparcial e independiente) y la presunción de inocencia; en tal virtud esta garantía de jurisdiccionalidad, en sentido estricto, exige la acusación, la prueba y la defensa.

23) Las Garantías Genéricas

Son garantías genéricas aquellas normas generales que guían el desenvolvimiento de la actividad procesal. En ocasiones sirven para reforzar el contenido de las garantías específicas. Su valor se acrecienta, expresa Montero Aroca, cuando pueden ampararse en ellas garantías con que, por la circunstancia que fuere, no quedaron incluidas de expreso en la Constitución.

Son las siguientes:

- El debido proceso (art. 139° inciso 3° Const.).
- El derecho a la tutela jurisdiccional (art. 139 inciso 3° Const.).
- El derecho a la presunción de inocencia (art. 21° 24° literal e) Const).
- El derecho de defensa (art. 139° inciso 14° Const.).

24) Las Garantías Específicas

Se refieren a aspectos puntuales y concretos del procedimiento y a la estructura y actuación de los órganos penales. Son, entre otras, las siguientes:

- Derecho de igualdad procesal (art. 29° inciso 2° Const.).
- Intervención necesaria del fuero común para el conocimiento de los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social (art. 2° inciso 4° Const.).
- Derecho al secreto bancario y la reserva tributario, salvo su levantamiento ordenado por el juez, el Fiscal de la Nación o una comisión, investigadora del Congreso (art. 22° inciso 5° Const.).
- Derecho a la inviolabilidad del domicilio, salvo ingreso y registro por mandato judicial o en flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración (art. 2° inciso 9° Const).
- Derecho al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados, salvo incautación, interceptación o intervención por mandamiento motivado del juez (art. 22° inciso 10 o Const.).
- Derecho a la libertad de tránsito, salvo mandato judicial (art. 2° inciso 11° Const.).
- Derecho al secreto profesional (art. 2° inciso 18° Const.).
- Derecho a la libertad individual (art. 22° inciso 24° literal f) Const).
- Derecho a no ser incomunicado, salvo con fines penales. La autoridad debe indicar el lugar de detención de la persona detenida (art. 2° inciso 24° literal g) Const.).
- Derecho a no ser víctima de violencia, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes. Carencia de valor de las declaraciones obtenidas por la violencia (art. 2° inciso 24° literal h) Const.).
- Formulación de cargos ante el Poder judicial por el Fiscal de la Nación en los casos de enriquecimiento ilícito de funcionarios y servidores públicos (art. 419° Const).
- Privilegio de los Congresistas de no ser procesados ni presos sin previa autorización

del Congreso o de la Comisión Permanente, desde que son elegidos hasta un mes después de haber cesado en sus funciones, excepto en delito flagrante (art. 93° Const.).

- Privilegio del antejuicio. Corresponde a la Comisión Permanente acusar ante el Congreso a determinados Altos Dignatarios por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en éstas (art. 99° Const.).
- Derecho de defensa, en el procedimiento parlamentario de antejuicio, ante la Comisión Permanente y ante el Pleno del Congreso. Si se expide resolución acusatoria, la denuncia es formulada por el Fiscal de la Nación ante la Corte Suprema. La denuncia y la resolución judicial admisorio de la misma no pueden exceder ni reducir los términos de la acusación del Congreso (art. 100° Const.).
- Unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. Se permite la jurisdicción militar y la arbitral (art. 139° inciso 1° Const.).
- Independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional (art. 139° Inciso 2° Const.).
- Garantía del juez Natural (art. 139° inciso 3° Const)
- Garantía de la publicidad de los procesos (art. 139° inciso 4° Const).
- Garantía de la motivación escrita de las resoluciones judiciales (art. 139° inciso 5° Const.).
- Principio de la pluralidad de la instancia (art. 139° inciso 1° Const).
- Independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional (art. 139° Inciso 2° Const.).
- Garantía del juez Natural (art. 139° inciso 3° Const)
- Garantía de la publicidad de los procesos (art. 139° inciso 4° Const).
- Garantía de la motivación escrita de las resoluciones judiciales (art. 139° inciso 5° Const.).
- Principio de la pluralidad de la instancia (art. 139° inciso 6° Const).
- Principio de la inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos (art. 139° inciso 9° Const)
- Principio de no ser condenado en ausencia (art. 139° inciso 11° Const).
- Prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada (cosa juzgada) (art. 139° inciso 13° Const).
- Derecho de ser informado, inmediatamente y por escrito, de las causas o razones de su detención (art. 139° inciso 15° Const.).
- Principio de la gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos; y, para todos, en los casos que la ley señala (art. 139° inciso 16° Const.).
- Derecho a la participación popular en el nombramiento y en la revocación de magistrados, conforme a ley (art. 139° inciso 17° Const.).
- Jurisdicción de la Corte Suprema limitada a fallar en casación, o en última instancia,

cuando la acción se inicia en una Corte Superior o ante la propia Corte Suprema.

Asimismo, en casación de las resoluciones del fuero militar en caso de imposición de pena de muerte (art. 141° Const.)

- Derecho de las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, de ejercer funciones jurisdiccionales de conformidad con el derecho consuetudinario (art. 149° Const.).
- Función del Ministerio Público de conducción desde su inicio de la investigación del delito, de dirección jurídico funcional de la Policía judicial y de promoción de la acción penal, de oficio o a petición de parte (art. 159° incisos 4° y 5° Const.).
- Privilegio de inmunidad jurisdiccional del Defensor del Pueblo, a semejanza de los congresistas (art. 161° Const.).
- Competencia del Fuero Militar para conocer de los delitos de función cometidos por los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, a quienes le es aplicable el Código de Justicia Militar. También, si el legislador ordinario lo decide, para conocer de los delitos de traición a la patria y de terrorismo cometidos por civiles (art. 173° Const.).
- Privilegio del Miembro del Tribunal Constitucional a la inmunidad jurisdiccional al igual que los congresistas (art. 201° Const.).

Las garantías que se han enumerado, como apunta Ferrajoli (1995:541), no sólo son garantías de libertad, también lo son de verdad: de una verdad más reducida, pero más controlada, reduciendo la intuición judicial. Una son garantías orgánicas: a) relativas a la formación del juez; b) a la colocación institucional de la judicatura respecto a los demás poderes del Estado; y la relación con los otros sujetos del proceso: independencia, imparcialidad, responsabilidad, separación entre juez y fiscal, autonomía del Ministerio Público y Juez Natural. Otras garantías son propiamente garantías procesales e inciden en la formación del juicio, es decir, a la recolección de las pruebas al desarrollo de la defensa, contradicción, formas de interrogatorios, publicidad, oralidad, derechos de defensa, motivación, etc.

25) Modelo Maximalista del Derecho al Debido Proceso Penal

El modelo maximalista sobre el debido proceso penal, lo hacemos sobre la base del alcance y extensión del concepto que en la actualidad es aceptado del “sistema penal”, porque hoy en día ha caído en abandono esa consideración estática y fracturada de las normas jurídicos-penales. Esta última concepción permitió entender por separado cada uno de los derechos (derecho penal, derecho procesal penal o la criminología), situación que contribuyó a producir ese divorcio entre la dogmática y el poder penal.

En esa perspectiva, cuando la dogmática penal pretendía “conectarse” con la realidad del poder penal mediante teorías con un nivel de conceptualización adecuados, tal acercamiento ha tenido lugar, en gran medida, a partir de la aplicación del concepto de “sistema penal”, concepto sumamente importante, ya que estamos asistiendo, precisamente, a una reformulación del sistema penal como tal.

En los últimos veinte años, señala -Alberto M. Binder- se ha comenzado a

comprender con mucha claridad que, en la realidad social, esto no “funciona” así. Se observó que el derecho procesal penal esta fuertemente influido por el derecho penal, que ambos tienen consecuencias vitales respecto del sistema penitenciario y que, por lo tanto, no eran sino segmentos de un único sistema (Binder 1997:26).

Luego, agrega, esta visión llevó por ejemplo, a una mayor integración entre el derecho penal y el derecho procesal penal (y nosotros añadiríamos, el derecho de ejecución penal), así como su referencia a la política criminal, de un modo diferente. Esta integración se entiende, fundamentalmente, como una integración funcional.

En ese contexto, el concepto de “integración funcional”, significa que el derecho penal, el derecho procesal penal y el de ejecución penal, puesto que son por definición “derechos”, requieren una interpretación jurídica y un método jurídico para ser comprendidos, pero que esa interpretación y ese método deben estar necesariamente referidos a un fenómeno que es la política criminal.

Por esa razón, entonces, es la intención y convencimiento de que el modelo maximalista que se propone sobre el derecho al debido proceso penal –esta no debe basarse en establecer garantías mínimas como la denomina la Convención Americana de derechos Humanos– fundamentalmente debe consistir en una “supra garantía” que permita constituirse en una barrera lo suficientemente sólida como para soportar ese inmenso “poder penal” digamos en las tres etapas que configura el sistema penal (sede policial, el proceso penal en sí y la etapa de la ejecución de la pena).

En ese sentido, desarrollaremos los elementos esenciales del derecho al debido proceso penal en cada una de las etapas, en la siguiente forma:

A) Etapa Policial y Fiscal

a.1 El Derecho a la Libertad como contenido esencial del Derecho al Debido Proceso Penal

La Constitución peruana de 1993, proclama como “valor superior” de nuestro ordenamiento jurídico, junto con la justicia y la igualdad, el de la libertad^{83 84} entendida como la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se le presenten, de acuerdo con sus propios intereses y preferencias.

También denominada “libertad general de actuación o libertad general de autodeterminación del individuo. Esta referencia genérica a la libertad se concreta en una de sus proyecciones en la libertad física o individual, que, al recogerse como un derecho fundamental, le brinda una especial protección y garantía (Díaz-Huaroto 1998:37).

Este derecho –lo ha señalado una sentencia del Tribunal Constitucional Español (STC 15/1996)– a la “libertad y seguridad”, entraña el derecho a la “libertad física” que

⁸³ Artículo 2º inciso 24 de la Constitución de 1993. Toda persona tiene derecho a: inciso 24: A la libertad (...). En consecuencia: No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la Ley (...).

⁸⁴ Consagrada también en los artículos 3º de la Declaración Universal, artículo 9º del PIDCP, artículo 7º de la Convención Americana.

garantiza a todos los ciudadanos la ausencia de perturbaciones procedentes de medidas tales como la detención u otras similares que, adoptadas arbitraria o ilegalmente, restringen o amenacen la libertad de toda persona de organizar en cualquier momento y lugar dentro del territorio nacional, su vida individual y social con arreglo a sus propias acciones y convicciones.

El corolario fundamental del derecho a la libertad es la protección contra la detención arbitraria o ilegal. A fin de proteger el derecho a la libertad, las normas internacionales, como el artículo 9º de la Declaración Universal, afirman: “Nadie podrá ser arbitrariamente detenido [ni] preso (...)”.

Las normas internacionales no sólo disponen que el arresto y la detención no deben ser arbitrarios, sino que también deben llevarse a cabo de acuerdo con lo establecido por la Ley, tanto en el fondo como en la forma. Estos procedimientos deben ajustarse no sólo a las leyes nacionales, sino también a las normas internacionales⁸⁵.

Un arresto o detención legal puede, no obstante, ser arbitrario con arreglo a las normas nacionales o internacionales. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos de la ONU⁸⁶, ha explicado que el concepto de «arbitrariedad» al que hace referencia el artículo 9.1 del PIDCP no debe atribuirse sólo a las detenciones practicadas de modo “contrario a la Ley”, sino que debe interpretarse de manera más amplia, a fin de incluir elementos de incorrección, injusticia e imprevisibilidad.

Con respecto a las personas facultadas para privar legalmente a una persona, según el artículo 12º de la Declaración sobre las Desapariciones Forzadas, los Estados establecerán en su legislación nacional normas que permitan designar a los funcionarios que estén autorizados para ordenar privaciones de libertad. Los Estados deberán asimismo, fijar las condiciones en las cuales tales órdenes pueden ser dadas y garantizar un control estricto sobre todos los funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley responsables de aprehensiones, arrestos, detenciones, prisiones preventivas, traslados y encarcelamientos.

Finalmente, con respecto a este derecho a la libertad, es importante el principio de la presunción de libertad en espera de juicio. Se presupone que no permanecerán detenidas antes del juicio. No obstante, las normas internacionales reconocen explícitamente que, en determinadas circunstancias, las autoridades pueden poner condiciones a la libertad de una persona o mantenerla detenida antes de juicio. Los supuestos conocidos son por ejemplo, cuando se considera necesario evitar que huya o que influya sobre los testigos, o cuando el hecho de que esté en libertad suponga un peligro claro y grave para terceras personas que no hay forma de evitar con medios menos restrictivos⁸⁷.

Las opiniones del Comité de Derechos Humanos de la ONU, han sido incluso más

⁸⁵ Manual de Amnistía Internacional. Juicios Justos. Editorial EDAI. Madrid, España. 1998.

⁸⁶ Caso Abert Womah Mukong c. Camerún (458/1991 del 21 de julio de 1994).

⁸⁷ Artículo 9.3 del PIDCP y artículo 7.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

preciso en la protección de este derecho. Señala que la detención antes del juicio no sólo debe ser legal, sino también necesaria y razonable según las circunstancias del caso. Ahora, el criterio de interpretación del requisito de “necesidad”, debe ser restringido⁸⁸.

En esa perspectiva, nuestra legislación en materia procesal penal, establece seis principios que deben concurrir, según sea el supuesto, como es el caso del principio de necesidad, de legalidad (art. 2º inciso 24º, literal b) de la Constitución); de proporcionalidad, de provisionalidad (art. 137º del CPP), de prueba suficiente (art. 135º del CPP) y de judicialidad (art. 135º y VII del TP del CPP).

De esa manera, la potestad de detención, en cuanto excepcional y provisional, no constituye una potestad autónoma y primaria, sino dependiente en todo caso de una posterior asunción o avocación de esa potestad por el juez. Por ello es que, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 108º del Código de Procesal Penal de 1991, el fiscal está facultado para disponer la inmediata libertad de la persona cuando considere que no se ajusta a lo dispuesto en el artículo 2º inciso 24º, literal f) de la Constitución de 1993. O cuando ésta medida aparezca claramente desproporcionada o no este incurso en el artículo 132 del Código Procesal Penal de 1991 (San Martín 1999:353).

a.2 El Derecho del Detenido de conocer los cargos o imputaciones como contenido esencial del Debido Proceso Penal (Etapa Policial / Fiscal)

La Constitución Política de 1993, señala con respecto a este derecho lo siguiente:

“Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...)

Inciso 15º.- El principio de que toda persona debe ser informada, inmediatamente y por escrito, de las causas o razones de su detención.”

Esta garantía del debido proceso penal se refiere al conocimiento efectivo que debe tener el imputado del hecho que se le atribuye. En cuanto al alcance de la comunicación o información del hecho endilgado, no solamente debe comprender la calificación jurídica de éste, es decir, su encuadre en un tipo penal, sino y fundamentalmente, una relación histórica del hecho, con indicación de las circunstancias de tiempo, lugar y modo de comisión.

Asimismo, el cabal cumplimiento de este derecho, debe comprender las pruebas existentes contra el imputado, pues este tiene derecho a conocer los elementos de convicción para poder ejercer la defensa de sus intereses.

El profesor Faúndez Ledesma, señala al respecto: “El primer derecho que se reconoce al acusado⁸⁹, en el artículo 14º, párrafo 3º, literal a), del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, es el derecho a ser informado sin demora en un idioma que éste

⁸⁸ Caso Van Alphen v. The Netherlands. (305/1988 del 23 de julio de 1990).

⁸⁹ Los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos señalan que el objeto de esta comunicación o información es una “acusación”, no lo hacen en el sentido técnico de éste término, es decir el que, procesalmente, corresponde recién cuando el fiscal formula la requisitoria de elevación a juicio, al promediar el proceso penal. En el texto de los pactos, acusación debe entenderse como sinónimo del hecho que se atribuye al imputado.

comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada en su contra.

En el mismo sentido –señala el autor consultado- el artículo 9º, párrafo 2º, del mismo pacto, expresa que toda persona detenida será informada en el momento de su detención de las razones de la misma, y notificada sin demora⁹⁰ de la acusación formulada contra ella (...). Por su parte, el artículo 8º, párrafo 2º, letra b) de la Convención Americana de Derechos Humanos, garantiza al acusado el derecho a ser notificado en forma previa y en detalle de las acusaciones en su contra; en igual sentido, el artículo 7º, párrafo 4º, indica que cualquier persona que sea detenida será informada de las razones de su detención y será notificada prontamente de la acusación o acusaciones en su contra (Faúndez 1991:15).

En ese sentido, los tratados mencionados establecen las características de esta comunicación o información:

- Debe ser previa o sin demora. Esta característica es de orden temporal; la comunicación o información del hecho debe efectuarse antes de la realización de cualquier acto procesal en la que intervenga el imputado (por ejemplo, sería el caso de prestar la declaración policial).
- En forma detallada. Esta característica se refiere al contenido o naturaleza de esta comunicación o información; debe comprender tanto el relato histórico del hecho atribuido como las pruebas existentes contra el imputado⁹¹.

El magistrado español José Bandres, comenta al respecto, que el elenco de garantías procesales incluidas en el artículo 24.2 de la Constitución española, destinada a regir según la voluntad del Constituyente fundamentalmente en el proceso penal, destacan por configurar el estatuto básico del acusado, el derecho a ser informado de la acusación, el derecho a la presunción de inocencia y el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable; derechos que cabe asegurar, forman el estándar mínimo de derechos procesales del imputado en la lectura interesada con los textos internacionales de protección de los derechos humanos y que, acogidas en el derecho matriz por el Tribunal Constitucional a la tutela judicial y a un proceso justo, adquieren relevancia y sustantividad propia en el seno del precepto constitucional (Bandres 1992:411).

La finalidad de esta exigente afirmación de las garantías del acusado en el proceso penal consiste en asegurar el más pleno respeto al derecho de defensa del ciudadano que se encuentra sometido a acusación en un proceso penal, adornando su situación

personal en el proceso de las garantías necesarias para que en el caso de que se dicte una decisión de condena por la autoridad judicial sea formulada tras un proceso con todas las garantías, como expone el artículo 11º de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

⁹⁰ En relación a este problema, debe entenderse la concurrencia de una razonable flexibilidad, como lo anota el Tribunal Europeo cuando señala que: "un intervalo de unas pocas horas entre el momento del arresto y el del interrogatorio –que llevaría al detenido a entender los motivos de la detención- no puede considerarse fuera de los límites temporales impuestos por la noción de inmediatez del artículo 5.2 (argumento jurisprudencial citado en el manual de Juicios Justos. Pág. 42).

⁹¹ Esta característica del derecho a conocer los cargos, lo ha señalado el Comité de Derechos Humanos con relación al artículo 9.2 del PIDCP en un caso en el que la única información que se dio a un acusado en el momento de su detención fue que lo buscaban en relación con la investigación de un asesinato. Durante varias semanas no le dieron detalles sobre los motivos de su detención, las circunstancias del delito por el que estaba detenido ni la identidad de la víctima (Manual de Juicios Justos. Pág. 42).

La generosidad del constituyente español en desvelar esta dimensión garantista del proceso penal, siguiendo los pasos del Convenio Europeo de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no sólo tiene efectos didácticos, al expresar qué concretos y mínimos derechos debe gozar el imputado en el proceso penal, sino efectos operativos propios, porque cualquier infracción a estas garantías que se definen como derechos fundamentales tiene la capacidad de invalidar de motu proprio la noción de proceso justo para deducir una condena penal (Bandres 1992:412).

En una perspectiva más garantista aún, es la que señala el Manual de Juicios Justos de Amnistía Internacional cuando configura este derecho fundamental del Debido proceso. Ellos consideran que el contenido de este derecho, también incluye el derecho a ser informado de los derechos a fin de saber que existen y además de recibir una explicación de cómo ejercerlos.

Resulta también valiosa la exigencia y respeto de este elemento del debido proceso, en el sistema penal norteamericano. La norma básica aplicable a esta materia es la Enmienda Cuarta de la Constitución de los Estados Unidos que concretada en la realidad práctica, exige que los funcionarios de policía deben mostrar la orden de detención tan pronto como ello sea posible. Entretanto, la persona detenida será informada del delito que ha motivado su detención, así como del hecho de la expedición de la orden de detención (Esparza 1995: 82,83).

Finalmente, la configuración de éste derecho, como manifestación del Fair Trial/fairen verfahren, en el proceso penal alemán, está reconocido en los artículos 136.1.1⁹² y 243.4.1 de la Ley Procesal Penal del primero de febrero de 1877. Estas normas señalan que desde el primer interrogatorio, el inculcado recibirá una completa información sobre sus derechos participándole de la posibilidad de pronunciarse sobre la acusación contra el formulada, o de no declarar sobre la causa.

Asimismo, como lo señala Esparza Leibar, si bien es cierto que en un principio la omisión del deber de informar al acusado de sus derechos durante el procedimiento preliminar atribuible tanto al Ministerio Público como a la Policía, era de efectos intrascendentes para el proceso, posterior jurisprudencia sobre esta materia ha señalado que ya no será posible el aprovechamiento de las declaraciones realizadas por el imputado en el primer interrogatorio ante la policía, si previamente no ha sido instruido sobre sus derechos por los funcionarios de dicho cuerpo.

a.3 El Derecho de la Asistencia Jurídica del Detenido antes del Juicio como contenido esencial del Derecho al Debido Proceso

La detención policial, entendida como la privación provisional o preventiva de la libertad de la persona y, en consecuencia, como restricción de un derecho fundamental, necesita estar provista de una serie de garantías que la hagan constitucionalmente admisible.

⁹² Esta norma traducida por J.L. Gómez Colomer, señala: «Al comienzo del primer interrogatorio se comunicará al inculcado el hecho que se le impida y las disposiciones penales que sean de aplicación. Se le advertirá que es libre según la ley de declarar sobre la inculpación o no, de declarar sobre la causa, y siempre, antes del interrogatorio, de consultar a un defensor por él elegido (Esparza 1995:140).

La actuación punitiva del Estado constituye un factor fundamental para garantizar las libertades en el quehacer social, para lo cual se requiere que el sistema policial actúe eficazmente en la detección de sospechosos, la determinación de responsabilidades y la disposición de los criminales.

La eficacia es así entendida como variables estadísticas de altas tasas de aprehensión de sospechosos y procesamiento de delincuencia y como obtención de resultados estadísticamente relevantes empleando la menor cantidad posible de recursos (tiempo, dedicación de funcionarios, medios probatorios, condiciones materiales). Para tal efecto, generalmente se elimina todas aquellas limitaciones que pesan sobre la actuación policial, pues en ésta radica el centro de gravedad de la represión penal.

Los interrogatorios por ejemplo en sede policial permiten alcanzar mejor el propósito de “eficacia”, en vez de emplear mayores recursos interrogando en sede judicial o movilizándolo a un fiscal para que participe en esa actuación. Esta “eficacia” puede llevar a preferir procedimientos extrajudiciales e informales –en apariencia más eficaces- o a apegarse a patrones de desenvolvimiento funcional estereotípicos (“todos los delincuentes son iguales y niegan su responsabilidad, y todos los procesos son semejantes”). (Schiappa-Pietra 1996: 18).

En este contexto, el derecho de la asistencia jurídica del detenido antes de juicio, como elemento del derecho al debido proceso penal, está regulada en el artículo 139º, inciso 14º de la Constitución de 1993, que señala:

“Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorado por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad.” (el subrayado es nuestro).

El derecho de asistencia jurídica del detenido antes de juicio, es una garantía distinta de la regulada en el primer párrafo del artículo que comentamos. Esta parte de la norma hace referencia, en el marco del derecho al debido proceso penal, a una garantía dentro del proceso. Es decir, la constitución reconoce al detenido el derecho a la asistencia jurídica del detenido antes de juicio, como una de las garantías del derecho a la libertad, protegido por el inciso 24º del artículo 2º de la Constitución de 1993.

En ambos casos, sea antes de juicio o en el proceso mismo, el derecho a la asistencia jurídica, comprende algunos elementos básicos que debe señalarse.

En primer lugar, implica el derecho del detenido a conocer las causas y las razones que motivan su detención; el derecho a comunicarse confidencialmente⁹³ con un abogado defensor (sea de su elección, de la defensa de oficio⁹⁴ o de una defensa material, también denominada “autodefensa”); el derecho a tener el tiempo y medios

⁹³ Para garantizar la confidencialidad, sin descuidar la seguridad, las normas internacionales especifican que las entrevistas podrán celebrarse a la vista de un funcionario encargado de hacer cumplir la Ley, pero a una distancia que no le permita oír la conversación. Véase Manual de Juicios Justos. Pág. 49.

adecuados para la preparación de la defensa y el derecho de acceder en forma irrestricta a las pruebas de cargo y la posibilidad de combatirlas.

Curiosamente, los instrumentos internacionales no reconocen este derecho. El manual de Juicios Justos señala al respecto:

“El derecho de una persona a ser asistida por un abogado en las actuaciones previas al juicio no está establecido expresamente en el Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana, la Carta Africana ni el Convenio Europeo. Sin embargo, el Comité de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana y el Tribunal Europeo han reconocido que el derecho a un juicio justo requiere el acceso a un abogado durante la detención, el interrogatorio y las investigaciones preliminares”.

De esta manera, funcionalmente, el derecho a la asistencia jurídica del detenido, tiende a asegurar (con la presencia personal y activa del letrado) que los derechos fundamentales del detenido sean respetados, que no sufra coacción o trato incompatible con su dignidad y libertad de declaración y que tendrá el debido asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios, incluida la de guardar silencio⁹⁵, así como sobre su derecho a comprobar, una vez realizados y concluidos, la fidelidad de lo transcrito en las declaraciones que se le presenta a la firma.

En consecuencia, el Estado de Derecho y el moderno concepto de investigación policial conciben como pilar fundamental de su estructura jurídica el derecho de asistencia jurídica del detenido antes de juicio y en el proceso, el cual se entiende como el rechazo a cualquier posibilidad de “indefensión” del ciudadano a quién se le imputa un hecho delictivo.

En síntesis, la etapa policial no puede desplegar una estrategia tiránica y extrema, avasallando al delincuente y sus derechos. Es decir, la policía no puede volver a repetir el delito; muy por el contrario, el esquema de investigación debe guardar el equilibrio del respeto de los derechos fundamentales y el desarrollo de pesquisas apelando a medios razonables y lícitos.

Para concluir, nos parece acertado la doble proyección constitucional del derecho a la asistencia letrada que reconoce expresamente tal garantía tanto al “detenido” como al “acusado”, haciéndolo en distintos preceptos constitucionales garantizando derechos fundamentales de naturaleza claramente diferenciados.

a.4 El Derecho del Detenido a Comunicarse con el Mundo Exterior como contenido esencial del Debido Proceso Penal

Las personas bajo custodia tiene derecho a acceder sin demora a sus familiares, abogados, médicos, jueces u autoridades judiciales, y, si se trata de extranjeros, al

⁹⁴ Toda persona detenida tiene derecho a que se le designe un abogado con la experiencia y competencia que requiera el tipo de delito de que se trate a fin de que se le preste una asistencia jurídica eficaz.

⁹⁵ El silencio del imputado y el valor probatorio que se desprende de él debe ajustarse a una interpretación propia del Estado de Derecho, esto es, el no generar presunciones y menos indicios contra el imputado. Por esta razón, el artículo 127° del Código de Procedimiento Penales no se conecta con los principios y fines del proceso penal moderno, en cuanto considera el silencio del inculcado como “indicio de culpabilidad”. Esta es una norma inconstitucional.

personal consular o a una organización competente. En la actualidad, la experiencia demuestra que el acceso al mundo exterior es una salvaguardia fundamental contra violaciones de los derechos humanos como la desaparición, la tortura o los malos tratos, y resulta esencial para conseguir un juicio justo.

Si bien la configuración de este derecho abarca el derecho a acceder a los familiares, a un médico, a un abogado o a cualquier otra autoridad, en esta parte sólo nos referiremos al caso del acceso a los familiares y al médico.

En ese sentido, este derecho esencial del derecho al debido proceso delimitado como se señaló, comprende a su vez, el derecho a comunicarse y a recibir visitas, el derecho a informar a los familiares del arresto o la detención y del lugar de detención, el derecho de acceder a los familiares, el derecho de los extranjeros y el derecho a acceder a un médico.

En el primer caso, las personas detenidas pierden durante un tiempo el derecho a la libertad y sufren restricciones de otros derechos, como el derecho a la intimidad, a la libertad de circulación y a la libertad de reunión. Aunque se presume la inocencia de los detenidos hasta que sean juzgados y declarados culpables, las personas detenidas son intrínsecamente vulnerables, ya que están bajo el control del Estado. El derecho internacional reconoce este hecho y hace especialmente responsable al Estado de proteger a las personas que son detenidas. En consecuencia, los detenidos no deben ser sometidos a ninguna penalidad ni restricción salvo las que se deriven de la privación de su libertad.

En la actualidad, la práctica policial peruana impone ilegalmente el régimen de incomunicación (sin acceso al mundo exterior) durante la investigación preliminar por propia iniciativa, sin autorización judicial contraviniendo el mandato expreso de la Constitución de 1993 contenido en el literal g) del inciso 24º del artículo 2º.

El Manual de Juicios Justos⁹⁶, señala al respecto:

"La detención en régimen de incomunicación facilita la tortura los malos tratos y las desapariciones. La detención prolongada en régimen de incomunicación puede ser en sí misma una forma de trato cruel, inhumano o degradante".

En ese sentido, el Relator Especial sobre la cuestión de la Tortura de las Naciones Unidas, ha pedido que se prohíba totalmente la detención en régimen de incomunicación, afirmando:

"Cuando más a menudo se practica la tortura es durante la detención en régimen de incomunicación (...)"⁹⁷

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la práctica de la detención en régimen de incomunicación no se aviene con el respeto de los derechos humanos, ya que crea una situación que conduce a otras prácticas, como la tortura, y castiga a la familia del detenido, con lo que extiende la sanción de forma inadmisibles.

⁹⁶ Op. Cit. Pág. 50.

⁹⁷ Documento de la ONU. E/CN. 4/1995/34. Párr 926.

En esta dirección, si bien la legislación procesal peruana no la prohíbe como hubiera sido lo adecuado, los artículos 140° y 142° del Código Procesal Penal regulan jurisdiccionalmente esta medida coercitiva de naturaleza procesal. Las exigencias judiciales establecen que esta medida sólo procede contra el imputado con mandato de detención y cuando es indispensable para el esclarecimiento de un delito grave; no impide las conferencias entre el detenido y su abogado; el incomunicado podrá leer libros, diarios, revistas y tener acceso a medios de comunicación social y finalmente, la incomunicación cesa en el periodo establecido en la resolución.

En el segundo caso, es decir, el derecho a informar a los familiares del arresto o la detención y del lugar de detención implica una obligación de la autoridad policial, que debe cumplirla mediante una notificación en la mayor brevedad posible o al menos sin demora. Asimismo, si el detenido es extranjero también tendrá derecho a que se comuniquen tales circunstancias a la Oficina Consular de su país.

Esta garantía adquiere especial relevancia con el objeto de solicitar, en su caso, la aplicación de la ley 23506 que regula la garantía del “Habeas Corpus”.

En tercer lugar, siempre en la etapa policial, las personas que se encuentran detenidas, deben recibir todas las facilidades razonables para comunicarse con sus familiares y amigos. Estos derechos, como señala el Manual de Juicios Justos, están sujetos sólo a las restricciones y vigilancia «necesarias en interés de la administración de justicia, de la seguridad del buen orden del establecimiento».

La Comisión Interamericana de Derechos Humana considera que el derecho a recibir visitas de los familiares es “un requisito fundamental” para garantizar el respeto de los derechos de los detenidos y el derecho a la protección de la familia y que las condiciones y procedimientos para las visitas no deben vulnerar otros derechos protegidos por la Convención Americana sin el debido procedimiento legal, como los derechos del respeto a la integridad personal, la intimidad y la familia⁹⁸. Asimismo, señala esta recomendación que el derecho a recibir visitas es de aplicación para todos los delitos, independientemente del carácter del delito que se les imputa.

Con relación a la parte adjetiva de este derecho, en la actualidad considera que las normas que sólo permiten visitas breves e infrecuentes y el traslado de los detenidos a establecimientos distantes son sanciones arbitrarias⁹⁹.

Finalmente, las personas que se encuentran bajo la custodia de funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley tiene derecho a ser examinadas por un galeno y, en caso necesario, a recibir tratamiento médico. El derecho a ser reconocido por un médico forense, tan pronto como sea posible, constituye una garantía que viene a evitar los posibles malos tratos o torturas a los detenidos, puesto que el dictamen pericial realizado por el facultativo, servirá para, en su caso, apreciar comparativamente el estado del detenido en el momento de su detención y en el de su puesta en libertad o a disposición de la autoridad judicial.

⁹⁸ Informe núm. 38/96. Caso 10.506 (Argentina). 15 de octubre de 1996.

⁹⁹ Informe núm. 1983-1984 OEA. Doc. 10 Uruguay; Séptimo informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Buba.1983.

El fundamento de este derecho está en la salvaguardia contra la tortura y los malos tratos, entre otras cosas, así como el deber de las autoridades de garantizar el respeto a la dignidad inherente a la persona.

El artículo 6° del Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer cumplir la Ley, contiene específicamente esta garantía:

“Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley asegurarán la plena protección de la salud de las personas bajo su custodia y, en particular, tomarán medidas inmediatas para proporcionar atención médica cuando se precise”.

a.5 El Derecho a comparecer sin demora ante el Juez u otra Autoridad Judicial como contenido esencial del Debido Proceso Penal

Toda persona privada de libertad a través de una detención policial tiene derecho a comparecer sin demora ante un juez u otra autoridad judicial para que sus derechos queden protegidos.

El fundamento de este derecho lo constituye la salvaguardia del derecho a la libertad y a no ser sometida a detención arbitraria, y para evitar violaciones de derechos fundamentales, toda forma de detención policial o preliminar debe ser ordenada por un juez u otra autoridad o estar sujeta a su control real. En segundo lugar, consideramos que el fundamento de este derecho radica en crear la posibilidad u oportunidad de que el detenido pueda efectivamente impugnar la legalidad de su detención y garantizar la puesta en libertad si la detención ha violado sus derechos. Estos fundamentos destacan un moderno programa penal constitucional, en el cual la libertad personal es uno de los bienes jurídicos de mayor jerarquía axiológica.

Por consiguiente, la garantía de la libertad se erige como uno de los pilares fundamentales del Estado de Derecho¹⁰⁰. En esa perspectiva. El inciso 24° del artículo 2° de la Constitución de 1993 consagra a la libertad y seguridades personales como un derecho fundamental, que sólo se puede restringir por expresa disposición jurídica con rango de Ley.

Este derecho –como queda dicho- está relacionado con las medidas cautelares personales que tienen por objeto garantizar la efectividad de la sentencia condenatoria, del ius puniendi, impidiendo que el imputado evada la acción de la justicia (San Martín 1995:802).

En ese sentido, el literal f) del inciso 24° del artículo 2° de la Constitución de 1993, reconoce dos clases de medidas cautelares de privación de libertad: la detención preliminar, realizada por las autoridades policiales y la detención judicial.

En el primer caso, vale decir, en la detención preliminar o detención policial –como lo sostiene Carlos Salido Valle- tiene por finalidad, fundamentalmente, la presentación del

¹⁰⁰ La expresión Estado de Derecho, en su sentido más significativo, propio del uso italiano y francés, es un modelo de organización política caracterizado, esquemáticamente, por un conjunto de principios, de los cuáles uno de ellos conviene recordar es el principio de legalidad de toda actividad del Estado, es decir, de su subordinación a leyes generales y abstractas emanadas de órganos político-representativo y vinculadas, a su vez, al respeto de ciertas garantías fundamentales de libertad y de inmunidad personales así como de ciertos derechos de los ciudadanos procesalmente justiciables (Ferrajoli 2000:64).

imputado para interrogarlo acerca de hecho punible por el cual se lo persigue. Por esto la norma constitucional se ha encargado de fijar un límite estricto a su duración. El artículo 2 inciso 24 literal f) de la norma suprema señala para el caso de delitos ordinarios la detención es hasta 24 horas o el término de la distancia y, en los casos de delitos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas, la detención es hasta 15 días.

Estos límites constitucionales señalados para el supuesto de la detención policial son reconocidos también por la normativa internacional, como es el caso concreto del artículo 9.3 del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos (ONU) ¹⁰¹ y que conjuntamente con el criterio de proporcionalidad permiten sostener –como lo señala el profesor San Martín Castro- que el plazo de la detención está circunscrito al “tiempo estrictamente necesario” para realizar las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, luego de lo cual, al vencimiento del plazo, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición del juez con el Atestado Policial respectivo y con la decisión fiscal de promoción de la acción penal (San Martín 1995:810).

a.6 El Derecho a impugnar la Legalidad de la Detención como contenido esencial del Debido Proceso Penal

Toda persona que ha sido víctima de una detención policial tiene derecho a recurrir ante la autoridad judicial u otra autoridad que tenga facultades judiciales para impugnar la legalidad de su detención.

El fundamento de este derecho del debido proceso penal salvaguarda el derecho a la libertad y ofrece protección contra la detención arbitraria y otras violaciones a los derechos fundamentales. Este derecho es además, un medio que permite establecer el paradero o el estado de salud de los detenidos y determinar la identidad del responsable o los responsables de ordenar y hacer efectiva la detención (Manual de Juicios Justos 1998:56).

El artículo 9.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU), señala:

“Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordenes libertad si la prisión fuera ilegal.”

En el análisis de este derecho, constituye un elemento importante los procedimientos que permitan impugnar la legalidad de la detención y determinar la libertad si la detención es ilegal. La normatividad internacional recomienda que estos procedimientos deben ser sencillos y rápidos y no entrañar costo alguno para el detenido si éste no dispone de ellos.

En esa perspectiva, de conformidad con el artículo 108° del Código Procesal Penal de 1991 establece que el Fiscal al tener conocimiento de la detención, luego de analizar los motivos y circunstancias de la misma, está facultado para disponer la inmediata libertad del detenido cuando no exista flagrancia delictiva (supuesto básico del tipo constitucional), o cuando la medida aparezca claramente desproporcionada (la infracción

¹⁰¹ Esta norma señala: Toda persona detenida o presa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales (...)

es leve o levísima) o no resulta indispensable para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del procedimiento y la aplicación de la Ley.

En la misma etapa policial, el artículo 109° del Código Procesal Penal de 1991 diseña las facultades extraordinarias del juez penal:

“El juez, de oficio o a pedido del imputado, puede constituirse en el lugar de detención y averiguar los motivos de la privación de la libertad, el avance de las investigaciones y el estado del detenido. También puede disponer el inmediato reconocimiento legal del detenido. Si advierte alguna ilegalidad (detención arbitraria, limitación del derecho de defensa o irregularidades en el proceso de investigación –retraso injustificado, abuso o desviación de poder, falta de control, fiscal, entre otros-) dispondrá que los detenidos pasen a disposición del Fiscal, es decir, resuelve la conclusión de la investigación en sede policial y pone al detenido a disposición de la Fiscalía competente para que se pronuncie definitivamente o decida ella misma culminar la investigación preliminar (San Martín 1995:814).

Finalmente, el control de la detención policial se puede dar en sede de la justicia constitucional, mediante el ejercicio de la garantía del Hábeas Corpus.

a.7 Los Derechos durante el Interrogatorio como contenido esencial del Debido Proceso Penal

La violación de los derechos de las personas detenidas durante los interrogatorios en sede policial, quizás constituya una de las garantías más vulneradas por el sistema de control penal en el país y, esto como se dijo, debido a la utilización de prácticas informales y al desconocimiento cabal de los elementos del derecho al debido proceso penal por parte de los investigadores policiales y de los propios fiscales del Ministerio Público.

Estas prácticas en principio no son propias de la modernidad. Consideramos que fue una característica del proceso penal durante los regímenes feudales. El magistrado Arturo Hoyos -quién cita a su vez a Edward Peters, profesor de la Universidad de Pensilvania (EEUU), que escribió una obra sobre la tortura¹⁰² - señalaba que las dos expresiones extremas del proceso penal son: la tortura judicial que fue la característica más importante de los procesos penales en los regímenes feudales (en donde la confesión era considerada “la reina de las pruebas”) y el debido proceso, como la expresión más viva de los documentos y prácticas del constitucionalismo moderno.

Si bien la tortura hoy es inadmisibles, en muchos países incluyendo el nuestro, ésta práctica que generalmente se da durante los interrogatorios en sede policial, permite alcanzar mejor el propósito de “eficacia” en vez de emplear mayores recursos interrogando en sede judicial o movilizándolo a un fiscal para que participe en esa actuación. Esta “eficacia” puede llevar a preferir procedimientos extrajudiciales e informales –en apariencia más eficaces- o a apegarse a patrones de desenvolvimiento funcional estereotípicos (“todos los delincuentes son iguales y niegan su responsabilidad, y todos los procesos son semejantes”). (Schiappa-Pietra 1996: 18).

¹⁰² Edward Peters. Torture, New York-Oxford, Basil Blackwell, 1986. 202 Págs. Citado por Arturo Hoyos. El debido Proceso.

Para el análisis de este derecho, es importante primero partir de un hecho concreto: toda persona que es detenida y conducido a una sede policial existen varios derechos que deben ser salvaguardados en tanto dure la investigación. La presunción de inocencia, la prohibición de torturas y tratos crueles, inhumanos o degradantes, la prohibición de obligar al interrogado a declararse culpable o a testificar en su contra, el derecho a guardar silencio y el derecho de acceder a un abogado constituyen las garantías básicas para que la detención pueda ser calificada de legítima.

Ahora, de todo este abanico de derechos que deben ser garantizados, definitivamente, el derecho de contar con un abogado es deseable en tanto que constituye una salvaguardia importante para garantizar los demás derechos. Contrario sentido, la ausencia de un abogado da lugar a un posible riesgo de abuso. En ese sentido lo ha señalado una sentencia del Tribunal Constitucional Español (STC 197/1995 del 21 de diciembre de 1995) en cuyo sexto considerando argumenta que:

“(…) los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, son garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa, al que prestan cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación, quién, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable”.

La protección de este derecho en la jurisprudencia norteamericana, es una de las más concretas manifestaciones del debido proceso legal en el proceso penal. El modelo que desarrollaremos en esta parte es el configurado tanto por las Leyes federales como por la propia constitución norteamericana.

Las garantías que contienen los interrogatorios, confesiones, la regulación del silencio y el privilegio frente a la autoincriminación están previstos en la Quinta Enmienda de la Constitución Norteamericana. Esta previsión constitucional establece que el acusado tiene derecho a no declarar en su contra a lo largo del procedimiento y ello excluye lógicamente el uso en el proceso de declaraciones obtenidas por medio de métodos impermisibles (Esparza 1995:89).

El Tribunal Supremo de los EEUU declaró que el uso de una confesión obtenida por medios no adecuados podría violar el privilegio de la Quinta Enmienda contra la autoinculpación. Asimismo, señaló que el uso por parte de cualquiera de los estados que integran la unión de una confesión obtenida por medio de cualquier tipo de coacción supone una negación del Due Process of Law contenido en la Enmienda Decimocuarta, siendo por tanto inadmisibile.¹⁰³

Desde entonces –señala el autor citado– el Tribunal Supremo ha empleado cuatro criterios basados en la Constitución Norteamericana para regular la admisibilidad de la confesión:

¹⁰³ Brown v. Mississippi, 297 U.S. 278, 1936 (sentencia citada por Iñaki Esparza Leibar).

- Cualquier confesión lograda por medio de coacción será rechazada por los términos de la Quinta Enmienda, de tal modo que su uso viola el privilegio de la no autoinculpación, suponiendo una directa violación del Debido Proceso Legal.
- Las declaraciones realizadas por una persona detenida contraviniendo el contenido de la cuarta enmienda, serán consideradas como fruto de dicha violación y por tanto deberán ser suprimidas como prueba.
- La Miranda Rule: El Tribunal Supremo declara que la protección de la Quinta Enmienda contra la autoinculpación requiere que la persona bajo custodia policial sea informada del derecho a permanecer en silencio y del derecho de contar con la presencia de un abogado durante el interrogatorio, así como del derecho a la designación de oficio de un abogado en el caso de que el detenido no pueda procurárselo.
- La efectividad de la “Miranda Rule” requiere los siguientes elementos: i) El inculpado tiene derecho a guardar silencio. ii) Cualquier cosa que se declare podrá ser utilizada como prueba adversa. iii) El inculpado tiene derecho a la presencia de un abogado durante el interrogatorio. iv) Si el inculpado no puede procurarse un abogado, le será designado uno de oficio antes de que tenga lugar el interrogatorio.
- En el caso de un interrogatorio a una persona acusada que se lleve a cabo sin la presencia de un abogado infringe el derecho de la Sexta Enmienda y por tanto incluso las admisiones voluntarias deben ser excluidas. El derecho constitucional a la asistencia letrada puede ser renunciado en aquél contexto, pero el acusado debe ser especialmente advertido más allá de lo establecido en la “Miranda Rule” antes de aceptar su renuncia como válida.

Finalmente, dos aspectos que también son de capital importancia en la garantía de los derechos de las personas durante el interrogatorio. Cualquier persona que no entienda o no hable el idioma de las autoridades tiene derecho a contar con la asistencia, gratuita si fuese necesario, de un intérprete en las actuaciones policiales posteriores a su arresto.

En consideración de Amnistía Internacional, todos los interrogatorios a que se someta a una persona detenida, deben consignarse en registros, en los cuáles figurará la duración de cada interrogatorio, los intervalos entre los interrogatorios y la identidad de los funcionarios que los practicaron y de otras personas presentes. La persona detenida, o su abogado, tendrá acceso a estos registros.

El Comité de Derechos Humanos (ONU) también ha establecido que deben registrarse la hora y el lugar de todos los interrogatorios, y que esta información debe estar disponible para los procedimientos judiciales o administrativos.

Más garantista aún resultaba la Regla 43 del Tribunal de la Ex Yugoslavia y del Tribunal de Ruanda (Regla 43), que exigen que los interrogatorios se registren en video o en audio.

a.8 El Derecho a permanecer en Condiciones de Detención Humanas y a no ser Torturado como contenido esencial del Debido Proceso Penal

El derecho a un proceso justo no se puede ejercer si las condiciones de detención

interfieren en la capacidad del acusado para prepararse para el proceso o si el detenido es torturado o maltratado.

En ese sentido, este contenido del derecho a un proceso justo, exige por normas internacionales, que las personas privadas de libertad deben ser tratadas humanamente. Cabe señalar que las normas más amplias se encuentran en Tratados de derechos humanos y muchos de los requisitos concretos se desarrollan en normas que no tienen la consideración de Tratados, como es el caso del Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a cualquier forma de Detención o Prisión, Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, Principios de Ética Médica Aplicables a la Función del Personal de la Salud y las Reglas Europeas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos.

Con respecto al derecho a permanecer en condiciones de detención humanas (artículo 10.1 del PIDCP), el Comité de Derechos Humanos ¹⁰⁴ ha señalado que los detenidos sean tratados con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. Los Estados no pueden argumentar falta de recursos materiales ni dificultades económicas como justificación de un trato inhumano, y están obligados a proporcionar a todos los detenidos y presos servicios que satisfagan sus necesidades básicas.

Dos elementos constitutivos y de configuración orgánica con el anterior es el de ser mantenido en un lugar de detención reconocido (oficial) y que cuente con un registro de detenciones. Todo ello para garantizar el contacto de los detenidos con el mundo exterior y como salvaguardia contra violaciones de derechos humanos tales como la desaparición y la tortura.

De otro lado, el derecho a no ser torturado ni maltratado, constituye un derecho absoluto y no derogable, que se aplica a todas las personas. Nunca puede ser suspendido, ni siquiera en tiempos de guerra, amenaza de guerra, inestabilidad política interna o estados de excepción.

Este derecho es especialmente importante en el caso de personas privadas de libertad. En consecuencia, todos los funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley tienen prohibido infligir, instigar o tolerar la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes a cualquier persona.

Conforme el artículo 2.3 de la Convención Interamericana Contra la Tortura, el hecho de que la orden parta de un superior no los exime de responsabilidad, pues están obligados, en virtud de las normas internacionales, a desobedecer estas normas y a informar sobre ellas. De otro lado, el hecho de que una persona sea considerada peligrosa no justifica su tortura (artículo 5).

B) Etapa del Proceso Penal

b.1 El Derecho a ser Juzgado sin Dilaciones indebidas como contenido esencial del Debido Proceso Penal

Con relación a uno de los problemas más graves de la administración de justicia, el

¹⁰⁴ Comité de derechos humanos. Caso Kelly v. Jamaica. (253/1987) del 8 de abril de 1987.

jurista uruguayo Eduardo Couture, señaló en alguna oportunidad:

“La lentitud constituye uno de los males endémicos del proceso. La lentitud de la Administración de Justicia es una enfermedad bastante general, de la que continuamente se habla con gran pesimismo, como si para el fuera imposible encontrar remedio”.

Una justicia que tarda en administrar varios años es una caricatura de la justicia. De aquí que el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas constituya una de las garantías del debido proceso.

Este límite temporal para el enjuiciamiento penal se erige en una verdadera garantía para el imputado, a fin de que se resuelva su situación procesal dentro de un plazo razonable de tiempo.

En cuanto al fundamento del proceso penal rápido, el profesor Chileno Carlos Enrique Edwards¹⁰⁵, señala lo siguiente:

“(…) responde al imperativo de satisfacer una exigencia consubstancial con el respeto debido a la dignidad del hombre, cual es el reconocimiento del derecho que tiene toda persona a liberarse del estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito, mediante una sentencia que establezca, de una vez para siempre, su situación frente a la ley penal”.

Dilaciones indebidas son, en un sentido procesal, como señala Francisco Ramos, todas las que exceden de los plazos legales, conducen a una justicia retrasada y provocan, a parte de la indefensión, daños (Ramos 1983:37).

El derecho de todo ciudadano -a todos los que sean parte en el proceso penal- a un proceso sin dilaciones indebidas o a que su causa sea oída dentro de un plazo razonable o sin retraso, es un derecho fundamental de naturaleza reaccionar que se dirige a los órganos judiciales, creando en ellos la obligación de actuar en un plazo razonable el ius puniendi o de reconocer y, en su caso, restablecer inmediatamente el derecho a la libertad. La lenta reacción judicial, sin justificación, origina y propicia una causa o motivo en cierto sentido de despenalización porque el reproche judicial viene ya viciado por extemporáneo (San Martín 1999:59).

El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas pese a que no se encuentra expresamente recogido en nuestra Constitución¹⁰⁶, forma parte del concepto general del debido proceso. En la lista de principios y derechos de la función jurisdiccional reconocidos en el artículo 139º inciso 3º, no se incluye este derecho. Asimismo, en la parte dogmática del mismo texto supremo tampoco hay una mención del mismo.

La inclusión del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en el ordenamiento jurídico, se debe fundamentalmente al reconocimiento que hace el Perú del Pacto

¹⁰⁵ Enrique E. Carlos. Garantías Constitucionales en Materia Penal. Ed. Astrea. 1996.

¹⁰⁶ Según sondeos de opinión realizados por IMASEN S.A. y DATUM S.A. recogidos por Mejía Mori, Beatriz: Investigación de acceso a la justicia en el Perú En: Acceso a la Justicia. Estudio en siete países de América, BID e IIDH, San José, 2000. Estos trabajos de campo señalan que durante los últimos 15 años han existido un 70% y 80% de desaprobación y desconfianza en el Poder Judicial, señalándose entre sus principales problemas el de la dilación.

Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, convenios internacionales que regulan el debido proceso como un derecho humano y que a la luz del artículo 55° de la Constitución establece que los tratados celebrados por el Perú forman parte del derecho interno.

Este derecho no se identifica con el mero incumplimiento de los plazos procesales y comporta la utilización de un concepto jurídico indeterminado dotado de contenido concreto en cada caso, atendiendo a criterios objetivos congruentes con su enunciado genérico. Su vulneración se produce siempre como consecuencia de una omisión que realiza un órgano jurisdiccional sobre aquella obligación constitucional de resolver dentro de los plazos previstos las pretensiones que se formulen (San Martín 1999:59).

Aunque la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre desarrollan esta garantía de manera genérica, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala expresamente en su artículo 14 inciso 1°:

“que toda persona tendrá derecho a (...) ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil (...)”

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos va más allá del Pacto al extender el campo de protección de estas garantías no sólo a procesos penales o civiles sino también a litigios laborales, fiscales o de cualquier otro carácter. En su artículo 8° inciso 1° reconoce el derecho de toda persona:

“(...) a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otra índole (...)”

Es esencial a la Administración de Justicia el que, para ser justa, tiene que ser rápida. En efecto, una de las condiciones esenciales que debe cumplir todo proceso para no devenir injusto o arbitrario, tiene que ver con la rapidez con que se tramita:

“(...) de nada le sirve a los actores en un proceso civil o a las partes en un proceso penal que después de largo tiempo se acepten sus alegatos y se reconozcan sus derechos, si el mero transcurso del tiempo les ha ocasionado un daño irreparable, o si el haberse visto involucrado en un largo proceso ha perjudicado sus intereses, o incluso ha lesionado su reputación y la percepción que de él se tenga en el grupo social(...)”¹⁰⁷

El concepto de “proceso sin dilaciones indebidas” es un concepto jurídico indeterminado o abierto que ha de ser dotado de contenido en cada caso concreto.¹⁰⁸ A nivel nacional, tanto la Constitución de 1993 como los Principios Generales de la Ley Orgánica del Poder Judicial, reconocen como principio y derecho de la función

¹⁰⁷ Faúndez Ledesma, Héctor. “El derecho a un juicio justo”. En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y políticas. No. 80, Caracas, junio de 1,991.

jurisdiccional: “(...) el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva (...) con sujeción a un debido proceso (...)”, aunque no hacen una referencia expresa al proceso llevado a cabo dentro de un plazo razonable.

A nivel internacional, el derecho a un proceso “sin dilaciones indebidas” o sustanciado “dentro de un plazo razonable” está contemplado expresamente en el artículo 8º inciso 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que reconoce el derecho de toda persona “(...) a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un tribunal competente, independiente e imparcial (...)”, extendiendo su alcance “(...) en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otra índole.”

Aunque el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos consagra esta garantía de manera expresa para toda persona acusada de un delito (“...durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: c.- A ser juzgada sin dilaciones indebidas...”), esta condición se extiende a casos de otra índole al amparo de la norma genérica del artículo 14 inciso 1º que señala que “toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial (...)”.

Los instrumentos internacionales mencionados han sido ratificados por el Perú y forman parte del ordenamiento jurídico nacional. Aunque la Constitución de 1993 suprimió el mandato expreso del artículo 105º de la Constitución de 1979, que otorgaba rango constitucional a los preceptos contenidos en tratados relativos a derechos humanos, esta jerarquía se mantiene en virtud del artículo 3º y de la Cuarta Disposición Transitoria de la Constitución de 1993 ¹⁰⁹, que amplían la lista de derechos fundamentales y extienden el alcance de su interpretación.

Un desarrollo notable de este concepto ha sido realizado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que a través de su jurisprudencia ha establecido criterios concretos para determinar el carácter indebido o irrazonable de la dilación en un proceso determinado. Estos criterios han sido la base de posteriores decisiones tomadas por tribunales nacionales europeos y otras instancias supranacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, órgano supranacional de protección de derechos humanos en las Américas ¹¹⁰.

En una consolidada jurisprudencia ¹¹¹, el Tribunal Europeo ha señalado que el carácter razonable de la duración de un procedimiento judicial debe apreciarse en el caso

¹⁰⁸ En este sentido, Gonzáles Pérez, Jesús. “El derecho a la Tutela Jurisdiccional”. Madrid, Civitas, 1989. Fernandez Segado, Francisco. “El derecho Constitucional Español”. Madrid, Dykinson, 1992. García Pons, Enrique. “Responsabilidad del Estado: la justicia y sus límites temporales”. Barcelona, J.M. Bosch Editor, 1997.

¹⁰⁹ Constitución, art. 3: “La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”. Cuarta Disposición Transitoria: “Las normas relativas a los derechos y libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

concreto, teniendo en cuenta las circunstancias que lo rodean, la complejidad del asunto, la conducta de los litigantes y de las autoridades implicadas y las consecuencias que tal demora ocasiona para los litigantes.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español ha aclarado que este principio no constitucionaliza un derecho a los plazos procesales previstos, sino el derecho fundamental de toda persona a que su causa se resuelva dentro de un tiempo razonable¹¹². El origen de la dilación resulta indiferente: el hecho que los retrasos se deban a la excesiva carga de trabajo que tienen determinados órganos judiciales, no priva a los ciudadanos del derecho de reaccionar frente a esas dilaciones o lo que es lo mismo, no significa considerar que dichas dilaciones no son indebidas¹¹³; más aún, el derecho a una justicia sin dilaciones indebidas lleva implícito el deber de dotar a los órganos judiciales de los necesarios medios personales y materiales para su realización práctica¹¹⁴.

Este derecho vulnerado exige de parte de la autoridad judicial su inmediato restablecimiento, vale decir, la emisión de la resolución cuya tardanza se ha puesto de manifiesto, sin perjuicio -en su caso- de declarar el derecho indemnizatorio que asiste al perjudicado; por el Estado, si la dilación se debe a un funcionamiento anormal de la administración de justicia, o por el particular culpable, si a él se debe la dilación indebida. Sin embargo, la opción que va teniendo cada vez mayor consistencia, es aquella que postula declarar junto a la vulneración del derecho al plazo razonable, la reducción de la pena que -como mínimo- requeriría su reparación (San Martín 1999:60).

b.2 El Derecho a la Igualdad ante la Ley y ante los Tribunales como contenido esencial del Debido Proceso Penal

El principio de igualdad (artículo 2º inciso 2º de la norma fundamental), tiene asiento en la Constitución de 1993 como valor superior del ordenamiento jurídico, junto a la justicia y a la libertad; como derecho fundamental reconocido en la misma norma, se convierte de forma privilegiada en parámetro de control de la actividad del legislador procesal, al impedir cualquier intento de generar normas en el interior del proceso que signifiquen tratos discriminatorios o no razonables.

Esta garantía, derivada genéricamente del artículo 2.2 de la Constitución, condiciona

¹¹⁰ Ver: caso Genie Lacayo, sentencia del 29 de enero de 1997 y caso Suárez Rosero, sentencia del 12 de noviembre de 1997. En: Repertorio de Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, www.wcl.american.edu/pub/humright/repertorio/index.html.

¹¹¹ Ver: caso Zimmermann y Steiner, sentencia del 13 de julio de 1983, caso Guincho, sentencia del 10 de julio de 1984, caso Deumeland, sentencia del 29 de mayo de 1986, caso Lechner y Hess, sentencia del 23 de abril de 1987, caso Motta, sentencia del 19 febrero de 1991 y caso Ruiz Mateos sentencia del 23 de junio de 1993.

¹¹² Fernández Segado, Francisco. Op. Cit.

¹¹³ Fernández Segado, Francisco. Op. Cit.

¹¹⁴ Esparza Leibar, Iñaki. "El principio del debido proceso". Barcelona, J.M. Bosch, 1995.

estructuralmente el proceso, conjuntamente con el principio de contradicción. Una contradicción efectiva en el proceso y la configuración de parte que se da a los sujetos del procesos, exige desde la Ley Fundamental que tanto la acusación como la defensa actúen en igualdad de condiciones; es decir, dispongan de iguales derechos procesales, de oportunidades y posibilidades similares para sostener y fundamentar lo que cada cual estime conveniente (San Martín 1999:76)

Desde el punto de vista procesal, este principio, instituido como un derecho fundamental en la Constitución, garantiza que ambas partes procesales gocen de los medios de ataque y de defensa y de la igualdad de armas para hacer valer sus alegaciones y medios de prueba, cuya vulneración produce indefensión (San Martín 1999:76)

Este principio se encuentra implícito en el artículo 2º inciso 2º de la Constitución. Dicha norma no distingue entre ley material y ley procesal, por lo que es una proyección del genérico principio de igualdad del aludido artículo con el derecho al debido proceso del artículo 139 inciso 3, el cual hay que estimarlo vulnerado cuando el legislador crea privilegios procesales carentes de fundamentación constitucional alguna. O bien cuando el legislador o el propio órgano jurisdiccional crean posibilidades procesales que se le niegan a la parte contraria o la gravan indebidamente con cargos procesales exorbitantes, sin que ambas posibilidades y cargas procesales alcancen justificación objetiva y razonable alguna (San Martín 1999:76)

De otro lado, el artículo 14º del Pacto de Derechos Civiles y Políticos comienza para señalar que "todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia". Tal norma, que sin duda constituye un principio general en materia de derechos humanos, no se encuentra expresamente contemplada, en cuanto parte del derecho a un juicio justo, ni en la Convención Americana de Derechos Humanos ni en la Convención Europea; sin embargo, ésta ha sido prevista, ya sea como una condición de la plena vigencia de los derechos humanos (art. 14 de Convención Europea) o como un derecho humano en sí mismo distinto e independiente del derecho a un juicio justo (art. 24 de Convención Americana). En efecto, el art. 14 de la Convención Europea expresa que el disfrute de los derechos y libertades establecido en ésta será asegurado sin discriminación de ninguna especie, basada en consideraciones de sexo, raza, color, idioma, religión, opinión política o de otro tipo, origen nacional o social, asociación con una minoría nacional, propiedad, nacimiento u otra condición; por otra parte, el art. 24 de la Convención Americana establece que "todas las personas son iguales ante la ley" y que "en consecuencia, tiene derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley" (Faúndez 1991:147).

En ese sentido –señala el mismo autor- nadie puede esperar un trato privilegiado, o preferente de los tribunales. La Ley, tanto la procesal como sustantiva, debe ser la misma para todos. En materia civil o criminal nadie puede pretender estar al margen de la justicia; en un Estado de Derecho todos somos responsables de nuestros actos y nadie puede pretender que, por desempeñar alguna función pública, o por su condición social, económica, o de otro tipo, no puede ser llevado ante los tribunales, o que tiene derecho a algún trato especial en la determinación de sus derechos u obligaciones.

A la inversa, este principio tampoco implica que un individuo, por su sola condición

social o económica, o por su origen nacional, o por otra distinción odiosa e irrelevante, resulte sospechoso ante los ojos de la ley de los tribunales, y deba ser tratado en forma prejuiciada y discriminatoria (Faúndez 1991:148).

En resumen, la garantía de la igualdad en el contexto del proceso penal es polifacética. Prohíbe las leyes discriminatorias e incluye el derecho a la igualdad de acceso a los tribunales y a la igualdad de trato por dichos juzgados o tribunales. Este último tiene dos aspectos importantes. Uno es el principio fundamental de que la defensa y la acusación sean tratadas de tal manera que se garantice que ambas tienen una oportunidad igual para preparar y exponer sus argumentos en el curso de las actuaciones.

El otro aspecto importante es el que se refiere a que todo acusado tiene derecho a recibir un trato igual que otras personas acusadas en similar situación. El trato igual en ese contexto no significa un trato idéntico: significa que cuando los hechos objetivos son similares, la respuesta del sistema judicial ha de ser similar. El principio de igualdad se violaría si una decisión judicial partiera de una base discriminatoria.

b.3 El Derecho de Defensa (en Sede Judicial), como contenido del Debido Proceso Penal

El artículo 139° inciso 14° de la Constitución de 1993 establece:

"El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. (...)".

El artículo 14° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal, formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil. En el mismo sentido, y aunque con una redacción diferente, pueden mencionarse los textos del art. 8° de la Convención Americana, y 6° de la Convención Europea de Derechos Humanos. Además de lo anterior, al especificar las garantías con que debe contar el acusado en materia penal se indica que éste tiene derecho a defenderse personalmente o ser asistido por un defensor y a disponer del tiempo y de los medios necesarios para la preparación de su defensa; las normas anteriormente citadas son una consecuencia lógica del principio de que nadie puede ser condenado sin ser previamente escuchado.

En el primer extremo de la citada norma constitucional extiende la protección constitucional a cualquier procedimiento -no sólo al penal- y, como tal, es reconocida como requisito esencial para la válida constitución de un proceso.

Julio Mayer aclara que este derecho no sólo limita la protección al imputado, pues también alcanza a otras personas que pueden intervenir en él, tales como el actor civil o el tercero. Se trata de defender un derecho o interés legítimo frente a la expectativa de una decisión estatal sobre él, sea porque se pretende algo o porque, al contrario, nos oponemos a esa pretensión, requiriendo que ella no prospere. El Ministerio Público, desde esta perspectiva de la defensa como limitación al poder estatal, no tiene derecho de defensa, sino un conjunto de facultades o armas para cumplir su función persecutoria (Maier 1996:543-544).

El profesor español Vicente Gimeno Sendra, desarrolla un concepto sobre el derecho de defensa muy pertinente, es decir muy propio del proceso penal y del imputado, señalando que es:

"el derecho público constitucional que asiste a toda persona física a quien se le pueda atribuir la comisión de un hecho punible, mediante cuyo ejercicio se garantiza al imputado la asistencia técnica de un abogado defensor y se les concede a ambos la capacidad de postulación necesaria para oponerse eficazmente a la pretensión punitiva y poder hacer valer dentro del proceso el derecho constitucional a la libertad del ciudadano" (Gimeno 1988:89).

Por su parte, el profesor Alex Carocca Pérez advierte las dos dimensiones del derecho de defensa: a) como derecho subjetivo; y, b) como garantía del proceso. En lo que respecta a la primera dimensión, es visto como un derecho fundamental que pertenece a todas las partes en el proceso, cuyas notas características son su irrenunciabilidad (la parte no puede decidir que no se le conceda la oportunidad de defenderse) y su inalienabilidad (no puede ser dispuesta por su titular, ni su ejercicio puede serle substraído ni traspasado a terceros). En cuanto a su segunda dimensión, de carácter objetivo institucional, la defensa constituye un verdadero requisito para la validez del proceso, siempre necesaria, aun al margen o por sobre la voluntad de la parte, para la validez del juicio (Carocca 1988: 20-22).

El derecho de defensa de toda persona nace, según el texto constitucional, desde que es citada o puesta a disposición de la autoridad judicial (como señaláramos, este derecho lo estamos ubicando en sede judicial). Ello significa que de acuerdo a la configuración de nuestro proceso penal, surge con la mera determinación del imputado: no hace falta que exista una decisión nominal o formal al respecto, basta que, de uno u otro modo, se le vincule con la comisión de un delito. Existiendo una imputación o cargos nace el derecho de defensa, lo que importa reconocer varios aspectos centrales de este derecho:

- El derecho a tener el tiempo y medios adecuados para la preparación de la defensa,
- el derecho de acceder en forma irrestricta a las pruebas de cargo ¹¹⁵ y combatirlas;
- la posibilidad de que se designe un intérprete en caso no se comprenda el idioma;
- el derecho del imputado de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
- el derecho a defenderse por sí mismo o a través de un defensor de su elección o nombrado por el Estado;
- el derecho de la defensa del inculcado respecto a los testigos y peritos;
- el derecho a igualdad de armas ¹¹⁶ ;
- el derecho a asistencia letrada experimentada, competente y eficaz; y,
- la prohibición de hostigar e intimidar al abogado.

Esto significa, que el sujeto pasivo de la imputación tiene también, en cuanto posibilidad

¹¹⁵ procesal, el derecho de acceder al proceso, a ser oído por la autoridad en todas y cada una de las instancias en que la causa se desenvuelva. Al respecto, apunta Alberto Binder, Es de significar que el acceso a las pruebas sólo podrá denegarse cuando se haya declarado el secreto de las actuaciones de la instrucción, en las condiciones exigidas por el art. 73º del Código de Procedimientos Penales de 1940.

el ejercicio personal de defensa del imputado exige asumir que "la declaración del imputado es la oportunidad que se le otorga (...) para presentar su versión de los hechos, ofrecer su descargo, proponer pruebas y establecer un contacto directo con las personas que tienen a su cargo la preparación de la acusación o, directamente, el juicio" (Binder 1993:153).

Asimismo, como lo señala nuestro ordenamiento procesal, el imputado también tiene el derecho a:

i) Que se le dé el status de parte para poder contestar la pretensión punitiva, la cual debe preceder al acto de defensa y serle debidamente notificada; y,

ii) la "última palabra", en tanto derecho potestativo a que la sentencia se dicte luego de que se le dé la oportunidad de expresar lo que tiene que decir al finalizar la actividad procesal, conforme lo reconoce el artículo 279° del Código de Procedimientos Penales de 1940 y artículo 301° del Código Procesal Penal de 1991.

b.4 El Derecho a ser Juzgado por un Tribunal Competente, Independiente e Imparcial Establecido por la Ley (Juez Ordinario) como contenidos del Derecho al Debido Proceso Penal

Un principio fundamental y requisito imprescindible para un proceso justo es que el tribunal sobre el que recae la responsabilidad de tomar las decisiones en una causa ha de haber sido establecido por la Ley, y tiene que ser competente, independiente e imparcial.

Para una mejor comprensión, sobre este derecho, primero quisiéramos definir algunos aspectos sobre el tribunal, para luego analizar por separado, sus condiciones porque se le suele considerar como derechos autónomos.

En ese sentido, el profesor Héctor Faúndez Ledesma, señala con relación a la noción de tribunal, lo siguiente:

"(...) un tribunal se caracteriza, en el sentido sustantivo del término, por su función judicial; esto es, por la facultad de resolver o determinar asuntos dentro de su competencia, sobre la base del Derecho, y siguiendo procedimientos conducidos de una manera preestablecida. Esta noción material de lo que constituye un tribunal también ha sido desarrollada por la Comisión Europea de Derechos Humanos, sosteniendo que el rasgo característico de un tribunal consiste en que sus decisiones no constituyen, ante

¹¹⁶ En el caso particular de este derecho, en opinión del profesor Faúndez, considera que no debe estar dentro de los alcances del derecho a la igualdad ante la ley como siempre se le ha considerado, porque el principio de la igualdad de armas implica mucho más que la mera igualdad ante la ley. Es decir, este principio implica todas aquellas reglas que en el caso de una acusación penal reconocen al acusado los mismos derechos que se le confiere a la parte acusadora, especialmente en cuanto a confrontar testigos, presentar testigos, etc. Iñaki Esparza Leibar, con respecto a este derecho, señala que el principio de la igualdad de armas, su origen se sitúa en la interpretación del artículo 6.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos, siendo su fundamento último el principio "audiatur et altera pars" y guarda relación con la garantía, procedente del derecho anglosajón, del natural justice. El significado de este principio se concreta en que cada parte procesal dispondrá de iguales y suficientes oportunidades para manifestar su pretensión y significa también que ninguna de las partes será discriminada frente a las demás.(1995,137).

todo, facultad discrecional suya, sino que representan el remate de un procedimiento metódico conducido sobre la base de la preeminencia del Derecho.”

Luego agrega:

“Por consiguiente para los efectos del derecho que examinamos, en cuanto noción autónoma independiente del Derecho interno, tribunal es todo ente con competencia para juzgar y resolver, conforme Derecho, controversia o disputas, ya sea que ordinariamente forme o no parte del poder judicial, incluyendo tribunales administrativos u órganos que –como los colegios profesionales–, excepcionalmente puedan tener competencia para actuar como tribunal y determinar derechos u obligaciones civiles, o aplicar sanciones disciplinarias”.

- Derecho al juez ordinario (natural)

Con relación al derecho al juez ordinario (natural), la Constitución de 1993, señala:

“Artículo 139º: Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...)

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

Históricamente, la idea del juez natural estuvo ligada a la procedencia de éste; nadie podrá ser juzgado, sino por el juez del lugar donde surgía el conflicto, vinculación que predominaba también por los tribunales del pueblo (jurado). Actualmente, la garantía del juez natural está determinada por la predeterminación legal del juez, esto significa que la competencia otorgada al juzgador en el ejercicio de la actividad jurisdiccional debe estar previamente establecida por la ley, facultad concedida al legislador.

Sobre este tema, es decir la denominación de juez natural, parece ser la menos adecuada, e incluso, esta cuestión ha provocado mayores enfrentamientos interpretativos. El interrogante de si natural significa algo distinto de preconstituido, la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia italiana han respondido negativamente, afirmando que el constituyente ha incurrido en una redundancia y que natural no añade nada a lo que ya se deriva de la expresión preconstituido por ley. El adjetivo natural puede referirse a un factor metajurídico desbordado por las reglas de competencia legalmente establecidas y que por ser tales, es decir, por proceder de la Ley, no son naturales, sino culturales, esto es artificiales (Diez Picazo 1978:61).

En cambio, el término ordinario posee un significado jurídicamente relevante. En puridad y originariamente, juez ordinario significa juez con competencia general para todo tipo de materias y de personas, cuya única limitación es de carácter territorial y funcional, pero no material. La idea de juez ordinario se identifica así con una rígida y estricta concepción de la unidad jurisdiccional: un único tipo de jueces, con el mismo régimen orgánico, y que conocen todo tipo de asuntos (civiles, penales y administrativos), sin más limitaciones que las derivadas del ámbito espacial de su demarcación y de la posibilidad de recurso contra sus resoluciones (Diez-Picazo 1978: 63).

Así pues, el derecho a un juez ordinario parece significar derecho a ser juzgado por un órgano cuyo titular o titulares sean integrantes del Poder Judicial; derecho, en suma, a la unidad jurisdiccional, a jueces con un régimen orgánico uniforme. El término ordinario –según esta línea interpretativa– desemboca pues, en una garantía organizativa.

En otra línea de reflexión, el problema capital que plantea la exégesis del precepto consiste en determinar qué entiende la norma fundamental por Ley, a los efectos de dilucidar en qué clase de normas ha de predeterminarse el juez ordinario.

No cabe duda que la primera Ley por la que ha de disciplinarse el juez ordinario o legal es la Constitución, como así lo proclama el artículo 51º, que coloca en la cúspide de la jerarquía normativa a nuestra Ley fundamental.

En segundo lugar, por Ley aquí hay que entender también la orgánica del Poder Judicial, puesto que corresponde a este texto normativo el determinar la constitución, funcionamiento y gobierno de los juzgados y Tribunales (artículo 106º de la Constitución).

Finalmente, el juez ordinario ha de estar también delimitado por nuestros códigos procesales, que disciplinan su competencia y modo de constituirse en sus funciones jurisdiccionales. Por el contrario, no puede autorizarse a la potestad reglamentaria del Estado el dictar normas que de alguna manera incidan sobre el juez legal, y ello no sólo porque dicha facultad invadiría una materia de reserva de ley orgánica, sino porque supondría una injerencia del Poder Ejecutivo.

El juez natural o legal es el predeterminado por la ley como objetiva, funcional y territorialmente competente para juzgar a ciertas personas, por delitos cometidos en precisos lugares y momentos. Como tal concreta los principios de seguridad jurídica y legalidad, porque el ciudadano sabe previamente, no sólo la consecuencia de su actuación u omisión y el procedimiento que habrá de seguirse en la investigación y el juzgamiento de la conducta que se considere penalmente reprochable, sino también quién es el funcionario judicial que habrá de llevar a cabo el proceso y dictar la respectiva sentencia.

El derecho al juez natural tiene una doble garantía: para el procesado y para la propia jurisdicción. En el primer caso, el imputado debe contar con la seguridad de que no será juzgado por funcionarios diferentes a los integrantes de la jurisdicción y tener certeza de quién será su juez y de que el gobierno no podrá, ni siquiera en los estados de excepción, alterar tal derecho fundamental.

En el segundo caso, el derecho al juez natural es garantía para la propia jurisdicción, porque se debe respetar el principio de la unidad y monopolio de la jurisdicción, que, finalmente, asegura la independencia (Suárez 1998:26,265).

Con relación a los criterios para determinar la competencia, Alberto Binder, señala que esta modificación puede ser realizada a base de criterios generales y teniendo en cuenta razones de distribución de trabajo que puede reparar en la especialización, pero nunca deben encubrir una decisión discriminatoria. En ese sentido, opina nuestro autor consultado, pueden crearse tribunales dedicados a materias especiales –como los del fuero penal económico– o a una cierta población –como los tribunales de menores–.

Pese al cuestionamiento de la expresión “juez natural”, consideramos que el

verdadero fundamento que encierra esta garantía, está relacionada con sus raíces históricas: el juez natural debe ser, un mecanismo que permita lo que podríamos llamar un “juzgamiento integral” del caso. Es decir, debe asegurar que el juez esté en condiciones de comprender el significado histórico, cultural y social del hecho que debe juzgar (Binder 1993:143).

- El derecho a ser juzgado por un tribunal independiente

Esta garantía se encuentra regulada en el artículo 139º inciso 2º de la Constitución:

“Artículo 139º: Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...)

2.- La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.”

La independencia de los jueces es una garantía que se funda política y filosóficamente en la concepción tripartita del poder, que otorga a cada una de sus ramas funciones diversas con plena autonomía e independencia, asignándole a la judicial el juzgamiento y punición de los ciudadanos imputados de haber cometido un hecho punible, sin que sea posible la injerencia de personas extrañas en las decisiones de los jueces competentes, ni siquiera por parte de quienes así mismo tiene tal investidura.

Por independencia del tribunal entendemos la facultad que éste tiene de resolver las controversias que se le sometan, aplicando exclusivamente el Derecho □de acuerdo con su leal saber y entender- sin interferencias externas, y sin recibir instrucciones o verse expuesto a presiones o influencias de cualquier ente o persona.

La independencia del juez, para el profesor Héctor Faúndez Ledesma, es una condición objetiva del tribunal, que comprende dos aspectos: (i) la independencia institucional o colectiva del poder judicial y (ii) la independencia personal del juez en cada caso concreto.

En el primer caso, está referida a la naturaleza de la relación del poder judicial en su conjunto con los otros órganos del Estado, muy especialmente en su relación con los poderes ejecutivos y legislativo.

En cuanto a la independencia personal, esta se refiere principalmente a la autonomía del juez o tribunal que interviene en un caso concreto, respecto de otros entes o tribunales dentro de la estructura del poder judicial; sin embargo, en la medida en que la independencia de tribunal también puede verse amenazada o comprometida por la subordinación del juzgador a alguna de las partes en el litigio, éste es un aspecto que □eventualmente, y sin confundirlo con la noción de imparcialidad□ también interesa a la independencia personal de tribunal.

Otro aspecto importante con relación a este derecho es la relación entre los tribunales y la opinión pública, cuando esta última pueda comprometer la independencia de los primeros. En este sentido, hay quienes estiman que los medios de comunicación social, en cuanto vehículos de formación y de canalización de la opinión pública, al comentar casos pendientes ante los tribunales –yendo más allá de la mera información–, pueden interferir con una administración de justicia independiente, presionando al tribunal para que adopte una decisión determinada.

En opinión del profesor Héctor Faúndez, éste es un asunto que no se debe exagerar, desconociendo la importancia que la opinión pública y los medios de comunicación pueden tener en la preservación de la independencia de los tribunales; además, tampoco hay que olvidar que esta circunstancia puede incidir ya sea en la independencia o en la imparcialidad del tribunal (Faúndez 1991:1022)

Tanto en lo que concierne a la independencia institucional como a la independencia personal, la idea es que, en la administración de justicia, los tribunales no pueden estar supeditados a la voluntad o los designios de otros poderes del Estado. La función judicial es una que compete a los tribunales, sin interferencias externas; en particular, la independencia del poder judicial supone la no injerencia de los órganos de la administración del Estado en la resolución de las controversias que se le sometan.

En consecuencia, cualquier lazo de dependencia de los tribunales con otros órganos del Estado, en cuanto pueda interferir en las decisiones judiciales, imponiendo la consideración de factores o elementos ajenos al proceso mismo, o en cuanto permita que el contenido de las decisiones judiciales sea dictado por entes distintos del tribunal llamado a juzgar, constituye una amenaza a la rectitud y justicia de tal proceso. En este orden de ideas, la independencia del tribunal está íntimamente asociada a la tesis de la separación de poderes, en que se confía al poder judicial la tarea de controlar que los otros órganos del Estado ejerzan sus atribuciones sin salirse de los límites de su autoridad y sin abusar del poder que se les ha conferido; ella requiere la libertad del juzgador para apreciar tanto los hechos como los argumentos de Derecho presentes en cada caso, y para resolver sin presiones o interferencia de otra autoridad pública.

En cuanto a las formas a través de las cuales se puede garantizar la independencia de los jueces, la Corte Europea de Derechos Humanos ha sugerido que la independencia del tribunal requiere garantías diseñadas para proteger a los jueces de presiones externas, incluyendo reglas estrictas en cuanto a su designación.

En el mismo sentido, el Comité de Derechos Humanos ☐refiriéndose a los informes que le someten los Estados☐ ha expresado que "los Estados partes deberían especificar los textos constitucionales y legales pertinentes que disponen el establecimiento de los tribunales, y garantizan su independencia, imparcialidad y competencia, sobre todo en lo que respecta a la manera como se nombra a los jueces, las calificaciones exigidas para su nombramiento y la duración de su mandato; las condiciones que rigen su ascenso, traslado y cesación de funciones, y la independencia efectiva del poder judicial con respecto al poder ejecutivo y al legislativo". Además, entre estas medidas tampoco debería olvidarse la garantía de salarios apropiados ☐que atraigan a los abogados más capaces y que alejen del juez la tentación de la corrupción, y la autonomía financiera del poder judicial, que le permita disponer de los recursos necesarios para asegurar el funcionamiento expedito de los tribunales (Faúndez 1991:1023)

En otra perspectiva, la independencia de los jueces no es una cuestión que derive, sencillamente, de una estricta separación de poderes; como ya se sugirió previamente, ella también requiere que el tribunal llamado por la Ley a conocer y juzgar una controversia disponga de absoluta independencia de los otros órganos dentro de la jerarquía del poder judicial. Aunque las decisiones del juez puedan ser enmendadas por

un tribunal superior, ellas no pueden ser dictadas desde arriba, en contra de lo que corresponda según su propia noción del Derecho y su conciencia. Además, el juez debe sentirse enteramente libre para resolver cualquier asunto que se le someta, sin el temor de la imposición de medidas disciplinarias que lo castiguen por el contenido de sus decisiones, a menos que éstas reflejen parcialidad o colusión manifiesta con una de las partes, o que demuestren su evidente incompetencia en la interpretación y aplicación del Derecho.

Todos estos aspectos o exigencias que garanticen el derecho que comentamos, están contenidos en los "Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura", aprobados por el VII Congreso de Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, y que fueron reafirmados por la Asamblea General de la ONU".

- El derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial

El derecho a un juez imparcial se extrae directamente del artículo 139° inciso 3° de la Constitución de 1993, del derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley, que se resuelve en la exigencia de que un determinado juez sea apto, idóneo, para conocer de un asunto concreto; actitud que se mide por las condiciones subjetivas de ecuanimidad y rectitud, y las de desinterés y neutralidad.

Siguiendo fielmente el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclama que:

"Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal".

El derecho a un tribunal independiente e imparcial ha sido reconocido igualmente, en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

De otro lado, Los Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura, establece que:

"los jueces resolverán los asuntos de que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualquier sector o por cualquier motivo".

El derecho a un juez imparcial, significa que éste no tenga opiniones preconcebidas sobre el caso que se le somete, que no tenga compromisos con ninguna de las partes, y que no tome partido a favor o en contra de alguna de las partes en el proceso. Además, la imparcialidad requiere que el magistrado no se deje influir por los sentimientos de la prensa ó el público en torno al caso, ni por información distinta a aquella que consta en el proceso. La imparcialidad del tribunal requiere de jueces probos y rectos, porque en el fondo la autoridad de los jueces deriva, precisamente, de sus condiciones morales; de su honradez y hombría de bien como lo señalamos anteriormente.

Mientras que la dependencia o independencia del tribunal es una característica objetiva, referida esencialmente a la relación del poder judicial en su conjunto o de un

tribunal en particular con los otros órganos del Estado, y que puede afectar el resultado de cualquier proceso, la parcialidad o imparcialidad del tribunal parece estar referida en lo fundamental a la actitud psicológica de sus miembros frente a cada caso concreto, afectando sólo a ese caso (Faúndez 1991:1027)

Uno tiene derecho a esperar que, en la determinación de sus derechos u obligaciones civiles, de sus responsabilidades penales, el tribunal esté constituido por un tercero que represente al Estado y que no tenga ningún interés personal en la controversia; un tercero que escuche y evalúe, con objetividad, los alegatos, testimonios y pruebas presentadas por las partes, proporcionando a ambas las mismas oportunidades para presentar su caso. En síntesis, la función del tribunal, en cuanto encarnación de la sociedad en su conjunto y como representante del interés social, debe consistir, simplemente, en el establecimiento de la verdad procesal (incluyendo el esfuerzo desplegado por el propio tribunal para procurar que, en lo sustancial, dicha verdad procesal corresponda a la verdad material), y en la determinación de las consecuencias jurídicas que deriven de esa verdad (Faúndez 1991:1027).

Finalmente, siguiendo a Pico i Junoy ¹¹⁷, considera dos modos de apreciar la imparcialidad de los jueces: una subjetiva, que se refiere a la convicción personal de un juez determinado respecto al caso concreto y a las partes, supuestos que pueden verse afectados por razones de parentesco, por razones de amistades o enemistad y por razones de interés, de incompatibilidad o de supremacía.

La vertiente objetiva de la imparcialidad se dirige a comprobar si existen garantías suficientes que excluyan toda posible duda de parcialidad que en esta materia, hasta las apariencias revisten importancia, pues es preciso alejar toda duda que impida que los jueces, en una democracia propia de un Estado de Derecho, inspiren confianza.

b.5 El Derecho a un Juicio Público como contenido esencial del Derecho al Debido Proceso Penal

La publicidad de los procedimientos judiciales o, con más precisión, el conocimiento general a través de los medios de comunicación social de la actividad que desarrollan los tribunales de justicia y de los hechos objeto de la misma, se percibe en los últimos tiempos como un problema de palpitante actualidad.

El principio de publicidad tiene una dimensión política indudable, como uno de los mecanismos más preciados para el control popular de la efectiva realización de la justicia por los jueces, hasta el punto de que Mirabeau pudiera decir: «dadme el juez que queráis; parcial, venal, incluso mi enemigo; poco me importa con tal que nada pueda hacer si no es cara al público» (Moreno 1995:206).

No cabe duda alguna de que es en la esfera penal donde, por dos razones, el derecho a un juicio público adquiere mayor relevancia. Por una parte, precisamente porque en el proceso penal está en juego por lo general uno de los bienes jurídicos más preciados por la persona: su libertad. Por otra parte, porque los hechos delictivos implican un atentado contra los bienes jurídicos más preciados de la comunidad, hasta el punto que la reacción social frente a tales hechos es justamente la más dura y grave que el

¹¹⁷ Picó i Junoy, Joan: Las Garantías Constitucionales del Proceso. José María Bosch Editor. Barcelona. 1997

Estado de Derecho puede utilizar: la tipificación de la conducta como delito y la imposición al responsable del mismo de la pena correspondiente.

Parece necesario comenzar definiendo lo que podríamos entender por publicidad, con el objeto de partir de una primera aproximación a un concepto de publicidad de los procedimientos y ponderar su relevancia.

La doctrina ha manejado distintos conceptos y ha ensayado diferentes clasificaciones de la publicidad. Suele hacerse la distinción entre publicidad interna, para aquellos que intervienen en el procedimiento lo que comprendería no sólo a las partes, sino también a los testigos y peritos que comparezcan o actúen en el procedimiento, y publicidad externa o publicidad «quavis ex populo» es decir, para cualquier persona (Moreno 1995:205). Se habla también de publicidad mediata e inmediata ¹¹⁸.

En ese sentido, la publicidad de los procedimientos judiciales, es la percepción o el conocimiento de las actuaciones que se realizan por un tribunal, o ante un tribunal, por aquellas personas que no forman parte del orden jurisdiccional, haciéndolas notorias, patentes, manifiestas, sabidas por todos. Por consiguiente, tiene que ver con la posibilidad de un conocimiento general, para todos del desarrollo, del iter procesal o, cuando menos, del juicio, de la actuación judicial esencial.

Sin embargo, en otro sentido, aun cuando la publicidad del procedimiento constituye un factor peligroso, es un elemento necesario para el discurso institucional, puesto que representa la posibilidad de control por parte de la comunidad del cumplimiento de los especiales presupuestos de la comprensión escénica y, asimismo, la posibilidad de autolegitimación de las decisiones de los miembros de la Administración de Justicia (Hassemer 1984:186-187).

Este derecho, previsto en el artículo 139° inciso 4° de la Constitución de 1993, implica una forma de control de la justicia penal por parte de la sociedad civil ¹¹⁹. A nivel legal, (artículo 268° del Código Procesal Penal de 1991), establece el principio de que el juicio oral sea público, no así el procedimiento de investigación y el intermedio, que son reservados, es decir, de conocimiento exclusivo de las partes, de conformidad con el artículo 992° de la misma norma procesal.

Esta excepción es absolutamente razonable –señala el profesor César San Martín– en la medida que: a) la publicidad -comunicación al público de la realización de los actos procesales instructorios o intermedios- demoraría excesivamente la tramitación del proceso y perjudicaría las urgentes diligencias que habrán de realizarse en orden a impedir que desaparezcan las huellas del delito, para recoger e inventariar los datos que basten a comprobar su existencia y la identificación del presunto delincuente: respeto debido al hacer judicial; y, b) la publicidad posibilitaría anticipados enjuiciamientos que ofenderían, posiblemente, a la persona sujeta a proceso y perjudicarían la buena imagen

¹¹⁸ Vid. Las distintas clasificaciones en Víctor Fairén. En: El tribunal de la aguas de valencia y su proceso. Valencia. 1975. Págs 418-421.

¹¹⁹ Asimismo, esta regulación constitucional y legal es concordante con el principio de que la potestad jurisdiccional emana del pueblo, por lo que resulta indispensable que el público controle el procedimiento (artículo 138° de la Constitución de 1993).

de la justicia, habría una lógica de desinformación, que confundiría a la sociedad: respeto debido al justiciable. Por lo demás, el control público debe limitarse a la fase del juicio oral, en tanto se tenga claro que únicamente lo tratado en esa fase puede fundar la sentencia (San Martín 1995:80-81).

Esta garantía, a la vez un derecho para los ciudadanos, no es absoluta: sufre excepciones. La norma constitucional (artículo 139° inciso 4°), señala que si bien la publicidad del juicio no puede impedirse en los supuestos de responsabilidad de funcionarios públicos, delitos cometidos por medios de la prensa y los que se refieren a derechos fundamentales garantizados por la Constitución -verdadera norma de carácter absoluto, a la que la concurrencia de otro bien jurídico constitucionalmente relevante no puede obviar-, sí puede excluirse en los casos dispuestos por la Ley.

De otro lado, es importante advertir que el derecho a un juicio público no siempre deja a sus titulares en una posición ventajosa; en no pocas ocasiones la publicidad viene a colocar a los justiciables en una situación de riesgo, especialmente al inculcado en un proceso penal que puede verse seriamente perjudicado al encontrarse en el deber de soportar que tanto una parte de su vida, como el reproche por el delito, e incluso su condena, se ponga a la vista de otras personas, sin que ello reporte beneficio alguno para las partes contrarias.

En ese sentido, el profesor Víctor Moreno Catena señala:

“En estos supuestos difícilmente puede hablarse de un derecho, sino más bien de una carga que los litigantes han de soportar en aras de otros diferentes bienes e intereses jurídicos que le son ajenos”(Moreno 1995:291).

Al margen de estas consideraciones, parece claro que la publicidad de las actuaciones judiciales, al mismo tiempo que es una garantía para los justiciables, sustenta otra garantía ajena e independiente de la esfera de los intereses que pueda mantener las partes procesales: la garantía de un juicio imparcial.

En consecuencia, un juicio imparcial en un Estado democrático de derecho, desde el proceso liberal, tiene como premisa básica la publicidad: que el proceso pueda ser mostrado o dado a conocer a cualquier persona. La publicidad se revela de este modo como una de las garantías esenciales del proceso justo y como un baluarte necesario para evitar las arbitrariedades de los jueces.

En esta perspectiva, una sentencia del Tribunal Constitucional español (STC 96/1987), estableció lo siguiente:

“la publicidad del proceso ocupa una posición institucional en el Estado de Derecho que lo convierte en una de las condiciones de legitimidad constitucional de la Administración de Justicia”.

Con relación a las normas internacionales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la Convención Europea de Derechos Humanos insisten en que, en la sustanciación de cualquier acusación criminal o en la determinación de sus derechos u obligaciones civiles, toda persona tiene derecho a ser oída públicamente. En el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos, limita la publicidad del proceso a las causas penales (art. 8°, párrafo 5° de la Convención).

El artículo 14º.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, señala que, en efecto, "la prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes, o en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia". Dicha norma, sin embargo, es clara en señalar que las sentencias penales son siempre públicas, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario. El art. 82.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos permite el secreto del enjuiciamiento en la medida que se sustente en la necesidad de preservar los intereses de Injusticia.

Del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fluye que el secreto de las actuaciones del juicio oral es decidida caso por caso por el órgano jurisdiccional, el cual debe realizar un juicio de ponderación razonado teniendo como criterio esencial si la publicidad "por circunstancias especiales del asunto (...) pudiera perjudicar a los intereses de la justicia"; a su vez, esas circunstancias especiales guardan relación con la moralidad, el orden público, la seguridad nacional, el derecho a la intimidad u otra circunstancia especialmente relevante. El art. 268º del CPP de 1991, luego de reconocer los supuestos del Pacto, incorpora como "otras circunstancias especialmente relevantes" las afectaciones a la recta administración de justicia y, enunciativamente, el secreto particular, comercial o industrial. De lo expuesto se desprende: a) que la Ley no puede sancionar, sin más, supuestos de privacidad del juicio oral, pues está limitada por el Pacto; y, b) que, en todo caso, corresponde a la Ley fijar los supuestos generales y dejar al juzgador la decisión particular de evaluar caso por caso, en orden al principio de exclusividad jurisdiccional.

Finalmente, el derecho a un juicio público como contenido del debido proceso penal, a su vez exige la incorporación de los principios de oralidad, inmediación y concentración, como lo ha señalado la sentencia de la Corte Interamericana del caso Castillo Petruzzi. Sin ellos la publicidad pierde esencia y se transforma en una reunión de actos sin unidad de sentido y con la posibilidad muy seria de tergiversarse. Si no hay oralidad, el juicio se transformaría en un juicio leído; si no hay inmediación no habría una real fase probatoria y no podría establecerse una verdadera comprensión escénica del proceso. Si no hay concentración no sería posible un juicio racional y célere (San Martín 1995:82).

b.6 El Derecho a la Presunción de Inocencia como contenido esencial del Derecho al Debido Proceso Penal

Los orígenes de la presunción de inocencia se encuentran en el derecho romano. Trajano señalaba que:

"El estado de impunidad descansa en el hecho de mirar al otro como inocente hasta que la inocencia no sea demostrada".

Posteriormente, con el devenir de los años y luego de ser sepultada durante la edad media, la presunción de inocencia fue declarada como un principio necesario por el ilustre Beccaria. En su obra capital *De los Delitos y las Penas* sostiene que: "a un hombre no se le puede llamar reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede negarle su protección pública, sino cuando se haya decidido que ha violado los pactos con que se le

otorgó” (Beccaria 1984:60).

No obstante que el desarrollo de este principio se encuentra ligada a la historia de los ataques en su contra ¹²⁰, tanto el principio de jurisdiccionalidad como la presunción de inocencia del imputado fueron finalmente sancionados por el artículo 8º de la Constitución de Virginia y por los artículos 7º y 9º de la Declaración de Derechos del Hombre de 1789.

En la perspectiva del garantismo procesal y de los valores de la jurisdicción, Luigi Ferrajoli señala que si la jurisdicción es la actividad necesaria para obtener la prueba de que un sujeto ha cometido un delito, hasta que esa prueba no se produzca mediante un juicio regular, ningún delito puede considerarse cometido y ningún sujeto puede ser considerado culpable ni sometido a pena.

Desde esa perspectiva, el autor citado, señala que el principio de jurisdiccionalidad postula la presunción de inocencia del imputado hasta prueba en contrario sancionada por la sentencia definitiva de condena (Ferrajoli 1995:549).

En ese sentido, entrando a una definición, podríamos afirmar que mediante la garantía de la presunción de inocencia no se quiere afirmar que la persona sea realmente inocente, ni que no existan elementos probatorios de cargo, sino únicamente que el imputado debe ser tratado en esta calidad hasta que no exista una sentencia condenatoria firme que sea fruto de una mínima actividad probatoria.

Ahora, el fundamento que subyace en este principio ha sido desarrollado con mucha claridad por Florián –citado por Santiago Sentis Melendo– al señalar que no existe formalmente ningún motivo para preferir la presunción de inocencia a la presunción de culpabilidad, sin embargo es más tolerable que un culpable sea absuelto que un inocente sea condenado y que la sentencia que arroje un proceso apacigüe a la opinión pública y al sentido común (Quispe 2001:32).

El artículo 2º inciso 24º literal e) de la Constitución de 1993, configura a la presunción de inocencia, como un derecho fundamental. Dicha norma señala: “Toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personales. En consecuencia, toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”.

Asimismo, este derecho se encuentra previsto en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Penal de 1991.

En un análisis más riguroso, la configuración de este derecho no es nada sencillo. El profesor Jaime Vegas Torres –citado por el profesor San Martín– ha puesto de relieve que esta institución, como consecuencia de su origen histórico diferente en el derecho comparado (nace en momentos, lugares y culturas jurídicas distintas y que da respuesta a preocupaciones de muy diferente naturaleza), tiene tres significados:

¹²⁰ En ese sentido, es bastante conocido el alegato de MANZINI sobre la inexactitud de sostener que en el procedimiento penal vale a favor del imputado una presunción de inocencia, por la que ese mismo imputado deberá ser considerado como inocente mientras no haya mediado una sentencia irrevocable de condena. El maestro italiano sostenía que no hay nada más burdamente paradójico e irracional, pues si se presume la inocencia del imputado, pregunta el buen sentido. ¿por qué entonces proceder contra él?. Mencionaba también Manzini que la experiencia histórica colectiva enseña que la mayor parte de los imputados no son inocentes (Urquiza 2000:113)

- Como concepto fundamental en torno al cual se construye todo un modelo de proceso penal, en el que se mira fundamentalmente a establecer garantías para el imputado frente a la actuación punitiva estatal.
- Como postulado directamente referido al tratamiento del imputado durante el proceso penal, conforme al cual habría de partirse de la idea de que el inculpado es inocente y, por tanto, reducir al mínimo las medidas restrictivas de derechos en el tratamiento del imputado durante el proceso. y,
- Como una regla directamente referida al juicio de hecho de la sentencia penal, con incidencia en el ámbito probatorio, conforme a la cual, la prueba completa de la culpabilidad del imputado debe ser suministrada por la acusación, imponiéndose la absolucióndel inculpado si la culpabilidad no queda suficientemente demostrada.

Nuestro ordenamiento jurídico sitúa la presunción de inocencia dentro de los derechos fundamentales a la libertad -es un derecho subjetivo público-, la cual puede limitarse o perderse por acción de los órganos penales. En consecuencia, los tres significados son plenamente aplicables a la interpretación de los alcances de dicho derecho. Es claro que el ámbito probatorio es el más amplio, pero a ello no escapa toda la dinámica de la coerción procesal y la concepción y regulación integral del procedimiento, bajo unos supuestos sustancialmente liberales.

Asimismo señala, la culpabilidad, en su sentido amplio de responsabilidad penal, sólo se declara mediante una sentencia firme, la cual además se erige como la única forma de imponer una pena a alguien. Se asienta en dos ideas:

a) exigencia de auténticos actos de prueba; y,

b) el principio de libre valoración o criterio de conciencia por los jueces ordinarios en su valoración. Este principio, así explicado, constituye un punto de partida político: no afirma que el imputado sea, en verdad, inocente, sino, antes bien, que no puede ser considerado culpable hasta la decisión que pone al procedimiento, condenándolo.

La aplicación de la presunción de inocencia a lo largo de las últimas décadas también ha sido objeto de confusiones que han sido recogidas en el desarrollo jurisprudencial y doctrinario.

En ese sentido, La exigencia de que nadie puede ser considerado culpable hasta que así se declare por sentencia condenatoria contiene, al decir de la jurisprudencia constitucional española, cinco presupuestos:

1. Suficiente actividad probatoria.
2. Producida con las garantías procesales.
3. Que de alguna manera pueda entenderse de cargo.
4. De la que se pueda deducir la culpabilidad del procesado.

5. Que se haya practicado en el juicio. Los imputados gozan de una presunción iuris tantum, por tanto en el proceso ha de realizarse una actividad necesaria y suficiente para convertir la acusación en verdad probada; las pruebas, para ser tales, deben merecer la intervención judicial en la fase del juicio oral, cuya obligatoriedad y publicidad impone la

Constitución (art. 139º.4), salvo los supuestos de prueba anticipada y prueba preconstituida; asimismo, deben haber posibilitado el principio de contradicción y haberse actuado -en lo que respecta esencialmente a la obtención de fuentes de prueba- con escrupuloso respeto a las normas tuteladoras de los derechos fundamentales, pues de lo contrario son de valoración prohibida (San Martín 1995: 67).

Para que pueda aceptarse el principio de presunción de inocencia es necesario que de lo actuado en la instancia se aprecie un vacío o una notable insuficiencia probatoria, debido a la ausencia de pruebas, a que las practicadas hayan sido obtenidas ilegítimamente o que el razonamiento de inferencia sea ostensiblemente absurdo o arbitrario; debiendo decaer cuando existan pruebas bien directas o de cargo, bien simplemente indiciarias con suficiente fiabilidad inculpatória (San Martín 1995:68).

Otro significado, en orden al *onus probandi*, es que la necesidad de afirmar la certeza de los cargos objeto de acusación -lo que importa que la duda y aun la probabilidad descarta la imposición de una sentencia condenatoria- recae materialmente sobre el Fiscal, en cuanto titular de la acusación pública. Es el Ministerio Público quien habrá de reunir aquella suficiente y necesaria actividad probatoria para destruir la presunción de inocencia; por ello se define a la presunción de inocencia como un derecho reaccionar.

La regulación y manifestación jurisprudencial del derecho a la presunción de inocencia "Presumption of innocence" en los Estados Unidos de Norteamérica, ha señalado que: "La fuerza de la presunción de inocencia no podrá ser enervada salvo por la obtención de pruebas lo suficientemente persuasivas como para demostrar la culpabilidad del acusado, más allá de toda duda razonable" (Esparza 1995:97).

El axioma que impide la pena sin una sentencia judicial que la ordena, ha fundado correctamente la pretensión de que durante el curso del procedimiento el imputado no pueda ser tratado como un culpable. Como ejemplo de esta situación, durante el juicio habrá de prestarse particular atención a no hacer recaer sobre el acusado atributos de culpa que puedan repercutir sobre la presunción de su inocencia. Tales atributos pueden consistir en mantener al acusado recluido en una celda dentro de la sala del juicio, obligarlo a comparecer en la sala esposado, encadenado o vistiendo el uniforme penitenciario rayado, o con la cabeza rasurada en otros países en los que se afeita la cabeza de los presos penados.

Para concluir con la explicación de los alcances de este derecho, quisiéramos señalar –citando a Ferrajoli (1995:549)– que:

"la presunción de inocencia no es sólo una garantía de libertad y de verdad, sino también una garantía de seguridad o sí se quiere de defensa social: de esa seguridad específica ofrecida por el estado de derecho y que se expresa en la confianza de los ciudadanos en la justicia; y de esa específica defensa que se ofrece a éstos frente al arbitrio punitivo. Por eso, el miedo que la justicia inspira a los ciudadanos es el signo inconfundible de la pérdida de legitimidad política de la jurisdicción y a la vez de su involución irracional y autoritaria. Cada vez que un imputado inocente tiene razón para temer a un juez, quiere decir que éste se halla fuera de la lógica del estado de derecho: el miedo, y también la sola desconfianza y la no seguridad del inocente, indican la quiebra de la función misma de la jurisdicción penal y la ruptura de los valores políticos que la

legitiman.”

b.7 El Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable como contenido esencial del derecho al debido proceso penal

El funcionamiento real de nuestro sistema penal indica que, habitualmente, la investigación policial de los delitos se fundamenta, casi con exclusividad, en la confesión del hecho por parte del imputado, transformándose así la confesión en la prueba por excelencia.

Los que tenemos la oportunidad de revisar y analizar los atestados policiales, así como los expedientes penales, se puede advertir con meridiana claridad que toda la actividad judicial centra su atención en la confesión del inculcado y una vez obtenida se despreocupan de coleccionar otros elementos de prueba que servirán para fundamentar palmariamente una sentencia condenatoria.

La multiplicidad de las tareas que realiza la policía, la gran cantidad de delitos, la carencia de recursos humanos y técnicos, hacen que la investigación se simplifique, reconociendo como su único y exclusivo origen la confesión del imputado (Edwards 1996:131).

El derecho a no declarar y a no confesarse culpable se encuentra reconocido en el artículo 2º inciso 24 literal h) de la Constitución de 1993, que señala: “Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes. Cualquiera puede pedir de inmediato el examen médico de la persona agraviada o de aquella imposibilitada de recurrir por sí misma a la autoridad. Carece de valor las declaraciones obtenidas por la violencia. Quién la emplea incurre en responsabilidad”.

La Convención Americana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica señala en su artículo 8º, apartado segundo, literal g), el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable. A su vez, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en su artículo 14º, apartado tercero, literal g), la garantía de toda persona “a no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable”.

En tal virtud, nuestro Código de Procedimientos Penales en su artículo 132º prescribe la prohibición en lo absoluto del empleo de promesas, amenazas u otros medios de coacción social, aunque sean simplemente morales.

Sin embargo, esta norma procesal no se condice con lo establecido en el artículo 127º del mismo cuerpo de normas adjetivas, cuando establece que el silencio del inculcado puede ser tomado por el juez como indicio de culpabilidad ¹²¹.

La significación histórica de este derecho se encuentra en la V enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América que proclama que ninguna persona «se le podrá obligar en ninguna causa criminal a que testifique en contra de sí misma» y que ha dado lugar a una copiosa jurisprudencia del Tribunal Supremo, propiciando una doctrina expansiva del principio conectado a la cláusula «due process», configurado como un derecho personal, renunciable, si se hace voluntariamente, consciente, y con

¹²¹ Afortunadamente, esta divergencia ha sido superada en el nuevo Proyecto reformado del Código Procesal Penal.

plena comprensión, aplicable exclusivamente a las personas físicas, que se extiende no sólo a los testimonios que puedan producir efectos incriminatorios directos, sino también aquellas declaraciones que indiciariamente puedan implicar acusación, y que desde la sentencia *Miranda v. Arizona* (1966) implica que la policía no puede interrogar a un imputado detenido sin informarle de sus derechos constitucionales derivados del mismo, a callar, a que cualquier declaración que efectúe puede ser tenida en su contra y a la asistencia legal de confianza o de oficio.

La doctrina española sitúa los orígenes de ambos derechos, en cuanto manifestación del derecho a la defensa, en la lucha por un proceso penal público, acusatorio, contradictorio y con todas las garantías, que se inicia en la Europa Continental hacia la segunda mitad del siglo XVIII, frente al viejo proceso penal inquisitivo.(STC 197/1995).

Esta garantía tiene por finalidad desterrar aquellas concepciones inquisitivas que buscaban afanosamente lograr la confesión del imputado, incluso en desmedro de su dignidad como persona humana.

El derecho que comentamos incluye básicamente tres aspectos. En primer lugar, el derecho del acusado a permanecer callado; en segundo lugar, el derecho del acusado a no ser obligado a declarar en contra de sí mismo, lo que equivale a sostener que cualquier confesión suya debe ser voluntaria y, por último, el derecho a que de su silencio se infieran conclusiones negativas por parte del tribunal. Estos tres elementos son una consecuencia lógica de la presunción de inocencia, pues el acusado no tiene que probar absolutamente nada.

Estas garantías funcionan contra quien es objeto de una imputación penal, sin que a ello obste que se formule en sede judicial o extra-judicial: Policía, Fiscalía o Congreso, que se esté en cualquier fase del proceso o se tenga o no formalmente la calidad de imputado.

Los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable constituyen, en sustancia, una limitación impuesta a la actividad probatoria que cabe desplegar en el ámbito sancionador y una excepción al deber de colaboración con los tribunales.

Constituye, al decir de Binder, una manifestación privilegiada del derecho a defenderse de una imputación penal. El imputado tiene el derecho a introducir válidamente al proceso la información que considere adecuada. Él es quien tiene el señorío y el poder de decisión sobre su propia declaración (Binder 1993:179).

Sus principales efectos –según el profesor San Martín (1999:57)– son los siguientes:

- La no declaración no permite inferencias de culpabilidad (no es un indicio de culpabilidad).
- El imputado tiene el derecho de declarar cuantas veces quiera, pues es él quien controla la oportunidad y contenido de las informaciones que desea incorporar al proceso.
- Rige sólo cuando se obligue al imputado a emitir una declaración que exteriorice un contenido, de ahí que cuando se le obliga a someterse a una confrontación o careo, a una identificación, a una pericia (dar muestras de sangre, de orina o de cualquier fluido

corporal, o muestras caligráficas o someterse compulsivamente a experimentos de voces o a usar determinada ropa, etc.) no se viola esta garantía; en rigor, lo que se protege son las comunicaciones o testimonio del individuo, no la evidencia real o física derivada de la persona del imputado. Otro punto tiene que ver cuando se requiere al imputado a presentar determinada información contenida en sus archivos, que debe tenerla en atención a exigencias legales (required reports). Un sector de la doctrina considera que no hay infracción a la garantía estudiada si existe alguna relación entre la actividad regulada y el interés público, esto es, cuando la existencia de los récord de información era impuesta al público en general, cuando prima el interés regulatorio-administrativo.

Finalmente, cabe plantearse si este derecho del acusado a no prestar su colaboración puede ser interpretado no sólo como un derecho a guardar silencio, sino también como un derecho a mentir. Hay división en las opiniones. Por ejemplo Ignacio Díez-Picazo Giménez (1978:108), considera que sí, en razón que debe entenderse que el contenido del derecho no tiene únicamente una vertiente activa. El derecho a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable se ejercita tanto obviando responder total o parcialmente, como prestando una declaración no ajustada a la realidad de los hechos, sin que de ello se pueda derivar consecuencia sancionadora directa alguna, ni tampoco una consecuencia probatoria de cargo; es decir, ni de la demostración de la falsedad de la versión de un acusado se puede derivar una sanción penal por falsedad, ni tampoco la demostración de dicha falsedad o su escasa verosimilitud puede erigirse en prueba de cargo ni en indicio en su contra.

De otro lado, José Bandres Sanchez-Cruzat (1992:457) señala que no amparan estos derechos fundamentales el derecho a mentir ante los tribunales si se decide a declarar el imputado, porque la constitución no protege conductas ni bienes ilícitos, pero sí que impide que se realice al inculcado cualquier tipo de vejación, coacción física o psíquica, o presión para obligarle a declarar, deslegitimando cualquier confesión así obtenida.

b.8. El Derecho de Exclusión de Prueba Prohibida como Contenido del Derecho al Debido Proceso Penal

El empleo de procedimientos coaccionantes sobre la persona del imputado ha sido, lamentablemente, una constante en la historia del enjuiciamiento penal, fundamentalmente en los sistemas procesales de raigambre inquisitiva.

La dignidad de la persona humana sucumbe ante éstas prácticas inhumanas y degradantes, haciendo retroceder el proceso penal a etapas pretéritas.

Los Estados Modernos no pueden argumentar que el fin de la defensa social justifique la búsqueda de la verdad a cualquier precio. La búsqueda de la verdad no puede ser una aspiración que logre su satisfacción a costa de la libertad y de los derechos de la persona.

En ese sentido, no se puede combatir el delito con pruebas obtenidas con artimañas incompatibles con los niveles éticos, pues como dijera el juez Holmes en la sentencia del caso *Amstead versus US*, en 1928, hay que procurar que “el Gobierno no se ponga al

mismo nivel que los delincuentes, ni que el delito sea el medio para obtener la prueba del delito inicialmente perseguido.

En rigor –como enseña San Martín– la posición legal y doctrinaria respecto a la prueba prohibida traduce, citando a Fabricio Guariglia y Herbert L. Packer, los modelos de Estado: el modelo de “control del delito” y el “modelo del debido proceso”; el primero, administrativo y gerencial, el segundo, contradictorio y judicial. El interés de un Estado poderoso en castigar a todos los culpables, que exige una averiguación ilimitada de la verdad: modelo del Estado-Policía; en cambio, el interés del Estado de Derecho exige una limitación de las pesquisas estatales, a fin de salvaguardar los derechos de los inocentes y, especialmente, los derechos fundamentales: modelo del Estado de Derecho (San Martín 1999:646).

Nuestra Constitución de 1993, en el artículo 2º inciso 24 literal h), señala:

“Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes. Cualquiera puede pedir de inmediato el examen médico de la persona agraviada o de aquella imposibilitada de recurrir por sí misma a la autoridad. Carece de valor las declaraciones obtenidas por la violencia. Quién la emplea incurre en responsabilidad.”

Esta fórmula constitucional viene a ampliarse y a vigorizarse en virtud de los tratados internacionales sobre derechos humanos y declaraciones especializadas en la actividad judicial, que contienen normas expresas sobre la prohibición de la tortura, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

En ese sentido, tenemos por ejemplo el artículo 12º de la Declaración Contra la Tortura, que señala: “Ninguna declaración que se demuestre que ha sido hecha como resultado de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes podrá ser invocada como prueba contra la persona involucrada ni contra ninguna otra persona en ningún procedimiento”.

La norma 16º de las Directrices sobre la Función de los Fiscales ^{122 123}, contiene una recomendación muy ética, al establecer que: “Cuando los fiscales tengan en su poder pruebas contra sospechosos y sepan o tengan sospechas fundadas de que fueron obtenidas por métodos ilícitos que constituyan una violación grave a los derechos humanos del sospechoso, especialmente torturas, tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes u otros abusos de los derechos humanos, se negarán a utilizar esas pruebas contra cualquier persona, salvo contra quienes hayan empleado esos métodos, o lo informarán a los tribunales, y adoptarán todas las medidas necesarias para asegurar que los responsables de la utilización de dichos métodos comparezcan ante la justicia.”

¹²² Instrumento que no tiene el carácter de tratado, pero que sin embargo, peor sí tiene la fuerza persuasiva de haber sido negociados para los gobiernos a lo largo de muchos años y de haber sido adoptados por órganos políticos, como la Asamblea General de la ONU, normalmente por consenso. A causa de esta fortaleza política, con frecuencia se consideran a estos instrumentos tan vinculantes para los Estados como si fuesen tratados.

¹²³ Fue adoptada en el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente en 1990 y celebrada por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

En el plano legal, el artículo 195° del Código Procesal Penal de 1991, establece además que:

“Todo medio de prueba, para ser valorado, debe haber sido obtenido por un procedimiento legítimo e incorporado al proceso conforme a la Ley.”

Tratándose de una norma procesal, este artículo está dirigido a los órganos competentes, los únicos autorizados para obtener, incorporar y valorar las pruebas judicialmente. La legalidad del procedimiento para obtener o incorporar un elemento probatorio está fundamentalmente determinada por el respeto de los derechos de la persona.

Por esto, tradicionalmente se declaran carentes de efectos legales las pruebas obtenidas mediante violencia, indebida intromisión en el domicilio, comunicaciones o documentos personales o la violación de cualquier otro derecho fundamental de la persona.

Sin embargo, cuando estos criterios no han sido respetados, surge el problema de saber si las pruebas indebidamente obtenidas o administradas tienen o no valor para iniciar o continuar un proceso penal y, llegado el caso, dictar sentencia condenatoria o absolutoria. Se trata pues de determinar qué destino dar a las pruebas ilegales en un proceso penal.

La perspectiva tanto doctrinaria como jurisprudencial, no ha permitido que legislación alguna adopte de manera exclusiva una u otra solución. Para decidir si una prueba obtenida ilegalmente puede o no ser utilizada en el proceso, se recurre a determinadas criterios.

Uno de los más usados es el de la comparación de los intereses en presencia como es el interés del individuo en la protección de sus derechos fundamentales y de otro lado, el interés del Estado en la represión de los delitos.

En la práctica, los juristas distinguen entre inutilidad absoluta y relatividad de la prueba ilegal. En el primer caso, se sostiene que la prueba obtenida en tales circunstancias (violando normas sustanciales) ¹²⁴ no tiene capacidad probatoria, solución que se considera correcta en un Estado de Derecho (posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico y de su condición de inviolables), porque la investigación de un delito no justifica la comisión de otro para el descubrimiento del primero; ni siquiera el Estado debe utilizar medios por él proscritos, para averiguar las conductas delictivas que se estimen cometidas (Suárez 1998:155).

Esta corriente ha dado lugar a que en los Estados Unidos de América se haya elaborado la teoría del “fruto envenenado” «fruit of the poisonous tree dictrine» conforme a la cual, el restarle mérito a la prueba ilegalmente obtenida afecta a aquellas otras pruebas que, si bien son en sí mismas legales, están basadas en datos conseguidos por aquella prueba ilegal, llegándose a concluir que tampoco esas pruebas legales puedan ser admitidas.

¹²⁴ No cabe duda que la norma constitucional es de carácter sustancial y como consecuencia se está refiriendo a todos los casos en que se violen los derechos reconocidos a los individuos independientemente del proceso específico

Finalmente, con respecto a esta solución, no sólo se niega validez al medio probatorio ilegal, sino que, además, se ordena investigar penal y disciplinariamente al agente estatal que la practicó.

Más aún, el artículo 173° del Código de Procedimiento Penal Francés establece que el acto anulado es retirado del expediente y además prohíbe extraer dato alguno de los actos anulados y la infracción de ésta prohibición se conmina bajo la amenaza de prevaricación para los magistrados y de diligencias disciplinarias para los defensores (López de Quiroga 1989:99).

No obstante la contundencia de esta posición sobre la invalidez probatoria, se ha venido abriendo un nuevo derrotero doctrinario. El profesor Hurtado Pozo, señala que ante el conflicto de intereses individuales, parece conveniente optar por una solución intermedia que busque establecer un equilibrio, que redundará en el desarrollo ordinario de las actividades y el fortalecimiento del Estado de Derecho. Así, como resulta inadmisibles condenar a un inculpado sobre la base de una sola prueba ilegal, también repugna no sancionarlo por el simple hecho de que su responsabilidad ha sido demostrada también mediante una prueba obtenida violando una norma procesal (Hurtado 2001:74).

En todo caso, señala Hurtado Pozo, la utilización de las pruebas irregulares debe ser confirmada por la obtención y administración de otros elementos probatorios que las confirmen. Esta manera flexible de abordar el problema planteado es quizá la más conveniente para reforzar el Estado de Derecho, el que depende más de la capacidad y honestidad de las personas que de la perfección de las normas legales (Hurtado 2001:75).

El segundo caso, sobre la relatividad de la validez probatoria del medio logrado en forma irregular. Esta tesis acepta la validez probatoria del medio logrado en forma irregular, sin perjuicio de que se investigue el delito cometido por el agente que la obtuvo, al entender sus seguidores que el respeto a la verdad revelada por dicha prueba hace que la misma deba admitirse y tenerse en cuenta en la sentencia. Se trata de la prueba obtenida violando normas procesales, que puede ser apreciada una vez se subsane la irregularidad.

En éste supuesto, por ejemplo, si se recibe el testimonio sin citación de la contraparte, se puede señalar una nueva fecha para recibirla o sencillamente no se apreciará en la providencia respectiva por no haberse cumplido con el derecho de contradicción (Parra 1997:38).

Al margen de estas dos concepciones sobre el tema, la tendencia moderna en el derecho comparado sobre el desarrollo en la protección de este derecho, parece encontrar una salida en el llamado criterio de la proporcionalidad que fundamentalmente rescata la teoría alemana, para considerar en cada caso concreto, la situación. Este consiste en contrastar los derechos fundamentales. Así se desprende del artículo 8° del Convenio Europeo de Derechos Humanos (las intervenciones serán proporcionadas a la finalidad legítima perseguida con la injerencia). La proporcionalidad se proyecta en muchas direcciones: gravedad del hecho, viabilidad de la medida, intereses afectados y trascendencia de la cuestión. Debiendo considerarse de forma equilibrada, armónica y

motivada con el correspondiente control judicial de su efectiva realización y seguimiento (De Urbano 1998:64).

b.9 El Principio del Ne Bis In Idem como contenido esencial del Derecho a Debido Proceso Penal

Otro requisito básico que los Tratados Internacionales sobre derechos humanos imponen para el debido proceso es el de evitar el doble juzgamiento. Esto significa que la persona no puede ser procesado o castigado de nuevo por la misma jurisdicción de un mismo país a causa de una infracción penal por la que ya haya sido absuelto o condenado en virtud de una sentencia firme. Sin embargo, sí puede ser sometida a un segundo proceso si el objeto de éste último consiste en revisar la sentencia condenatoria del primero para determinar si es admisible una revocación de esa condena y una absolución.

En el evento de que inicialmente el acusado haya sido absuelto, dar a la parte acusadora una nueva oportunidad de obtener una condena parece injusto; si el acusado ha sido inicialmente encontrado culpable, ha sido condenado y ha cumplido su pena, un nuevo proceso por los mismos hechos parece aún más injusto. Sin embargo, la prohibición de la doble incriminación no prejuzga, en principio, sobre la rectitud o justicia del proceso en sí, sino sobre la posibilidad misma de juzgar a una persona más de una vez por los mismos hechos, independientemente de que en el procedimiento que se le siga se observen todos los derechos del acusado (Faúndez 1995: 176).

La violación del principio non bis in idem, sometiendo al acusado a procesos sucesivos, repitiendo el intento por condenarlo, le coloca en una posición de desventaja frente a la parte acusadora. Mientras el acusado debe correr con 1a carga de tener que acumular nueva evidencia, teniendo que incurrir en el costo (material y psicológico) de preparar una nueva defensa, y debiendo soportar la perturbación y la ignominia de un nuevo proceso (y, probablemente, un nuevo arresto), viviendo en una constante inseguridad, la parte acusadora tiene, a la inversa, una nueva oportunidad de obtener una condena, o una oportunidad de volver a castigar por un hecho ya sancionado (Faúndez 1995:177).

El pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone en su artículo 14.7:

“Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la Ley y el procedimiento penal de cada país”.

A su turno, el artículo 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos ordena:

“El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a un nuevo juicio por los mismos hechos”.

Puede notarse que la Convención Americana reduce la aplicación del principio, al consagrarlo a favor del “inculpado absuelto”, dando a entender que el condenado sí puede ser sometido a nuevo juicio.

El derecho al “non bis in idem” no ha sido consagrado expresamente en nuestra constitución. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia peruana suelen deducir su

contenido del artículo 139° inciso 13° de la Constitución de 1993, que señala:

“Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada”.

En el plano legal, el artículo 90° del Código penal, establece que: “Nadie puede ser perseguido por segunda vez en razón de un hecho punible sobre el cual se falló definitivamente”.

El artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Penal de 1991, señala a su vez: “Nadie puede ser procesado o sancionado más de una vez por un mismo hecho constitutivo de una acción u omisión punible.”

En ese sentido y sólo como derivación de la cosa juzgada, se acepta o interpreta en nuestra doctrina y jurisprudencia la supuesta regulación del non bis in idem, dándole así cabida en nuestro sistema jurídico. Además, es posible determinar su contenido mediante la remisión a otros principios constitucionales, como el que consagra la libertad y seguridad personales, o el que alude a las garantías para una correcta administración de justicia, como es el tema de esta tesis (debido proceso), la independencia de la función jurisdiccional, la motivación de las resoluciones judiciales, la pluralidad de instancias y otros.

No obstante ello, en una resolución dictada por nuestro Tribunal Constitucional (STC N° 109-98-HC-TC/ 2 de junio de 1998)), integró el principio del non bis in idem dentro del derecho al debido proceso, regulado en el artículo 139° inciso 3° de la Constitución, sosteniendo que significa que el imputado absuelto por una resolución judicial firme, no puede ser sometido a un nuevo proceso por los mismos hechos, esto es, reconoce la dimensión procesal de la garantía del ne bis in idem; y, segundo, señala que la res iudicata o cosa juzgada reconocida en el artículo 139° inciso 13° de la Constitución, supone la prohibición de que un individuo con resolución absolutoria y firme pueda verse sometido a un nuevo proceso judicial en que se juzgue los mismos hechos que motivaron la inicial sentencia, tesis última no bien formulada, dado que el ne bis in idem material, como ya se dejó expuesto, prescribe que nadie puede ser sancionado dos veces por una misma conducta.

El profesor Urquiza Olachea intenta aclarar esta situación, señalando que el non bis in idem, dentro del principio de legalidad, posee una autonomía conceptual y material, siendo sus efectos jurídicos diferentes al de la cosa juzgada penal. Es decir, en la declaración de la sentencia que pasa en autoridad de cosa juzgada se manifiesta, por medio de una resolución firme, la voluntad de la ley en el caso concreto y se afirma el Derecho que rige a las partes.

De otro lado, en la aplicación del non bis in idem, no es condición necesaria una resolución final que cree estado y, por tanto, con capacidad coercitiva y de ejecución, dado que el principio en estudio posee una existencia independiente al principio de la cosa juzgada. (Urquiza 2000:132).

Asimismo, señala nuestro autor consultado, el non bis in idem tiene lugar cuando hay

amenaza de doble enjuiciamiento a las mismas personas, por los mismos hechos y, sobre todo, con el mismo fundamento jurídico. Este principio se acciona ya sea por la existencia de un doble enjuiciamiento, aún cuando ninguno de ellos haya llegado a la etapa final en la que el juez penal decide el caso concreto y tal decisión es inapelable.

Ahora, cuando se invoca el principio luego de una sentencia ejecutoriada, el terreno en el que nos movemos es el de la cosa juzgada, una de cuyas consecuencias es evitar no el doble enjuiciamiento sino uno nuevo y segundo enjuiciamiento, utilizando los mismos argumentos que fueron ventilados en la sentencia ejecutoriada (identidad de personas, hechos y fundamento jurídico).

Esta interpretación ha sido fijada en la sentencia de fecha 22 de abril de 1991 expedida por la Corte Superior de Justicia de Lima, que precisa:

“Para al procedencia de la excepción de la cosa juzgada es requisito esencial la existencia del fallo definitivo, capaz de impedir segundo juzgamiento por el mismo hecho punible.”

Por su parte, el profesor César San Martín considera que la garantía del *ne bis in idem*, se expresa en dos exigencias. La primera exigencia consiste en que no es posible aplicar una doble sanción, siempre que se presente la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento, esto es, cuando existe una misma ilicitud, de suerte que en el campo administrativo -donde se presentan los mayores problemas en su relación con la jurisdicción penal- estará vedada imponer al funcionario o servidor una sanción adicional a la penal cuando el interés jurídicamente protegido sea el mismo que el protegido por el tipo penal no siendo suficiente al respecto la sola invocación de las relaciones de especial sujeción con la Administración ¹²⁵ (San Martín 1995:61,62).

La segunda exigencia se aplica en el concurso aparente de leyes, en cuya virtud se impide que por un mismo contenido de injusto puedan imponerse dos penas criminales. Al respecto -citando a Carlos Carbonell Mateu- señala que esta garantía afecta a la aplicación de varias normas que se refieran una identidad de sujeto, hecho y fundamento, esto es, que a un mismo individuo, como consecuencia de la realización de una misma conducta de la producción de un mismo resultado, no se le pueden aplicar dos o más distintas cuya fundamentación sea la misma tutela del mismo bien jurídico. Esta garantía, igualmente, extiende también su operatividad a la concurrencia entre las leyes penales y cualquier otra clase de leyes sancionadoras, en cuya virtud veda asimismo en este caso que una misma infracción pueda ser resultar doblemente sancionada.

Desde la perspectiva procesal, el *ne bis in idem* es un derecho constitucional a no ser enjuiciado dos veces por el mismo delito y su fundamento se halla en las exigencias

¹²⁵ Esta interpretación, consideramos que es correcta. La razón estriba en el hecho que en el proceso penal se desarrollan todas las garantías y mecanismos de seguridad jurídica, tanto a nivel de los actos procesales como en la valoración de las pruebas. Los mecanismos de protección y de control a favor de las garantías individuales que tiene el Derecho penal son mucho más exigentes que otras ramas del ordenamiento jurídico, incluida la administrativa. Además, si el derecho penal impone las sanciones más graves del ordenamiento jurídico, los mecanismos procedimentales y de control racional en la aplicación de dichas sanciones tienen que ser los más severos y rigurosos del ordenamiento jurídico. De otro lado, en el caso del procedimiento administrativo, por no estar orientado a la protección de garantías personales, no puede tener preferencia sobre lo que decida el proceso penal.

particulares de libertad y seguridad del individuo. Igualmente, la fuente de conflicto se suscita cotidianamente con la potestad sancionadora de la Administración. En este caso, no sólo la Administración ha de estar subordinada a la autoridad judicial, sino que no puede realizar actuaciones en hechos que puedan ser constitutivos de delito o falta según la legislación penal y necesariamente debe respetar la cosa juzgada, imposibilitando que se produzca un nuevo pronunciamiento sobre el tema. Al respecto, Vives Antón enfatiza que si la jurisdicción penal declara que los hechos no están probados, la Administración u otro jurisdiccional han de entender necesariamente que los hechos no existen, estando obligados a tener ya por inocente respecto de esos hechos al sujeto (San Martín 1999:62,63).

Asimismo, esta garantía se extiende a la propia calificación jurídica de los hechos cuestionados, en lo que se refiere al derecho sancionador; es decir, aún si se declara en sede penal que el hecho no es delito, en tanto existe una unidad del derecho sancionador (del penal y del administrativo), no es posible someter ese mismo hecho, ya juzgado, a un nuevo enjuiciamiento por razón de sucesión de normas en el tiempo aunque sea en sede administrativa. El imputado no puede ser sometido a un doble, riesgo real.

El Caso Loayza Tamayo (Sentencia del 17 de setiembre de 1997) –que constituyó la primera oportunidad en donde la Corte Interamericana se pronunció respecto a este derecho- estableció que si la justicia militar al dictar una sentencia se pronuncia sobre los hechos objeto de la acusación, valorando los elementos probatorios del comportamiento atribuido, no es posible que esos mismos hechos, bajo otra perspectiva jurídica, sean de conocimiento por la justicia ordinaria. Este fallo, constituye, en buena cuenta, la consagración jurídica del *ne bis in idem* procesal, que proscribe no la doble sanción sino, propiamente, el doble enjuiciamiento, la posibilidad de que a un individuo se le someta a un doble riesgo real.

Este principio –en su dimensión procesal- tiene su fundamento en la doctrina del «double jeopardy»¹²⁶ que se asienta en la idea de que: “No debe permitirse que el Estado, con todos sus recursos y poder, pueda repetir el intento de obtener la condena de un individuo, sometiéndole a una nueva ordalía, con la vergüenza y gasto que ello implica, y obligándole a vivir en un estado de inseguridad y ansiedad y a afrontar por segunda vez la posibilidad de ser condenado, aun siendo inocente.”

Finalmente, si bien la prohibición de la doble incriminación no parece ofrecer mayores dificultades en cuanto a la realización de procesos subsecuentes, en la misma jurisdicción, por los mismos hechos y por la misma figura penal, la aplicación de esta garantía puede no ser tan sencilla en situaciones distintas a la antes descrita.

¹²⁶ La doctrina del “double jeopardy” proviene del sistema jurídico anglosajón. La Quinta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, señala: “Nadie debe ser obligado a poner dos veces en peligro su vida o su integridad física por la misma ofensa”. Este mecanismo opera en el sentido que el fiscal, a quién se le faculta perseguir penalmente a un imputado, sólo puede utilizar esta oportunidad una vez. Así, si no logra convencer en un juicio al Jurado de la culpabilidad del agente, siendo éste declarado absuelto por el mismo, no tiene posibilidad alguna de impugnar dicha decisión, pues se entiende que el jurado representa para el ciudadano un instrumento de garantía procesal en materia penal y su decisión constituye un derecho del imputado, en razón de que ya el Estado, a través del fiscal, ejerció el mecanismo más vigoroso: la coerción penal. En consecuencia, el principio se edifica admitiendo que no se debe exponer al riesgo de un nuevo proceso a quién a quién ya lo ha sido por el mismo hecho

En efecto, el principio non bis in idem también es relevante en otro supuesto: en el evento de que el acusado sea sometido a un nuevo proceso, por los mismos hechos (incluso si son calificados jurídicamente del mismo modo que en el primer proceso), pero ante la jurisdicción de los tribunales de un Estado distinto al primero que conoció de la causa.

El Comité de Derechos Humanos ¹²⁷ examinó el caso de un ciudadano italiano procesado por las autoridades de Italia después de haber sido condenado en firme en Suiza por los mismos hechos, y concluyó que la prohibición de no procesar más de una vez por el mismo delito no se había infringido. El Comité observa que esta disposición prohíbe un nuevo procesamiento sólo respecto de una infracción determinada judicialmente en un Estado dado.

Como una variante de este mismo supuesto, no serán oponibles a la Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma), aquellas investigaciones o procesos fraudulentos, es decir, que tengan la finalidad de sustraer a las personas de su responsabilidad penal por la comisión de crímenes de competencia de la Corte (literal a, inciso 2 del artículo 17 del Estatuto), que dilaten de manera tal el juzgamiento que resulte incompatible con la voluntad de juzgar (literal b, inciso 2 del artículo 17) o aquellos que hayan sido conducidos o se conduzcan sin las garantías de independencia e imparcialidad o que sean incompatibles con la intención de hacer comparecer a los supuestos responsables (literal c, inciso 2º del artículo 17º del Estatuto) ¹²⁸.

En el caso de personas que han sido juzgadas por actos que constitúan violaciones graves del derecho internacional humanitario ante un tribunal internacional, no pueden ser procesadas de nuevo por estos actos ante un tribunal nacional.

b.10 El Derecho a una Resolución Motivada y Fundamentada en Derecho como contenido esencial del Derecho al Debido Proceso Penal

Uno de los principios fundamentales de la función jurisdiccional consagrado por el artículo 139 inciso 5º de la Constitución de 1993, es la motivación escrita de las resoluciones judiciales, con la obligación expresa de hacer mención a la Ley aplicable y a los fundamentos de hecho en que se sustenta. Con ello se busca garantizar que el juzgador, al momento de resolver un conflicto, lo haga conforme a Derecho y no en base a la arbitrariedad.

El deber de los jueces de motivar y fundamentar las resoluciones judiciales que se reconoce en dicha norma constitucional, constituye un principio esencial y obligado del modo de ejercer la potestad jurisdiccional en un Estado Social y Democrático de Derecho. En consecuencia, se puede afirmar que este derecho público subjetivo, provoca una intensa capacidad de reacción frente a decisiones del poder jurisdiccional incongruentes, arbitrarias e irrazonables.

Asimismo, haciéndose explícitos el razonamiento y los fundamentos considerados para emitir una determinada decisión, se permite a los abogados y a los justiciables

¹²⁷ Comité de Derechos Humanos. Caso A.P. v. Italy. (204/1986). 2 de noviembre de 1987.

¹²⁸ Corte Penal Internacional. Estatuto de Roma. Defensoría del Pueblo. 2000. Pág.26.

ejercer un derecho que constituye otro principio básico de la administración de justicia dentro de ese Estado, esto es, realizar el análisis y la crítica de las sentencias y resoluciones judiciales.

No en vano buena parte de la legitimidad social y del grado de prestigio (o de desprestigio) que corresponda al sistema judicial de un país, depende de la actuación de sus jueces y fiscales, que se exterioriza –primordialmente– en el contenido de sus resoluciones y en la motivación de las mismas. Siendo un rasgo particular del Derecho que la resolución de un conflicto o problema jurídico pueda muchas veces admitir más de una solución o respuesta correcta.

Héctor Fix-Zamudio (1977:13) señala que el artífice del fallo es el juzgador, y de su preparación, capacidad y sensibilidad jurídica –y también humana– dependen el resultado que se alcance en la culminación del proceso, que es precisamente la sentencia, y su consecuencia lógica y necesaria que es la ejecución.

La exigencia de motivación de las resoluciones judiciales se convierte en un requisito crucial e imprescindible, en la medida que es la única forma de conocer y evaluar el itinerario del razonamiento seguido por quién adopta una decisión, así como los fundamentos en que pretende apoyar su argumentación. Sólo ello nos permitirá compartir o disentir de tales argumentos y brindar aprobación o expresar cuestionamiento frente a la resolución sometida a análisis.

Esto lo decimos, en razón que, como principio –y nunca como fin– una decisión judicial se entiende como el proceso lógico-formal silogístico que sigue el juzgador para arribar a una conclusión, donde la premisa menor es el hecho fáctico; la premisa mayor el razonamiento en derecho o la aplicación de la Ley pertinente al caso concreto sobre la base del material probatorio; y la conclusión es el fallo o resolución.

Dentro de esto, no cabe desconocer cuál o cuáles han sido los fundamentos de la premisa mayor, o de ambas premisas, y sólo consignar el resultado. Además no se podría cuestionar a través de la impugnación –u otro recurso– dicha decisión.

Lamentablemente, a pesar del claro mandato constitucional y de la importancia de esta exigencia en el grado de aceptación social de las sentencias, la insuficiente o deficiente motivación de las resoluciones es una de las carencias más acusadas y unánimemente reconocidas en nuestro sistema judicial. Sea que esta carencia provenga de la falta de preparación de los magistrados en este campo, de la sobrecarga de trabajo, o de la voluntad de encubrir una decisión arbitraria o inadecuada, lo cierto es que esta situación poco contribuye a afianzar el rol medular que corresponde al magistrado en el desarrollo y mejoramiento del servicio de administración de justicia. Adicionalmente, tal limitación impide que la jurisprudencia se convierta en un factor esencial de guía para la interpretación y aplicación de las normas, atentando contra la previsibilidad y seguridad que requiere todo ordenamiento jurídico moderno.

La exigencia de la motivación de las resoluciones judiciales si bien es cierto es propio de la modernidad, Luigi Ferrajoli, encuentra algunas huellas de esta exigencia en algunos hechos o documentos históricos. Al respecto señala que:

“Aunque se encuentren huellas de la motivación en las jurisdicciones estatutarias, en

la eclesiástica de la Santa Inquisición y antes aún en la de los magistrados romanos, el principio de la obligación de *reddere rationem* de las decisiones judiciales, y específicamente de las sentencias, es rigurosamente moderno.” (Ferrajoli 1995:622).

Luego, el representante del garantismo, agrega:

“Encarecida por Bacon y después por el pensamiento ilustrado, la obligación fue sancionada por primera vez en la Pragmática de Fernando IV de 27 de septiembre de 1774; después por el artículo 3º de la *Ordonnance criminelle* de Luis XVI de 1 de mayo de 1788; posteriormente, por las leyes revolucionarias del 24 de agosto y 27 de noviembre de 1790 y por el artículo 208 de la Constitución Francesa de 1795, y, por fin, recibida a través de la codificación napoleónica por casi todos los códigos decimonónicos europeos. Mayores resistencias encontró la obligación de motivar en los sistemas anglosajones de tradición acusatoria a causa de la discutible idea de la incompatibilidad entre motivación técnica y veredicto de los jurados.” (1995:623).

El magistrado español Perfecto Andrés Ibañez, en un trabajo ¹²⁹ publicado en la prestigiosa revista de Filosofía del Derecho “Doxa”, señala lo siguiente:

“A juicio de Calamandrei ¹³⁰, la motivación constituye el signo más importante y típico de la “racionalización” de la función judicial. Y, aunque no siempre en la historia la imposición del deber de motivar ha respondido al interés de conferir mayor racionalidad en el más amplio sentido de racionalidad democrática al ejercicio del poder de los jueces, lo cierto es que la resolución motivada, como resultado, sí ha operado objetivamente a favor de ese interés.

(...)

Con todo, es una evidencia que la constitucionalización del deber de motivar las sentencias, a partir de 1978 y por primera vez en nuestra experiencia histórica, ha significado un cambio de paradigma”.

En efecto, en nuestro país, como en otros del entorno, la primera aparición del deber de motivar responde prioritariamente a exigencias de carácter político: se busca en él una garantía frente al arbitrio.

En ese sentido, la fundamentación y motivación de toda decisión jurisdiccional, y no sólo de los fallos o de la declaración de certeza, es una de las principales garantías para

¹²⁹ El artículo se denomina: “Acerca de la Motivación de los Hechos en la Sentencia Penal”.

¹³⁰ Además, este gran jurista enseña: “...este requisito de la motivación tiene preponderantemente una función exhortativa y por así decirlo, pedagógica. El juez no se conforma con ordenar, no se limita ya al “*sic volo, sic iubeo*” enunciado desde lo alto de su sitial, sino que desciende al nivel del justiciable y al mismo tiempo que manda, pretende explicarle la racionalidad de esa orden. La motivación es ante que nada, la justificación que quiere ser persuasiva de la bondad de la justicia (...), pero además, de esta finalidad psicológica de justificación y de persuasión, la motivación tiene también otra función más estrictamente jurídica, o sea la de poner a las partes en condición de verificar si el razonamiento que ha conducido al juez a decidir en determinado sentido, puede descubrirse alguno de aquellos defectos que dan motivo a los diversos medios de impugnación (...), la motivación llega a ser de este modo el espejo revelador de los errores del juzgador (La Crisis de la motivación. Proceso y Democracia. Buenos Aires. 1960. Pág. 115).

el justiciable en la conformación del derecho que comentamos.

No obstante que este derecho, la jurisprudencia española ¹³¹ lo atrapa dentro de los presupuestos del derecho a la tutela judicial efectiva, consideramos que todo su desarrollo teórico resulta interesante y pertinente al trasluz de las sentencias que han fijado los alcances del citado derecho.

Una aplicación de la legalidad que sea arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no puede considerarse fundada en Derecho, siendo lesiva del artículo 139º inciso 5º de la Constitución y del artículo 12 del D.S. 017-93-JUS (Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial). En ese sentido, los casos en los que la sentencia contienen contradicciones internas o errores lógicos que hacen de ella una resolución manifiestamente irrazonable por contradictoria y, en consecuencia, carente de motivación.

El profesor Joan Picó i Junoy (1997:61), enseña con relación a este derecho:

“Esta obligación de fundamentar las sentencias no puede considerarse cumplida con la mera emisión de una declaración de voluntad del juzgador, en un sentido o en otro, sino que el deber de motivación que la Constitución y la ley exigen imponen que la decisión judicial esté precedida de la argumentación que la fundamente. No se trata de exigir a los órganos jurisdiccionales una argumentación extensa, exhaustiva o pormenorizada que vaya respondiendo, punto por punto, a cada una de las alegaciones de las partes, ni impedir la fundamentación concisa o escueta que en cada caso estimen suficiente(...).

Asimismo, señala este autor:

“la exigencia de motivación no implica necesariamente una contestación judicial expresa a todas y cada una de las alegaciones de las partes. Si el ajuste entre fallo y peticiones de las partes es sustancial y se resuelven, aunque sean genéricamente, las pretensiones válidamente deducidas en juicio, no se conculca el artículo 24 C.E., pese a que no haya pronunciamiento respecto de alegaciones concretas no sustanciales”.

Por su parte, en un trabajo sobre selección de jurisprudencia en materia de Derechos fundamentales y principios Constitucionales del profesor Francisco Rubio Llorente (1995:280), señala lo siguiente:

“(...) este derecho a la motivación de las sentencias ha sido matizado por la misma doctrina constitucional en el sentido de que no autoriza a exigir un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes pueden tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundadores de la decisión; no existiendo, por tanto, un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación judicial, ni corresponde a este tribunal censurar

¹³¹ El Tribunal Constitucional Español afirma, constantemente, que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el de obtener una resolución fundada en Derecho que ponga fin al proceso. (Joan Picó i Junoy. Las Garantías Constitucionales del Proceso. 1997. Bosch)

cuantitativamente la interpretación y aplicación del derecho o revisar la forma y estructura de la resolución judicial.”

En otra perspectiva, Luigi Ferrajoli (1995:623), entiende que la motivación de las resoluciones judiciales -en cuanto asegura el control de la legalidad y del nexo entre convicción y pruebas- tiene un valor «endo-procesal» de garantía de defensa y el valor «extra-procesal» de garantía de publicidad. Y, además, puede ser considerada como el principal parámetro tanto de la legitimación interna o jurídica como de la externa o democrática de la función judicial.

Finalmente, con relación al derecho de obtener una resolución fundada en Derecho, que tiene un desarrollo distinto al de la motivación de resolución, la jurisprudencia española, lo considera como una garantía máxima frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad en la actuación de los poderes públicos. En ese sentido, esta exigencia se conecta también con el principio de la primacía de la Ley, como factor determinante del legítimo ejercicio de la función jurisdiccional.

La mencionada exigencia constitucional que analizamos no puede entenderse cumplida con una fundamentación cualquiera del pronunciamiento judicial. Muy por el contrario –como señala el profesor Rubio Llorente– se requiere de una “fundamentación de Derecho”; es decir, que en la propia resolución se evidencie de modo incuestionable que su razón de ser es una aplicación razonada de las normas que se consideran adecuadas al caso.

Para concluir, debemos indicar que la motivación y el fundamento en Derecho de las resoluciones judiciales, señala la jurisprudencia española en su sentencia (STC55/1987)¹³², descansa sobre una serie de finalidades que son esenciales, tanto si se las contempla desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, como desde la propia esencia de la función jurisdiccional. Estas finalidades son:

- Garantiza la posibilidad de control de la sentencia por los tribunales superiores.
- Logra la convicción de las partes en el proceso sobre la justicia y corrección de una decisión judicial que afecta los derechos de un ciudadano.
- Mostrar el esfuerzo realizado por el tribunal para garantizar una resolución carente de arbitrariedad, lo que sólo puede lograrse “si la sentencia hace referencia a la manera en que debe inferirse de la Ley la resolución judicial, y expone las consideraciones que fundamentan la subsunción del hecho bajo las disposiciones legales que aplica.
- Hace patente el sometimiento del juez al imperio de la Ley (Picó i Junoy, 1997: 64)
- Permite el control de la actividad jurisdiccional por parte de la opinión pública, cumpliendo así con el requisito de publicidad.(Picó i Junoy, 1997:64).

b.11 El Derecho a Probar (o a la Prueba) como contenido esencial del Derecho al Debido Proceso Penal

En el derecho comparado, existen recientes trabajos doctrinarios y desarrollos

¹³² RUBIO LLORENTE, Francisco. Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales (Doctrina Jurisprudencia). Ariel Derecho. 1995.

jurisprudenciales que, alejándose de la perspectiva que estudia la prueba como mera actividad –que sólo analiza el conjunto de normas que regulan su admisibilidad y desarrollos procedimentales– reconoce la existencia de un derecho básico o esencial, que nos permite hablar con todo rigor del derecho fundamental a probar o del derecho a la prueba.

El derecho a probar –en opinión de Reynaldo Bustamante– es aquél derecho subjetivo, perteneciente al grupo de los llamados derechos fundamentales, que posee todo sujeto de derechos por el sólo hecho de serlo, que le permite utilizar dentro de un proceso o procedimiento, conforme a los principios que lo delimitan y le dan contenido, todos los medios probatorios pertinentes que resulten necesarios para acreditar los hechos que sirven de fundamento a su pretensión o a su defensa (Bustamante 1997:172).

Se trata de un derecho que no tiene por objeto o materia convencer al juzgador sobre la verdad de los hechos afirmados por los sujetos procesales, es decir, no es un derecho a que el juzgador se dé por convencido en presencia de ciertos medios probatorios, sino a que se admitan y actúen los ofrecidos por los sujetos procesales distintos a él (como demandantes o denunciadores o demandados o denunciados) y los valore debidamente teniéndolos en cuenta en la sentencia o decisión, con prescindencia del resultado de su apreciación, es decir, independientemente de que quede convencido o no sobre los hechos afirmados.

Si bien es cierto, este derecho no tiene un reconocimiento expreso y literal en la Constitución de 1993, de conformidad con el artículo 3º del mismo texto, se deja establecido que los derechos fundamentales no se agotan en la enumeración que el derecho positivo haga de ellos. De igual forma el artículo 9º de la Constitución de los Estados Unidos de América recoge casi el mismo principio: “No por el hecho de que la Constitución enumera ciertos derechos ha de entenderse que niega o menosprecia otros que retiene el pueblo.

Faúndez Ledesma (1991:23), señala al respecto: “El derecho de la defensa a valerse de otros medios de prueba probatorios distintos de los testigos, si bien no se encuentra expresamente consagrado, puede desprenderse del derecho a la defensa, en condiciones de igualdad con la parte acusadora. En realidad, éste no es sino otro aspecto del derecho del acusado a contar con las “facilidades” necesarias para la defensa.”

De otro lado, el carácter fundamental de este derecho, ya tiene un reconocimiento constitucional, jurisprudencial y doctrinal en el derecho comparado. Por citar un ejemplo, tenemos el caso del inciso 2º del artículo 24º de la Constitución Española de 1978.

Dentro de las garantías relativas a la prueba o evidencia desarrolladas por el profesor Héctor Faúndez Ledesma ¹³³ señala lo siguiente: “Un último aspecto a ser considerado, en relación a las reglas de evidencia se refiere al derecho del acusado a presentar evidencia en su favor. Si bien la persona acusada no tiene que probar nada, ella tiene derecho a ser oída y a contar con todos los medios adecuados para la

¹³³ El derecho a un juicio justo. Tomado de: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Nro 80. Universidad Central de Caracas - Venezuela., 1991.

preparación de su defensa”.

En ese sentido, el artículo 14º, párrafo tercero, literal e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, refiriéndose específicamente a la prueba testimonial, señala que el acusado tiene derecho a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y a que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo.

En cuanto a la Convención Americana, el artículo 8º, párrafo segundo, letra f), consagra el derecho de la defensa a interrogar a los testigos presentes en el tribunal y obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos.

Es claro que el artículo 8º de la Convención en general, vigila porque el proceso penal tenga un corte acusatorio (garantismo, contradicción, oralidad, etc), lo que le otorga al imputado la facultad de participar en forma activa en la producción de la prueba, particularmente interrogando, repreguntando y tachando o recusando a testigos y peritos. Ello evidencia, además, que los testimonios y dictámenes deben presentarse en presencia del imputado y su defensor, salvo una absoluta imposibilidad material. Es además, un derecho del imputado, fiscalizar la legalidad de la prueba para determinar su veracidad e imparcialidad, hacer las observaciones pertinentes e impugnarla en la etapa procesal correspondiente.

Esta garantía importa el derecho del imputado y su defensor de intervenir en el proceso y, particularmente, de hacerse oír por el juez, de traer al proceso toda prueba que consideren oportuna para respaldar su defensa, de controlar la actividad de la parte o partes contrarias y de combatir sus argumentos y las pruebas de cargo.

La deficiencia que tiene esta garantía del artículo 8.2.f de la Convención es que al igual que su homóloga del artículo 14.3.e del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, se limita únicamente a dos medios de prueba: testimonial y pericial.

No obstante, en la práctica la defensa debe intervenir en la producción de toda la prueba que se produzca en el proceso a pesar de la deficiencia terminológica mencionada. Un corolario fundamental de este principio es que todos los elementos probatorios, una vez introducidos al proceso, deben ser comunes a todos los sujetos procesales.

Dentro de los alcances de este derecho, existe una situación muy discutible a nivel de la doctrina, en especial consideración cuando se traten del juzgamiento de delitos graves como el tráfico ilícito de drogas, terrorismo, rebelión y tenencia ilegal de armas. Es el caso concreto del derecho de la defensa a interrogar a los testigos anónimos (o en el caso de nuestro país, en los juzgamientos por terrorismo, de los testigos con clave¹³⁴).

La utilización de la declaración de un testigo anónimo (es decir, de un testigo cuya identidad no es conocida por la defensa en el juicio), viola el derecho del acusado a interrogar a los testigos, al privar a éste de la información necesaria para cuestionar la

¹³⁴ Atendiendo a los intereses de la justicia procesal, los derechos de las víctimas y otros testigos de la represalias y de cualquier angustia innecesaria tienen que contrapesarse con el derecho del acusado a un juicio justo. El tribunal europeo ha resuelto que cuando están en juego la vida, la libertad o la seguridad de los testigos, los Estado deben organizar el proceso judicial de tal forma que estos intereses no se pongan en peligro injustificadamente.

fiabilidad del testigo. La utilización de declaraciones de testigos anónimos puede hacer injusto el proceso ¹³⁵.

Un aspecto importante a destacar en este punto también es lo relativo a la recolección de pruebas, que al parecer es más fácil para la parte acusadora que para la defensa (Faúndez 1991:24). Además, servir de testigo de la acusación puede percibirse como “respetable”, mientras que rendir testimonio a favor de la defensa es visto generalmente como una forma de “involucrarse”. La parte acusadora tiene la ventaja de contar con el apoyo de las agencias del Estado encargadas de aplicar la Ley, y que cuentan con todos los medios indispensables (materiales y legales) para la recolección de evidencia que permita fundamentar una acusación.

Para concluir, consideramos que además del objetivo del derecho que comentamos que es procurar restablecer el equilibrio entre las partes y poner a disposición del acusado esos mismos medios para la recolección de evidencia, tiene un contenido esencial que se encuentra delimitado por una serie de principios ¹³⁶ que inspiran el debido proceso y otros preceptos constitucionales. Por citar algunos, nos referimos al principio de oportunidad, el de ser legalmente admisible, su relevancia en cuanto tienda a desvirtuar la acusación, ser necesaria y útil para la defensa.

b.12 El Derecho de acceso a la Justicia como contenido esencial del Derecho al Debido Proceso Penal

En el campo de la administración de justicia es donde se define la vigencia de los derechos fundamentales en las sociedades contemporáneas, donde se prueba si las libertades y garantías enunciadas en los diferentes instrumentos de derecho internacional tiene o no aplicación real al interior de las comunidades humanas.

Juan E. Méndez en un trabajo sobre el tema ¹³⁷, cuando intenta hacer una diagnóstico sobre la situación actual de la administración de justicia en América Latina, nos explica que:

“(…). Los sistemas judiciales de la región fueron históricamente concebidos y organizados desde la primera mitad del siglo XIX sobre los lineamientos del modelo napoleónico. Esto ha dado como resultado estructuras que, en el ejercicio de sus funciones se han quedado atrás en su organización interna, así como en su capacidad para satisfacer las demandas de la sociedad. Además, esos poderes judiciales se han

¹³⁵ El tribunal Europeo ha manifestado que “todas las declaraciones deben realizarse normalmente en audiencia pública y en presencia del acusado con objeto de que se verifique el principio de contradicción. Aunque existan excepciones a este principio, éstas no deben infringir los derechos de la defensa; en términos generales, los párrafos 1 y 3.d del artículo 6 del Convenio Europeo establecen que el acusado disponga de la debida y adecuada oportunidad de recusar e interrogar a un testigo de cargo ya sea al hacer su declaración o en una fase posterior del proceso” (Manual de Juicios Justos. Pág. 118)

¹³⁶ Al respecto puede consultarse el trabajo de Reynaldo Bustamante Alarcón intitulado El derecho fundamental a probar y su contenido esencial. En Revista IUS Veritas Año VIII. N° 14. Lima. Perú.

¹³⁷ “El Acceso a la Justicia, Un Enfoque desde los Derechos Humanos. En: Acceso a la Justicia y Equidad. Estudio en siete países de América Latina. BID. IIDH. San José. 2000.

desarrollado en completa dependencia y subordinación respecto del poder político, particularmente del Poder Ejecutivo, cuando no de las fuerzas militares.

El tema de acceso a la justicia no es una problemática de aparición reciente. Se trata de un concepto que ha sufrido profundas transformaciones a partir de los siglos XVIII y XIX, en el sentido de pasar de ser una mera declaración de posibilidad de defensa de los derechos individuales, a una concepción que involucra el deber estatal de proporcionar un servicio público, protector no solo de los derechos individuales, sino también de los derechos colectivos caracterizados por la presencia de los intereses difusos” (Méndez 2000:17).

Este cambio fue motivado por el desarrollo de las sociedades del “laissez faire” al estado de bienestar, ya que el crecimiento en tamaño y complejidad de nuestros estados, generó una modificación en la percepción de los derechos humanos y la preocupación por la libertad se extendió también a la preocupación por la igualdad.

De esta manera, el acceso a la justicia ha sido aceptado cada vez más como un derecho social básico de las sociedades modernas. Es el derecho humano primario en un sistema legal que pretenda garantizar los derechos tanto individuales como colectivos (Méndez 2000:17).

Al respecto debe tenerse presente que el sistema de administración de justicia constituye la última frontera donde los ciudadanos perciben si sus derechos son efectivamente respetados y garantizados; de ahí la imperiosa necesidad de facilitar y favorecer no sólo el acceso a la justicia, sino un acceso efectivo la misma.

La Declaración Universal de Derechos Humanos consagra en sus artículos 7º, 8º y 10º el derecho humano a la justicia. Por su parte la Convención Americana de Derechos Humanos hace lo propio en sus artículos 8º y 25º y el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos estatuye que todas las personas tienen el derecho a ser oídas por el órgano jurisdiccional.

Mauro Capelletti y Bryant Garth ¹³⁸, señalan que el derecho a la justicia es identificado en el campo de los derechos humanos como aquél que posibilita la vigencia y protección de los demás, en un sistema legal, igualitario y moderno que pretenda no sólo reconocer los derechos de todos, sino garantizar efectivamente su cumplimiento.

Sobre el concepto y alcance del derecho de acceso a la justicia existen diferentes posiciones, como lo apunta Walter Albán Peralta ¹³⁹ -citando a Jaime Solé Riera-. Una de ellas lo restringe a la capacidad de recurrir al sistema judicial, que se concreta en el derecho a ser parte en un proceso y poder promover una actividad jurisdiccional. Una perspectiva más amplia sin embargo, integra en este derecho, además, la posibilidad de obtener una solución justa, lo que implica a su vez el respeto del debido proceso, el derecho a un recurso efectivo y la posibilidad de restitución, compensación y

¹³⁸ “El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos”. México. Fondo de Cultura Económica. 1996. Pág. 12,13.

¹³⁹ “El Ombudsman como canal de acceso a la justicia”. En: Debate Defensorial. Revista de la Defensoría del Pueblo. N° 3. 2001. Pág. 48.

rehabilitación. Esta última describe mejor los alcances de lo que debemos entender por acceder a una tutela judicial efectiva de los derechos ciudadanos, lo que exige contar con todos los medios y garantías que posibiliten ese propósito.

Es entonces el acceso a la justicia, garantía de la convivencia y del orden justo, porque el conflicto que no puede ser resuelto por las partes involucradas de manera pacífica, debe ser solucionado por un tercero imparcial, que es el juez.

La justicia que se demanda a la autoridad judicial ¹⁴⁰ a través del derecho público abstracto de la acción o de la intervención oficiosa, cuando ésta deba operar, se encuentra rodeada de una serie de garantías constitucionales, entre otras del acceso efectivo a la justicia, que no sólo implica la ejecución de los actos de denuncia correspondiente para poner en actividad el aparato jurisdiccional, sino la seguridad jurídica de que se llevará a cabo el juzgamiento con la mayor celeridad posible, sin dilaciones injustificadas, y se obtendrá la oportuna decisión final que resuelva de fondo la situación conflictiva materia del debate.

De nada sirve que se establezcan instituciones dispensadoras de justicia, sino se señalan términos judiciales y la perentoria exigencia de su cumplimiento, para que dentro de los mismos se adopten las decisiones que pongan fin a las controversias sometidas a conocimientos de los jueces.

El profesor colombiano Alberto Suárez Sánchez (1998:345,346), señala que: “El acceso a la administración de justicia es el derecho que tiene toda persona de obtener: la actividad del aparato jurisdiccional demandada, la iniciación del proceso –si a ello hubiere lugar-, la posición real de ser escuchada, evaluando sus argumentos y alegaciones y tramitadas sus peticiones, a lo largo de la actuación y hasta la terminación de la misma y la ejecución de la respectiva sentencia. Esto pone de manifiesto –acota nuestro autor consultado– que el acceso a la administración de justicia es inescindible del debido proceso.”

Desde el punto de vista material, entonces, el acceso a la justicia no se concreta sólo en el derecho que tiene la persona de acudir ante el funcionario judicial, sino también en la garantía de obtener una sentencia oportuna, pues la permanencia indefinida a la expectativa de la solución al caso, en especial cuando quién la espera es el imputado, ocasiona necesariamente perjuicios.

b.13 El Derecho a hallarse presente en el Proceso como elemento esencial del Derecho al Debido Proceso Penal

Toda persona acusada de un delito tiene derecho a hallarse presente en su juicio, a fin de oír y refutar las acusaciones en su contra y presentar su defensa. Este derecho a

¹⁴⁰ Lo particular del proceso penal peruano es que el Ministerio Público es el órgano autónomo de derecho constitucional que tiene la exclusividad para promover la acción penal (art. 159°.5 Const.); sin embargo, ello no obsta a que los ciudadanos tengan el derecho de formular denuncias y que si el Fiscal las rechaza puedan instar el control jerárquico del Superior (art. 12° de la LOMP). Una vez promovida la acción penal, los agraviados están autorizados a constituirse en parte civil, sin perjuicio que decidan -sin condicionamiento alguno- acudir a la vía civil interponiendo una demanda de indemnización. La víctima, en consecuencia, no está legitimada para reclamar la imposición de una pena al presunto delincuente, pero sí para acudir directamente al órgano judicial reclamando una indemnización (San Martín 1999:64,65).

hallarse presente en el propio proceso también es considerado parte integral del derecho a la defensa.

El artículo 8.2.d de la Convención Americana garantiza el derecho del inculpado a defenderse personalmente o a ser asistido por un defensor de su elección, y el derecho a hallarse presente en el proceso.

La misma exigencia estipula el artículo 14.3.d del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

“Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

(...)

d) a hallarse presente en el proceso

(...)

El artículo 139º inciso 12º de la Constitución de 1993, establece:

“Son principios y garantías de la función jurisdiccional.

(...)12.- El principio de no ser condenado en ausencia”.

El fundamento de la prohibición de la condena en ausencia consiste en la obligación de que entre el juez y el acusado se produzca un contacto directo, vivo, inmediato, que le permita al primero apreciar la personalidad del segundo, percibir directamente sus declaraciones y actitudes, observar su sinceridad y condiciones intelectuales y, en general, obtener el máximo de información que lo conduzca hacia una decisión apropiada.

El profesor César San Martín –citando a Montero Aroca– señala que la presencia del imputado en el proceso penal es para el órgano jurisdiccional un deber ineludible y en el caso del imputado un derecho no renunciable que, por tanto, puede calificarse como un derecho-deber (San Martín 1999:194).

Es interesante el desarrollo de la naturaleza y alcance de este derecho tanto en la legislación como en la jurisprudencia norteamericana. En efecto, la Decimocuarta Enmienda regula la cláusula de la «Confrontation Clause-Right to be present» (derecho a estar presente), que hace referencia al derecho a la confrontación con los testigos que depongan contra él.

Sin embargo, jurisprudencialmente ¹⁴¹ los alcances de este derecho va más allá de la mera presencia física, e incluye el derecho a comprender lo actuado en el proceso, de donde se deriva la obligación para el tribunal y el correlativo derecho para el acusado de que le sea facilitado un intérprete en el caso de que desconozca la lengua inglesa; además el acusado debe estar psicológicamente capacitado para entender lo que en el juicio ocurre y las consecuencias que de ello derivan (Esparza 1995:104,105).

En la misma línea jurisprudencial, ésta cláusula además tiene dos tipos de

¹⁴¹ Dusky v. United States, 362 U.S. 402, 1960. Riggins v. Nevada. 1992 U.S. LEXIS 2701, Supreme Court of the United States. Godinez v. Moran, 1993 U.S. LEXIS 4396, Supreme Court of the United State.

protección:

- El derecho a permanecer físicamente frente a quién declara contra él; y,
- El derecho a realizar un interrogatorio cruzado.

En cuanto a los requisitos formales de este derecho, también señala que, constituye una violación de los derechos del debido proceso legal, obligar a comparecer ante el tribunal vistiendo ropas de prisionero, y ello por que el acusado tiene derecho a comparecer con la apariencia y dignidad propias de un hombre libre e inocente. De ello se desprende la prohibición del uso de esposas o grilletes en la sala, salvo por razones de peligro de fugas o riesgo para las personas allí presentes (Esparza 1999:105).

Un aspecto importante de este derecho lo constituye el acto de renuncia del mismo. Es posible que con ciertas salvaguardas el juicio pueda proseguir ante la ausencia voluntaria del acusado. Si una vez comparecido, éste deja posteriormente de asistir a las sesiones del juicio, entiende el tribunal Supremo de los Estados Unidos que se ha producido una renuncia al derecho de estar presente.

Parece ser que la cuestión que decidirá si un proceso puede o no seguirse frente a una persona ausente, es la de saber si el acusado es o no consciente de su carga-derecho a comprender ante el tribunal de donde se obtendrá si la renuncia es o no voluntaria, tramitándose, en el primer caso, el proceso en ausencia del acusado (Esparza 1995:106).

En ese sentido, si el proceso se halla en la etapa de instrucción (o investigación), éste puede continuar, pues en ella no se realiza ninguna clase de juzgamiento. El proceso recién se suspendería una vez practicadas todas las medidas de investigación necesarias. Pero, si el proceso se halla en el plenario (o en el juicio en estricto), normalmente éste se detiene por hallarse el acusado en ausencia o rebeldía o contumacia¹⁴².

En nuestro sistema jurídico, la declaración de ausencia está regulado por el artículo 1º del Decreto Legislativo N° 125 y, parte del supuesto de que la audiencia no podrá realizarse sin la presencia del acusado y de su defensor, sin embargo se establece que procede la declaración de reo ausente en la etapa de instrucción con la consiguiente orden de captura para conseguir los fines del proceso.

De otro lado, en nuestro proceso penal, la reiterada inasistencia de un procesado trae como consecuencia, primero una citación bajo apercibimiento judicial de ser declarado “reo contumaz”, lo cual da lugar a requisitorias para que sea conducido por la fuerza pública a la diligencia pertinente, si es que ostenta orden de comparencia; o de que sea ubicado y capturado, si es que existe orden de detención en su contra, o se le revoque la libertad provisional si se encuentra en esta situación.

¹⁴² Excepcionalmente algunas legislaciones permiten la continuación del proceso, argumentando que no se puede permitir que la mala voluntad del imputado lo paralice, por lo que, una vez que el juez haya agotado los recursos para que el imputado comparezca, el proceso continúa, ya que el imputado conoce los perjuicios que esta situación le acarrea (Protección de los Derechos Humanos. Definiciones operativas. Comisión Andina de Juristas.. 1997. Lima. Perú. Pág. 154,155)

Como lo señalamos al comienzo, este derecho guarda una estrecha vinculación con el derecho a la defensa y así lo corroboran tres ejecutorias supremas¹⁴³ expedidas por el Poder Judicial –citadas por San Martín (1999:197)– sentando al respecto una doctrina dominante:

- El encausado ausente tiene derecho de nombrar su defensor, dado que el derecho de defensa es irrestricto; sólo a falta de tal designación es que se debe proveer a la defensa de oficio.
- El defensor puede ser nombrado por lo que guardan relación de parentesco legal con el ausente o contumaz, en función a lo irrestricto del derecho de defensa.
- El defensor del ausente o contumaz, técnicamente, representa a dicho acusado, por lo que puede hacer uso de todos los recursos y medios de defensa técnica que la Ley le franquea al acusado.

Para concluir y, luego de resaltar las características más importantes sobre este derecho, no podemos dejar de reiterar la aberración jurídica de los alcances de la ley 26641, norma que tipifica el delito de Contumacia¹⁴⁴.

Es decir, la conducta procesal del imputado –sea en el supuesto de la ausencia o de la contumacia– aún cuando resulte censurable, puede obedecer a una línea defensiva que de uno u otro modo se encuentra proyectada sobre el derecho constitucional de defensa.

b.14 El Derecho a la Instancia Plural como elemento esencial del Derecho al Debido Proceso Penal

Toda persona condenada por un delito tiene derecho a que se sometan al examen de un tribunal superior el fallo condenatorio y la pena.

Este derecho esencial del debido proceso penal encuentra su reconocimiento en el artículo 14.5 del PIDCP, que señala:

“Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo previsto por la Ley.”

Dentro de la normativa interna, este derecho constitucional se encuentra reconocido en el artículo 139° inciso 6° de la norma superior. Antes de la dación de la carta de 1979 no existía, un texto positivo que asegurase el derecho a la instancia plural; lo que había era un reconocimiento de ella como principio general del Derecho.

¹⁴³ Ejecutorias supremas de fechas 22 de julio de 1975, 15 de noviembre de 1978 y 4 de febrero de 1976, respectivamente.

¹⁴⁴ Dicha Ley publicada el 25 de junio de 1996, durante el régimen dictatorial de Alberto Fujimori, establece primero, que la declaración de contumacia es una causal de interrupción del término prescriptivo y que el agente declarado contumaz incurre en delito de contumacia. El tipo penal se produce con la sola declaración de contumacia y tiene una penalidad igual a la que corresponda al delito por el que se le procesa. Así una persona declarada contumaz, que puede ser absuelta del delito que se le investiga, será condenada por contumacia. Lo cual constituye un atentado más –de los muchos que se dieron– al Estado de Derecho.

De otro lado, el artículo 11º del Texto Único ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, establece que: “Las resoluciones Judiciales son susceptibles de revisión, con arreglo a Ley, en una instancia superior. La interposición de un medio de impugnación constituye un acto voluntario del justiciable. Lo resuelto en segunda instancia constituye cosa juzgada. Su impugnación sólo procede en los casos previstos en la Ley.”

No obstante el reconocimiento internacional y nacional, este derecho es harto debatido en la doctrina procesal. En efecto, la celeridad procesal, el plazo razonable, son principios que en la doctrina procesal se discute frente al derecho a la instancia plural, en tanto se entiende que este puede resultar atentatorio, precisamente, del derecho a un proceso no dilatado que es lo que se defiende con el principio de la celeridad procesal (Quiroga 1987:155).

En este debate sin embargo, hay que comprender qué se preserva con el derecho a la instancia plural, o como lo denomina la doctrina del tribunal Constitucional español: el derecho al recurso. Lo que resulta cautelado es la garantía que los jueces y tribunales, una vez terminando el proceso, sean susceptibles de ulterior revisión en su actuación y decisión (sólo si la parte vencida lo solicita según el principio de la libertad de la impugnación) por un juez o tribunal de superior jerarquía.

En efecto –señala Anibal Quiroga– el derecho al debido proceso, en sus principios de derecho de defensa, reprobación de la indefensión, motivación del fallo judicial, etc, sufriría un grave detrimento que pondría en peligro su realidad si el justiciable no tuviese la posibilidad de hacer revisar el fallo judicial que le ha sido adverso.

El derecho de recurrir, cuya naturaleza es estrictamente procesal, es un derecho subjetivo de quienes intervienen en el proceso y a cualquier título o condición, para que se corrijan los errores del juez, que la causan gravamen o perjuicio (Devis 1994:562).

Las razones para consagrar el derecho a apelar pueden ser muy variadas según el profesor Héctor Faúndez (1991:174,176). En primer lugar, existe la posibilidad de que el tribunal pueda cometer algún error, ya sea en la determinación de los hechos o en la aplicación del Derecho; en realidad, la sola circunstancia de que el sistema de la doble instancia se encuentre ampliamente diseminado, y en el que con frecuencia las decisiones de primera instancia son revocadas por el tribunal superior, implica aceptar que en alguna fase del proceso –y puesto que la administración de justicia no está exenta de la factibilidad humana– ha habido algún error judicial. La apelación garantiza un nuevo examen del caso y la revisión de posibles errores cometidos en primera instancia; pero, lamentablemente, no puede asegurar que en caso de discrepancias entre las sentencias del tribunal de primera y de segunda instancia el error no se pueda haber cometido precisamente por este último.

En segundo lugar, la apelación proporciona un sistema de control sobre el tribunal inferior, estimulando su imparcialidad y rectitud. En efecto, al saber que su sentencia está sujeta a un eventual examen por un tribunal superior, el juez de primera instancia se comportará, muy probablemente, de acuerdo con las expectativas que la sociedad en su conjunto tiene de él, ajustando su conducta a las normas legales y a los patrones éticos que se esperan de un funcionario encargado de administrar justicia.

Por último, y en íntima conexión con lo anterior, el conceder al pasado el derecho a

apelar tendrá un efecto positivo en la calidad de la administración de justicia; uno puede asumir, sin temor a equivocarse, que a ningún juez le agrada que sus sentencias sean criticadas y sus decisiones sean revocadas. Ello hace suponer que para evitar que sus decisiones sean revocadas, el juez inferior procurará que ellas sean lo eficientemente sólidas, lógicas y bien fundamentadas. Tal consistencia de las sentencias de primera instancia puede, a la vez, desestimular al acusado a presentar apelaciones frívolas o infundadas.

La regulación de este derecho busca en el fondo el reexamen, a solicitud del imputado, del primer juicio, como lo anota César San Martín (1999:675) –citando al jurfilósofo italiano Luigi Ferrajoli– quién señala:

“El doble examen del caso bajo juicio es el valor garantizado por la doble instancia de jurisdicción. Esta doble instancia es al mismo tiempo una garantía de legalidad y una garantía de responsabilidad contra la arbitrariedad.”

Amnistía Internacional ¹⁴⁵, basándose en jurisprudencia de tribunales internacionales, agrega a este derecho una característica muy importante y sustancial. La revisión de un tribunal superior debe ser una revisión auténtica de las cuestiones que se plantean en la causa.

En ese sentido, la revisión que se limita sólo a cuestiones de derecho (en lugar de examinar cuestiones de hecho y de derecho) puede no satisfacer las disposiciones de esta garantía. Dicho de otro modo, la revisión que se efectúa en la apelación debe ser más que una mera verificación formal de los requisitos del procedimiento.

Un aspecto que también guarda relación con el derecho que desarrollamos, es lo referente a la motivación y fundamentación de la sentencia. Es decir, el derecho de apelación sólo puede ser efectivo si el acusado ha sido informado de los motivos de la declaración de culpabilidad en un plazo razonable.

De igual forma, para la vigencia de esta garantía, no basta con el reconocimiento formal del derecho de apelación, sino que implica la eliminación de todos aquellos obstáculos que impidan ejercerlo, tales como la exigencia de demasiados requisitos formales o plazos muy breves para su interposición o demora en su resolución

El Comité de Derechos Humanos ¹⁴⁶ ha indicado asimismo que todo Estado tiene la obligación de reexaminar en profundidad el fallo condenatorio y la pena impuesta, por lo que desestimar una apelación sin motivación y sin fallo escrito constituye una violación de este derecho

Para concluir, el derecho a la instancia plural –como acertadamente lo señala un informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ¹⁴⁷ – debe estar también rodeada de un conjunto de garantías procesales como es la audiencia pública ante un

¹⁴⁵ Manual de Juicios Justos. Pág. 129.

¹⁴⁶ Comunicación N° 355/1989, George Winston Reid c. Jamaica, párr. 14.3 En: Naciones Unidas, Informe del Comité de Derechos Humanos, ob, cit, pág 65.

¹⁴⁷ Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile. OEA/SerL/V/II.66.doc. 17. 1895.

tribunal independiente, competente e imparcial; el derecho de disponer del tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa; el derecho a la asistencia letrada y el derecho a la igualdad de condiciones.

C) Etapa de Ejecución Penal

La ejecución penal es la última fase del proceso penal. Éste empieza con la fase declarativa, que concluye con una sentencia firme. Si la sentencia es condenatoria, empieza en ese momento la fase ejecutiva del proceso penal. Bergalli ¹⁴⁸ nos recuerda que “la llamada Teoría de las tres columnas de la Justicia otorga al derecho ejecutivo–penal la tercera instancia de actuación del sistema total de derecho penal y, como tal, después de una larga elaboración y articulación con las demás fases, ha venido a completar la última del proceso y del juicio penal”. ¹⁴⁹

También Moreno Catena ¹⁵⁰ señala que “el proceso penal es el instrumento jurídico establecido para enjuiciar hechos que las partes acusadoras presentan ante el tribunal como delictivos, imponiendo la sanción penal que corresponda y haciéndola cumplir”, y que “el hacer ejecutar lo juzgado no puede comprender sólo la decisión sobre el principio y el final del cumplimiento de la pena, sino también sobre el modo en que ésta se efectúa.”

Que la ejecución penal sea parte del proceso tiene consecuencias: se aplicarán a esta última fase todos los principios y garantías del proceso penal, en especial, el principio de legalidad, el principio de jurisdiccionalidad y los derechos de defensa.

Actualmente hay acuerdo doctrinal en que las garantías del derecho penal y procesal-penal no se detienen frente a los muros de la cárcel sino que se extienden a la fase ejecutiva del proceso penal. Ello es una exigencia del principio de legalidad y más en general, del Estado de derecho, el cual se caracteriza por la vigencia del principio de legalidad, el reconocimiento de los derechos fundamentales de los individuos y la garantía jurisdiccional de su tutela.

El principio de legalidad se puede descomponer en cuatro garantías: una garantía criminal, una garantía penal, una garantía jurisdiccional o judicial, y una garantía de ejecución. La garantía criminal exige que el delito se halle determinado por la ley (*nullum crimen ine lege*). La garantía penal requiere que la ley señale la pena que corresponda al hecho (*nulla poena sine lege*). La garantía jurisdiccional exige que la existencia del delito y la imposición de la pena se determinen por medio de una sentencia judicial y según un

¹⁴⁸ BERGALLI, Roberto, Pánico social y fragilidad del Estado de Derecho. Conflictos instrumentales entre Administración y Jurisdicción penitenciaria (o para dejar de hablar del “sexo de los ángeles” en la cuestión penitenciaria), en *El Poder punitivo del Estado*, Rosario, Juris, 1993. P.47.

¹⁴⁹

¹⁵⁰ MORENO CATENA, V., La ejecución de las penas privativas de libertad, en *Derecho procesal t. II*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1990, ps. 745 y 747. Citado por RIVERA BEIRAS, Iñaki. La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría, Barcelona, Bosch, 1997.

procedimiento legalmente establecido. La garantía de ejecución requiere que la ejecución de la pena se sujete a una ley que la regule.

Concretamente, la garantía de ejecución exige que una ley previa establezca no sólo la duración y el tipo de pena, sino también las circunstancias de ejecución de la misma, es decir, las condiciones de cumplimiento (tipo de establecimiento carcelario, régimen penitenciario, derechos y obligaciones de los presos, etcétera).

Sin embargo esta garantía ejecutiva del principio de legalidad tradicionalmente ha quedado olvidada. Como señala Alonso de Escamilla ¹⁵¹, “el principio de legalidad constituye uno de los pilares básicos del derecho Penal liberal y del Estado de derecho. De las cuatro garantías que encierra dicho principio y que son la criminal, la penal, la jurisdiccional y la de ejecución, sólo las tres primeras han sido más o menos respetadas. No ha sucedido así respecto de la garantía de ejecución, puesto que a casi nadie le preocupa que pasa después de dictada una sentencia.

Del principio de legalidad y de la garantía de ejecución se deriva la necesidad de establecer control jurisdiccional en la ejecución de las penas privativas de libertad. Según Giostra es pacífico en la doctrina que el principio de legalidad postula la realización del principio de jurisdiccionalidad: de nada serviría la posibilidad de conocer anticipadamente las consecuencias penales de la propia conducta sin posteriormente éstas pudieran ser aplicadas de forma arbitraria e incontrolable ¹⁵². Por ello dicha etapa no puede considerarse de naturaleza administrativa sino más bien judicial. Siguiendo este planteo en muchos países se han creado tribunales específicos destinados a garantizar la naturaleza jurisdiccional de esta etapa procesal.

c.1 El Derecho a la Humanidad (integridad personal) como contenido esencial del Derecho al Debido Proceso Penal

La propuesta, su desarrollo y defensa de este derecho como contenido esencial del derecho al debido proceso penal, intenta -dentro de ese concepto maximalista de la tesis central- poner al desnudo un aspecto de la realidad carcelaria, en la que permanecen y subsisten (en palabras de Bobbio) «poderes extrajurídicos» sobre las que el Estado de Derecho no ha extendido aún un conjunto de garantías efectivas y que en cuanto tales existen relaciones de desigualdad, abuso y arbitrariedad.

Toda persona tiene como derecho fundamental conservar su integridad física, psíquica y moral. Así lo reconoce el artículo 2º, inciso 1º de la Constitución de 1993 y

¹⁵¹ ALONSO DE ESCAMILLA, el Juez de Vigilancia Penitenciaria, Madrid, 1985, p. 157. Citado por RIVERA BEIRAS, Iñaki. La cárcel en España: de la autonomía administrativa al control jurisdiccional, Oñati, Publicaciones del Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, 1991

¹⁵² GIOSTRA, G., Il Procedimento di sorveglianza nel sistema processuale penale. Dalle misure alternative alle sanzioni sostitutive, Milano Giuffrè, 1983, 9. 64. En este sentido, SALT señala que “la judicialización de la ejecución penal, como una derivación necesaria de la vigencia del principio de legalidad penal (CN, art. 18) y del derecho constitucional de los ciudadanos de acceso a la justicia para reclamar el cumplimiento de sus derechos, no es sólo una opción de política criminal o de conveniencia práctica para mejorar el funcionamiento del sistema de ejecución, sino una exigencia constitucional ineludible” (RIVERA BEIRAS, Iñaki y SALT, Marcos. Los derechos fundamentales de los reclusos. España y Argentina, Buenos Aires, Del Puerto, 1999 p. 206.)

las normas internacionales¹⁵³. De ello se deriva la prohibición de las torturas, así como los tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Este derecho es de tal importancia, que su vigencia no depende de la existencia o no de recursos del Estado y en su aplicación no debe hacerse distinción alguna (incluido el tipo de delito que la persona hubiera cometido). Si bien es obvio que algunos derechos pueden ser materia de limitaciones en determinados casos, como lo señala el artículo 4º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no se autoriza bajo ninguna circunstancia, la suspensión o violación del artículo 7º de dicho instrumento, por lo que el derecho a la integridad personal no puede ser afectado incluso bajo razones de emergencia.

Por ello, las personas privadas de libertad deben ser tratadas respetando su condición de ser humano. En un establecimiento penitenciario se traduce en el derecho a vivir en condiciones compatibles con sus necesidades básicas, psicológicas, sociales y espirituales, respetándose normas mínimas, que van más allá de la prohibición de la tortura y de los tratos crueles, inhumanos o degradantes. Es el Estado el garante de este derecho, como responsable de las cárceles.

De otro lado, las ideas de dignidad humana / humanidad (integridad personal), igualdad y libertad dieron al derecho penal un carácter formal menos cruel y agresivo que el que tuvo durante el feudalismo y la consolidación del Estado absolutista. Además, la legitimación del Control del poder penal, como una forma de mantener el contrato social, quebró todo posible rezago de “divinidad” o de confusión entre derecho penal y moral (Prado 1993:22).

Justamente, uno de ellos, consagrado en el artículo 1 del Capítulo I de los Derechos Fundamentales de la persona, (Título I de la Persona y de la Sociedad de la Constitución de 1993), señala que: “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

De la lectura e interpretación de este artículo, vemos que el mismo constituye la piedra angular de los derechos fundamentales de las personas y, por ello es el soporte estructural de todo el edificio constitucional, tanto del modelo político, como del modelo económico y social. En tal sentido, fundamenta los parámetros axiológicos y jurídicos de las disposiciones y actuaciones constitucionales de los poderes públicos y de los agentes económicos y sociales, así como también, establece los principios y a su vez, los límites de los alcances de los derechos y garantías constitucionales de los ciudadanos y de las autoridades.

De otro lado, el artículo 5º de la Convención Americana de Derechos Humanos, establece:

“Derecho a la Integridad Personal.

1.- Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

¹⁵³ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 7º y párrafos 1 y 3 del artículo 10º) y la Convención Americana de Derechos Humanos (incisos 1 y 2 del artículo 5º).

2.- Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

3.- la pena no puede trascender de la persona del delincuente.

4.- Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.

5.- (...).

6.- Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.”

Ahora, en ese contexto, impuesta una condena a una determinada persona por los tribunales, se podría pensar a partir de este momento que ya no se percibiría el inmenso poder penal que ejerce el Estado en su función de protección de bienes jurídicos tutelados por la Ley o de velar por la seguridad ciudadana. Sin embargo, este hecho no es tal, en razón que cuando una persona ingresa a un penal, el subsistema penitenciario (como parte integrante del sistema penal), también constituye otro factor per se violento, que se ve reflejada muchas veces en el alto número de violaciones de derechos fundamentales que se producen en ese espacio jurídico-social.

Además, es en esta fase de la ejecución penal, donde el interno es más indefenso (al menos con relación o durante el proceso penal, en el que se cuenta con abogado de oficio) y en la que pueden producirse mayores limitaciones a su, valga la paradoja, «libertad de penado».

Por eso, el tratadista Moreno Catena –citado por San Martín (1999:1076,1077)- señala que, dentro del procedimiento de ejecución penal, rigen un conjunto de principios esenciales. Uno de ellos es el principio del debido proceso, que establece que la ejecución de la pena debe cumplirse de modo prevenido por la Ley y el otro esta configurado por el principio de legalidad, en el sentido que la ejecución de la pena ha de respetar los derechos no afectados por la condena.

A ello se agrega, que de los internos se olvida casi todo el mundo desde que ingresan en las prisiones. Parece que, la sentencia y la pena que ella contiene, son un fin en sí mismas. Y cuando el interno empieza a cumplir su pena, cómo y de qué manera se cumpla ésta, es «problema de ellos».

Se ha dicho radicalmente que entre los antisociales, el delincuente es «el único individuo normal», porque es un sujeto incapaz de lograr sus aspiraciones, pero que se aferra a la vida, a diferencia de los que se «desconectan o se evaden» de la realidad a través del suicidio o la enfermedad mental.

De cualquier forma, el interno es un ser humano al que hay que comprender, antes de considerarlo un ser odioso para el prójimo y peligroso para la sociedad. Como decía Beristain: “la altura cultural y humana de una sociedad, puede medirse por el tratamiento que presta a sus delincuentes y a sus marginados”.

Es en esta perspectiva que las Naciones Unidas, en el cumplimiento de sus varias

actividades en los sectores de la justicia penal y de los derechos del hombre, ha dedicado particular atención a la situación del interno y en múltiples ocasiones ha reiterado la importancia de una plena realización de las disposiciones contenidas en el texto de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos¹⁵⁴.

Estas Reglas, por su naturaleza de estándar mínimo en el campo internacional, han sido considerados culminantes dentro del proceso de internacionalización en materia de ejecución penal, no obstante su carencia de fuerza vinculante.

Si bien las Reglas no están investidas de la fuerza de Derecho internacional y, como directrices, dependen para su efectividad de su adopción por las leyes nacionales, se intenta por medio de ellas, de eliminar la crueldad, la negligencia y la degradación, y en general, reducir a un mínimo el efecto de la segregación carcelaria, cualquiera sea el delito cometido, protegiendo del poder penal la dignidad humana del interno.

Ese poder penal que señalamos anteriormente, se puede definir como la fuerza de que dispone el Estado para imponer sus decisiones al ciudadano en materias que afectan derechos fundamentales como la vida, la libertad y la integridad física.. Decisiones que se fundan tanto en un sentido protector de bienes jurídicos como en el sentido sancionatorio, que también afecta bienes del responsable.

Alberto Binder¹⁵⁵, señala en esta misma línea argumentativa:

“Paradójicamente la ciencia penal ha mantenido una relación de lejanía, en el mejor de los casos de proximidad tangencial, con el poder penal. Es así, que el poder penal no ha sido suficientemente racionalizado por la ciencia penal; se le puede considerar como un poder sin suficiente control científico o sea un poder usado sin adecuada regulación, funcionando en condiciones desconocidas u ocultas, y sin apropiados límites.”

(...)

El poder penal es poder puro y simple que se manifiesta al ser humano de la manera más drástica, como es el poder encerrarlo por buena parte de su vida en base a la decisión de otro ser humano”.

A ello, hay que agregarle que en la progresiva afirmación de la posición abolicionista de la pena de muerte, que tuvo sensibles actuaciones en varias partes del mundo en los últimos años del siglo XIX, fue favorecida y aceptada por la opinión pública especialmente porque fue propuesta, como alternativa a la destrucción de la vida, una cárcel dura y penosa al grado de apoyar la natural reacción vengativa del público y de manifestarse como segura garantía para la defensa de la sociedad.

Es evidente que en tal virtud el status del interno era conceptuado como indigno de derechos subjetivos. El interno es un excluido temporal o permanente de la sociedad civil y de todos los derechos y garantías que proclaman las sociedades para los ciudadanos

¹⁵⁴ Aprobado por Resolución 663 C-XXIV por el Consejo Económico y Social de la Naciones Unidas. Como se sabe, el objeto de las mismas es, el de establecer los principios y las reglas de buena organización penitenciaria y de la práctica relativa al tratamiento de los reclusos.

¹⁵⁵ Política Criminal. De la formulación a la praxis. Ad-Hoc. 1997. Buenos Aires. Pág. 25.

libres a nivel constitucional y de legislación ordinaria.

Por consiguiente, el régimen carcelario se considera ajeno e indiferente al ordenamiento jurídico y a las garantías jurisdiccionales y sometido a la discreción de las autoridades administrativas que, inicialmente, suelen ser militares, policía o personal civil sin formación especializada.

Los reglamentos penitenciarios, de los cuales se hallan ejemplos muy remotos, constituían por lo general reglas de conducta para tales autoridades e incluso cuando preveían normas a favor de los internos, éstos no comportaban alguna posibilidad de protección de los derechos y de los intereses de los mismos.

Entonces, plantearse la legitimidad del poder punitivo del Estado, conduce a reflexionar sobre los límites éticos y políticos dentro de los cuales debe ejercerse la potestad del Estado cuando impone y ejecuta una pena.

La protección de los internos e internas y de su derecho a la humanidad, se justifica por sí sola. Y esta tutela se debe llevar a cabo por los jueces, sea de ejecución penal o jueces de la jurisdicción constitucional, porque sólo ellos garantizan con su independencia e imparcialidad, tal salvaguarda.

En ese sentido, en primer lugar, las penas que se impongan tras la declaración de culpabilidad en un juicio justo deben ser proporcionadas a la gravedad del delito y a las circunstancias del infractor¹⁵⁶. Ni la pena ni la forma de imponerla deben violar las normas internacionales.

Las penas que prescribe la ley sólo pueden imponerse a las personas declaradas culpables de un delito y cuyos procesos se hayan celebrado con todas las garantías de equidad que establecen las normas internacionales.

Sin embargo, es evidente que en nuestro país la lógica de emergencia tuvo particular incidencia en los regímenes especiales para internos por delitos de terrorismo y traición a la patria, a los que estuvieron sometidos los internos Jaime Castillo Petruzzi y otros tres ciudadanos chilenos

En consecuencia, un Estado Social y democrático de Derecho debe responder por el bienestar y progreso social de todos los ciudadanos sin excepción, lo cual supone que el Estado está obligado no sólo a proteger a los internos, sino a procurar el derecho a la humanidad que estos tienen.

La legitimidad de la ejecución de la pena dependerá de que la responsabilidad del imputado quede evidenciada a través del debido proceso y una vez en prisión el penado tiene derecho a ser tratado acorde con su dignidad, la pena impuesta no debe significar la degradación del interno, por el contrario la racionalidad de ella implica la posibilidad de reinsertarse de nuevo a la coexistencia pacífica de la vida social.

Para concluir entonces, la forma más efectiva de garantizar este derecho a la humanidad de los internos que cumplen una condena privativa de libertad, es la de exigir que las leyes y reglamentaciones que regulan la ejecución de la pena, deben estar

¹⁵⁶ Informe del Octavo Congreso de las naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. Doc. ONU.A/CONF 144/28, rev 1. 1990.

concebidas en clave garantista, haciendo especial hincapié en los procedimientos sancionatorios y disciplinarios, la implementación urgente de los jueces de ejecución penal y políticas públicas de supervisión y control carcelario.

Conclusiones finales y verificación de las hipótesis formuladas

Concluida hasta aquí la presente investigación, procedemos en esta parte a la verificación de las hipótesis deslizadas en el capítulo I del trabajo. Las conclusiones que se presentarán hacen referencia a la posible comprobación de las hipótesis.

El artículo 139° inciso 3° de la Constitución Política de 1993, al reconocer explícitamente a las personas involucradas en un proceso penal, el derecho al debido proceso y la tutela judicial efectiva, señala que:

“Son principios y derechos de la función jurisdiccional.-

La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.”

Es decir, de dicho enunciado se desprende que una persona a quién se le imputa cargos penales se le tiene que reconocer, respetar y garantizar todo un conjunto de derechos que no pueden verse limitados por ninguna razón de parte de las autoridades tanto policiales, fiscales como judiciales. En consecuencia, lo que realmente interesa analizar aquí es, cuál es el alcance, los contenidos y la naturaleza del derecho al debido proceso penal.

En íntima relación con ello, y pese al enunciado constitucional, se anunció que las hipótesis generales formuladas en esta tesis indicaban que:

“Las características y el desdibujamiento del sistema institucional, en última instancia, condiciona la eficacia del reconocimiento y protección del derecho al debido proceso penal, como un derecho fundamental de las personas involucradas en un proceso penal”.

“La vulnerabilidad del derecho al debido proceso penal imposibilita alcanzar la justicia como elemento fundante de la sociedad, haciéndolo incapaz al Estado (Poder Judicial, Ministerio Público, Policía Nacional e Instituto Nacional Penitenciario) para atender las necesidades apremiantes de sus miembros, entre ellas, obviamente la incorporación de justicia en su vida ordinaria”.

Estas hipótesis generales han de incluir las ideas de que la actuación funcional, la organización del sistema penal, el desconocimiento de los alcances, contenidos y naturaleza del derecho al debido proceso penal, constituyen factores que no permiten garantizar procesos y condenas justas, atentando de esa manera, a la esencia de un Estado de Derecho y a la paz social en justicia.

En tal sentido, como resultado de la presente investigación, hemos llegado a las siguientes conclusiones:

PRIMERA: La Constitución Peruana de 1993 diseña un sistema basado en los derechos fundamentales y constitucionales, reconocidos y consagrados tanto en el Título I (De la Persona y de la Sociedad), Capítulo I (Derechos Fundamentales de la Persona), como en el artículo 139° (Principios y Derechos de la Función Jurisdiccional) del citado texto superior. Como garantía del mencionado sistema la propia constitución crea un principio: el derecho al debido proceso penal, que actúa como límite con fundamentos políticos, jurídicos y axiológicos, al que necesariamente deberá vincularse la actuación de los poderes públicos en relación con la esfera de derechos propio de cada persona. Dicho límite está configurado por el derecho al debido proceso penal sustantivo (artículo 200°, último párrafo) y, el derecho al debido proceso penal adjetivo o jurisdiccional (artículo 139° inciso 3°).

SEGUNDA: El artículo 43° de la Constitución peruana, según el cual Perú se constituye en un Estado de Derecho, configura un modelo de organización política caracterizado, esquemáticamente por cuatro principios: i) el principio de legalidad de toda actividad del Estado, es decir, de subordinación a leyes generales y abstractas emanadas de órganos político-representativos y vinculadas a su vez, al respeto de ciertas garantías fundamentales de libertad y de inmunidad así como de ciertos derechos de los ciudadanos procesalmente justiciables. ii) El Imperio de la Ley. iii) El Principio Político de la Separación de los Poderes y, iv) El Control de Constitucionalidad de las Leyes.

TERCERA: El Sistema penal, en los últimos cinco años se ha caracterizado por presentar un “desdibujamiento institucional y constitucional”, fundamentalmente por la aparición de diversos dispositivos legales que han anulado en la práctica la vigencia de las leyes orgánicas que regulan el funcionamiento independiente de los órganos de justicia, modificándose leyes procesales por resoluciones administrativas internas del Poder Judicial, violando principios y garantías de la administración de justicia, derivando

el juzgamiento de civiles al fuero militar, y el diseño de un sistema de movilización interna de jueces y fiscales provisionales, para colocar en cada caso de interés para el grupo de poder en el gobierno, el juez ad hoc de su conveniencia.

De esta manera, la aprobación de normas legales de intervención y control de los órganos judiciales por el poder gobernante, hicieron que se forme un sistema paralelo dentro del propio poder judicial, algo así como una organización para-judicial que ha permitido convertir, en la práctica, al Poder Judicial y Ministerio Público en ramas del Poder Ejecutivo, con fines políticos y económicos particulares. En este contexto, principios como el de separación de poderes, la independencia de los jueces y el debido proceso legal son instituciones despreciadas y condenadas “al basurero de la historia”.

CUARTA: Como balance de La actividad judicial y la jurisprudencia expedida por los tribunales peruanos, nos obliga a reconocer que el derecho al debido proceso, previsto en el inciso 3º) del artículo 139º de la Constitución de 1993, es uno de los que más se invoca como derecho lesionado o amenazado. De otro lado, con relación a la interpretación que se hace de él, los operadores del sistema penal no tienen en claro cuál es su naturaleza, contenido, alcance y límites. Más grave aún, esta realidad acoge –peligrosamente- criterios estrictamente formalistas para evaluar si hubo o no afectación al debido proceso, cuando en nuestro sistema existen una serie de normas procesales vigentes que no pasan un control de constitucionalidad desde la perspectiva del proceso.

QUINTA: La presencia de un Poder Judicial y Ministerio Público con serio problemas de institucionalización y una concepción deformada de uno de los derechos fundamentales más importantes del pacto social, convierten al proceso penal en una simple exigencia de legalidad que no agota el contenido del derecho al debido proceso penal. Es decir, no se rescata el sentido humano y social del proceso penal, dejando de ser un instrumento al servicio del hombre para garantizar la plena vigencia de la dignidad del ser humano, de la justicia y demás valores superiores consagrados en el ordenamiento jurídico.

SEXTA: Los derechos fundamentales son aquellos elementos esenciales del Sistema Jurídico, que al derivar de los valores superiores que provienen de la dignidad del ser humano, lo fundamentan, lo orientan y lo determinan, configurándose como derechos subjetivos de los sujetos de derecho y, como elemento objetivo que tutela, regula y garantiza las diversas esferas y relaciones de la vida social.

SÉPTIMA: Toda decisión, acto o norma que provenga de cualquier poder o entidad del Estado, de particulares o de cualquier sujeto de derecho en general que vulnere a amenace algún derecho fundamental, deberá ser invalidado o sancionado, pues no sólo afecta o amenaza las bases del ordenamiento jurídico político, sino que vulneraría la dignidad del ser humano. Al mismo tiempo, su naturaleza fundamental hace que las normas jurídicas y cualquier acto jurídico en general, deban ser creadas, interpretadas y aplicadas de tal forma que favorezca su eficacia y contenido.

OCTAVA: El derecho a un debido proceso penal o proceso justo, es un derecho fundamental de ribetes muy complejos, en la medida que está integrado por otros derechos, de un carácter instrumental y que además de ser o tener esta calidad, cumple la función de garantía de los demás derechos fundamentales y del ordenamiento jurídico

en su conjunto. De tal forma, que la vulneración del derecho a un debido proceso penal lleva ínsita la de otros derechos fundamentales, por ejemplo, la defensa, la publicidad, etc., del mismo modo que violar derechos como la celeridad, la igualdad, por ejemplo, necesariamente se traduce en violación del derecho al debido proceso penal.

NOVENA: El ejercicio de la función punitiva y el control penal presenta un serio conflicto entre la obligación del Estado de proteger bienes jurídicos de las personas residentes en el Perú, mediante la imposición de sanciones por los delitos, de una parte, y la de respetar los derechos fundamentales del individuo, de la otra; puesto que ningún Estado de Derecho está legitimado para imponer una pena, con el propósito de proteger a la sociedad, con desconocimiento de los derechos que le son inherentes a la persona.

Como en la investigación penal se afectan derechos fundamentales de la persona contra quién se dirige, no solamente en la eventualidad de que se imponga una pena, sino por el sólo hecho de ser vinculado a un proceso, el derecho al debido proceso penal, constituye el límite más importante –entre otros por cierto- que buscara acentuar la presencia del valor justicia y evitar la innecesaria intromisión de aquél en la vida de las personas.

DÉCIMA: La garantía del “due process of law” o del “debido proceso”, fue introducida formalmente en esos términos en la Constitución de los Estados Unidos, a través de la V Enmienda, efectuada en el año 1791 y de la XIV Enmienda, en el año 1868. La primera de estas enmiendas formaba parte del «Bill of Rights» conjunto de garantías destinadas a proteger “las libertades individuales, contra las actividades lesivas provenientes de la autoridad federal. Sólo después ha sido extendida parcialmente a los procesos estatales”. La segunda enmienda está relacionada con el «Civil Rights Act» después de la Guerra Civil, y asegura a los particulares la posibilidad de recurrir a las Cortes Federales contra las violaciones de los derechos garantizados por el “due process”, perpetrados por los Estados.

A partir de estas disposiciones, y en mérito a la labor de la Corte Suprema de los Estados Unidos, a lo largo del tiempo, se ha llegado a construir este singular instituto jurídico norteamericano, difícil de explicar y de entender fuera del sistema en el que ha sido formulado, pero que, no obstante, ha tenido una poderosa influencia en regímenes jurídicos totalmente diferentes al del common Law. Incluso se considera que su consolidación marca el nacimiento del constitucionalismo moderno, que se caracteriza por el predominio de la Constitución sobre las leyes ordinarias.

UNDÉCIMA: El debido proceso, es una institución jurídico-procesal huérfana de bibliografía en el Perú. Es por ello, que no se ha conseguido aclarar qué es este principio exactamente, cuál es su concepto más riguroso, qué contenido esencial tiene, y cuál es su función precisa en el proceso penal peruano.

DECIMO SEGUNDA: En ese orden de ideas, la mayor parte de las Constituciones modernas y de Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos, liderada por la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (Roma, 1950), cuyo artículo 6º, constituye el paradigma de modelo y las Reglas de Mallorca (España), reconocen el derecho al debido proceso penal como un derecho humano o fundamental. En algunos casos, tal reconocimiento se da en forma

explícita (derecho nominado) y cada vez menos en forma indirecta (innominado), mediante el reconocimiento de algunos de los derechos que integran su contenido.

DECIMO SEGUNDA: En cuanto a la aparente confusión que existe entre el derecho al debido proceso penal y la tutela judicial efectiva, es importante dejar en claro que existe una diferencia importante desde el punto de vista de su origen y filosofía. En ese sentido, el debido proceso –como ya se demostró– tiene un antiguo abolengo anglosajón, el mismo que fue desarrollado por la doctrina del common law, alcanzando su verdadero auge en los Estados Unidos de América. Por su parte, el origen continental de la tutela judicial efectiva alcanzó su máximo desarrollo en los países de la vieja Europa. Pero en definitiva, se trata de instrumentos distintos, que obedecen a concepciones jurídicas diferentes, para el logro de los mismos fines.

En cuanto a sus componentes, considerando el desarrollo inicial alcanzado en sus sistemas de origen, el derecho a la acción, y a la contradicción, logran un mayor y exclusivo desarrollo con la tutela judicial efectiva (la posibilidad de acceder a los órganos jurisdiccionales, obtener una sentencia que declare el derecho de cada una de las partes, interponer recursos, la de solicitar y obtener el cumplimiento efectivo de la sentencia definitiva). En cambio, la exclusividad del debido proceso está vinculado a principios como el derecho de defensa, la igualdad de armas, proceso sin dilaciones indebidas y publicidad del proceso, entre otros, que veremos más adelante con mayor detalle.

DECIMO TERCERA: Con relación a los contenidos esenciales o elementos del derecho al debido proceso penal al interior de un proceso penal, no es un tema muy pacífico ni uniforme tanto en el desarrollo jurisprudencial como en el doctrinario. De conformidad con la línea argumentativa se ha demostrado que, es usual que los elementos esenciales de esta garantía varíe de un sistema jurídico a otro o de países de una misma familia jurídica. Tal variedad o flexibilidad lejos de ser un probable problema es realmente provechoso y favorable, pues el contenido del debido proceso debe responder a las necesidades y características de cada sociedad en un momento histórico determinado.

DECIMO CUARTA: En cuanto a su concepción general, la Constitución de 1993, desafortunadamente, no repara el equívoco tratamiento o concepción del derecho al debido proceso penal que se tuvo en la Constitución de 1979, pese al mérito de reconocerlo como una garantía nominada, y es que el inciso 3º del artículo 139º de la Constitución de 1993, al encontrarse dentro de los llamados “principios y derechos de la función jurisdiccional”, crea una grave indefinición.

Consideramos básicamente adecuados los principios que se reproducen en dicha norma constitucional, pero se debe dejar de lado equívocas denominaciones como aquella de “derechos de la función jurisdiccional”, ya que difícilmente se puede aceptar que una función del Estado (en este caso, la función jurisdiccional) sea sujeto de derechos.

Convendría entonces, sugerir una propuesta de modificación constitucional, en el sentido de que se debe trasladar el tratamiento o regulación del derecho a un debido proceso al capítulo referente a los derechos fundamentales, ya que esa (parte dogmática), es la ubicación más adecuada por toda la línea argumentativa desarrollada a

lo largo de la presente tesis, sobre su naturaleza.

Asimismo, se debe reconocer como derecho fundamental al debido proceso sustantivo, es decir, la vigencia de criterios como lo de razonabilidad y proporcionalidad, que deben guiar la actuación de los poderes públicos, como un artículo autónomo.

DECIMO QUINTA: Como conclusión central de la presente tesis, formulamos un modelo maximalista sobre el derecho al debido proceso penal, en base a la naturaleza, alcances y proporción del “sistema penal” y del “poder penal”.

Por esa razón, entonces, es la intención y convencimiento de que el modelo maximalista que se propone sobre el derecho al debido proceso penal –esta no debe basarse en establecer garantías mínimas como la denomina la Convención Americana de derechos Humanos– fundamentalmente debe consistir en una “supra garantía” (no olvidemos que mientras más pleno resulte el proceso, vale decir, cuando mayor sea su grado de perfeccionamiento, mayor cantidad de los elementos que integran el concepto de debido proceso encontraremos y tanto mayor será la intensidad con qué participarán), que permita constituirse en una barrera o límite lo suficientemente sólido como para soportar ese inmenso “poder penal” digamos en las tres etapas que configura el sistema penal (sede policial, el proceso penal en sí y la etapa de la ejecución de la pena).

Bibliografía

Bibliografía del Capítulo I

BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993. Análisis Comparado. Konrad Adenauer Stiftung. CIEDLA. Lima. 1996.

BINDER, Alberto. Política Criminal. De la formulación a la praxis. Ad Hoc. Buenos Aires. 1997.

BOBBIO, Norberto. El Tiempo de Los Derechos. Sistema Ed. Madrid. 1991.

BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Derechos Fundamentales y Proceso Justo. ARA Editores. Lima, 2001.

COMISION EPISCOPAL DE ACCION SOCIAL. Reflexiones sobre el Debido Proceso. Documento Síntesis. Agencia para el Desarrollo Internacional y Catholic Relief Services. Lima, 1996.

COMISION EPISCOPAL DE ACCION SOCIAL. Reflexiones sobre el Debido Proceso. Memoria. Agencia para el Desarrollo Internacional y Catholic Relief Services. Lima, 1997.

DE BERNARDIS, Luis Marcelo. La Garantía Procesal del Debido Proceso. Biblioteca

- Universitaria de Derecho Procesal Civil. Cultural Cuzco S.A. Lima. 1995.
- FERNANDEZ, Eusebio. Teoría de la Justicia y Derechos Humanos. Ed Debate. Madrid. 1987.
- JAEN VALLEJOS, Manuel. La Justicia Penal en la Jurisdicción Constitucional. Ediciones Dykinson. Madrid. 1998.
- JIMENEZ MAYOR, Juan. Jurisprudencia en Materia Constitucional. Selección, clasificación y comentarios. Serie Normativa y Jurisprudencia. Vol. 2. Cuaderno de Debate Judicial. Consejo de Coordinación Judicial. Lima. 2000.
- LANDA, César Tribunal Constitucional y Estado Democrático. Lima. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Maestría en Derecho con mención en Derecho Constitucional. 1999.
- PECES BARBA, Gregorio. Derechos Fundamentales. Editorial Latina Universitaria. Madrid. 1980.
- RAWLS, John. A Theory of Justice, Cambridge. Belknap. 1971.
- RIVERA BEIRAS, Iñaki. La Devaluación de los Derechos Fundamentales de los Reclusos. La Construcción Jurídica de un Ciudadano de Segunda Categoría. Biblioteca de Derecho Penal. José María Bosch Editor. Barcelona. 1998.
- RUIZ VADILLO, Enrique. El Proceso Penal en un Estado de Derecho, Democrático y Social. Normas Legales. Sección Doctrina. 1997.
- SCHIAPPA-PIETRA, Oscar. Notas sobre el Debido Proceso en la Doctrina Penal y en la Jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos. Instituto de Estudios Internacionales. PUCP. Lima. 1996.
- THOMPSON, José. Acceso a la Justicia y Equidad. Estudio en siete países de América Latina. Banco Interamericano de Desarrollo e Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José. Costa Rica. 2000.
- TRUYOL Y SERRA, Antonio. Los Derechos Humanos. Editorial Tecnos. Madrid. 1979.

Bibliografía del Capítulo II

- BOREA ODRIA, Alberto. Los Elementos del Estado Moderno. Tomo I. Lima. 1994.
- COSSIO DIAZ, José Ramón. Estado Social y Derechos de Prestación. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 1989.
- DE ASIS ROIG, Rafael. Deberes y Obligaciones en la Constitución. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 1991.
- DE ASIS, Rafael. Una Aproximación a los Modelos de Estado de Derecho. Madrid. Universidad de Jaén. Dykinson. 1999.
- DE LA CUEVA, Mario. La Idea del Estado. México. Fondo de Cultura Económica. 1994.
- DIAZ, Elías. Estado de Derecho y Sociedad Democrática. Madrid. Taurus. 1998.

- DUVERGER, Maurice. Instituciones Políticas y derecho constitucional. Barcelona. Ediciones Ariel. 1970.
- FERNANDEZ GARCIA, Eusebio. Entre la razón de Estado y el Estado de Derecho: la racionalidad política, Madrid Dykinson y Universidad Carlos III. 1997.
- FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal. Madrid. Editorial Trotta. 1995.
- FERRANDO BADIA, Juan. Democracia frente a Autocracia. Los Tres Grandes Sistemas Políticos. Madrid. Editorial Tecnos. 1989.
- GAGO GUERRERO, Pedro Francisco. "Legaz y el Estado". En: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Nº 90. Curso 1998-1999.
- GARCIA-PELAYO, Manuel. Estado legal y estado constitucional de derecho. En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. Caracas. Nº 82. 1991.
- HERRERA PAULSEN, Darío. Curso de Derechos Constitucional. Teoría General. Lima. Edición Universidad nacional Mayor de San Marcos. 1970.
- LANDA, César Tribunal Constitucional y Estado Democrático. Lima. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Maestría en Derecho con mención en Derecho Constitucional. 1999.
- LARENZ, Karl. Derecho Justo. Madrid. Editorial Civitas. 1993.
- LOCKE, John. Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil. Alianza Editorial. Madrid. 1994.
- LUCAS VERDU, Pablo y Pablo, LUCAS MURRILLO DE LA CUEVA. Manual de Derecho Político. Vol. 1. Madrid. Editorial Tecnos. 1994.
- MADRIÑAN R, Ramón Eduardo. El Estado Social de Derecho.. Santa Fe de Bogotá. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. 1997.
- MARTINEZ BULLE GOYRI, Víctor M. El Tránsito del Estado de Derecho al Estado Social de Derecho. En: Revista del Tribunal Constitucional. Nº 1. Lima. 1999.
- MESTRE DE TOBON, Olga. El Estado de Derecho en Colombia. Entre la realidad y la ilusión. Santa Fe de Bogotá. Editorial Temis. 1997.
- MIRO QUEZADA RADA, Francisco. Ciencia Política. Lima. Editorial Studium. 1986.
- PEREZ-LUÑO, Enrique. Los Derechos Humanos. Significación, Estatuto Jurídico y Sistema. Sevilla. Publicaciones de la Universidad de Sevilla. 1979.
- Derechos Humanos. Estado de Derecho y Constitución. Cuarta Edición. Editorial Tecnos. Madrid. 1991.
- Las transformaciones del Estado Contemporáneo. Madrid. Alianza Editorial S.A.. 1980.
- PLANAS, Pedro. El Estado Moderno. Una nueva biografía. Lima, Desco. 1993.
- RAMON CAPELLA, Juan. Fruta Prohibida. Madrid. Ediciones Trotta. 1997.
- ROBBERS, Gerhard. El Estado de Derecho y sus bases éticas En: Estado de Derecho y Democracia. CIEDLA. Buenos Aires. 1999.
- SÁNCHEZ FERRIS, Remedio. Introducción al Estado Constitucional. Barcelona. Ariel.

1993.

SANCHEZ GONZALES, Santiago. Fundamentos de Derecho Político. Madrid. Universidad Nacional de Educación a Distancia. 1995.

SANTAMARIA IBEAS, Javier. El Estado de Derecho: formación histórica. En: Los Valores Superiores en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Madrid. Universidad de Burgos. Edición Dykinson. 1997.

Bibliografía del Capítulo III

BINDER, Alberto Manual de Derecho penal. Parte General. Ediciones Jurídicas. Lima, 1990.

----- Política Criminal. De la formulación a la praxis. Ad Hoc. Buenos Aires. 1997.

----- Introducción al Derecho Procesal Penal. Ad Hoc. Buenos Aires. 1993.

CAFERATTA NORES, José. "La Reforma Procesal en América Latina". En: Reformas a la Justicia Penal en las Américas. Fundación para el Debido Proceso Legal. Washington, D.C. 1999.

DAMASKA, Mirjan. "Aspectos globales de la Reforma del proceso penal" En: Reformas a la Justicia Penal en las Américas. Fundación para el Debido Proceso. Washington, D.C. 1999.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal. Madrid. Editorial Trotta. 1995.

GOZAINI, Oswaldo Alfredo. La Justicia Constitucional. Garantías, Proceso y Tribunal Constitucional. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1994.

HOYOS, Arturo. El debido proceso. Temis. Santa Fe de Bogotá. 1995.

JELLINEK, George. Teoría General del Estado. Traducción de Fernando de los Ríos Urruti. Tomo II. Madrid. 1915.

KELSEN, Hans. Teoría General del Estado. Editorial Eudeba. Buenos Aires. 1969.

MERA FIGUEROA, Jorge. "Adecuación del derecho penal chileno a las exigencias de los derechos humanos". En: Sistema jurídico y Derechos Humanos. El derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en Materia de Derechos Humanos. Editores Cecilia Medina y Jorge Mera. Escuela de Derecho Universidad Diego Portales. Serie Publicaciones Especiales 6. Santiago de Chile. 1996.

Nueva Enciclopedia Jurídica. F Seix. Editor. Tomo X. Barcelona. 1971.

PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho. Madrid. Editorial Trotta. 1997.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Comentarios al Código Penal de 1991. Editorial Alternativas. Lima. 1993.

RIVERA BEIRAS, Iñaki. La Devaluación de los Derechos Fundamentales de los Reclusos. La Construcción Jurídica de un Ciudadano de Segunda Categoría.

- Biblioteca de Derecho Penal. José María Bosch Editor. Barcelona. 1998.
- SANCHEZ VELARDE, Pablo. "La evolución de la reforma procesal penal en el Perú". En: Documento CEAS. Lima. 1997.
- UGAZ-SANCHEZ MORENO, José. "Cultura inquisitiva y presos sin sentencia". En: Revista IUS ET VERITAS. Año VI N° 11. 1995 de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- VON IHERING, Rudolf. La Lucha por el Derecho. Editorial Cajica. México.
- ZAFFARONI, Raúl Eugenio. En Busca de las Penas Perdidas. Deslegitimación y Dogmática Jurídico-Penal. Segunda edición. Temis. Bogotá. 1993.

Bibliografía del Capítulo IV

- BANDRES SANCHEZ-CRUZAT, José Manuel. El Derecho Fundamental al proceso Debido y el Tribunal Constitucional. Aranzadi. Pamplona. España. 1992.
- BOURGUIGNON, Marcelo. "El debido proceso, garantía constitucional". En: Revista Jurídica Argentina La Ley. 1969.
- CARROCA PEREZ, Alex. "Las Garantías Constitucionales del Debido proceso y de la Tutela Judicial Efectiva en España. En: Revista Jurídica del Perú. Normas Legales. Trujillo, Perú. Año XLV No. 6. 1999.
- DE BERNARDIS, Luis Marcelo. La Garantía Procesal del Debido Proceso. Biblioteca Universitaria de Derecho Procesal Civil. Cultural Cuzco S.A. Lima. 1995.
- HOYOS, Arturo. El debido proceso. Temis. Santa Fe de Bogotá. 1995.
- LINARES, Juan Francisco. Razonabilidad de las Leyes. El "debido proceso" como garantía innominada en la Constitución Argentina. Segunda Edición. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1989.
- MIXAN MASS, Florencio. Categorías y Actividad Probatoria en el Procedimiento Penal. Ediciones BLG. Lima, 1996.
- O'DONNELL, Daniel. Protección Internacional de los Derechos Humanos. Comisión Andina de Juristas. Segunda Edición. Lima, 1989.
- PRITCHETT, Herman. La Constitución Americana. Editorial TEA. México. 1965.
- TORRES KRÜGER, César Francisco. "Trayectoria Histórica del Debido proceso desde su regulación en las normas de la Constitución Norteamericana de 1787, hasta su plasmación en las normas pertinentes del Derecho Peruano". En: Revista del Colegio de Notarios. Año V. N° 5. Lima. 1995.
- TRUYOL Y SERRA, Antonio. Los Derechos Humanos. Editorial Tecnos. Madrid. 1979.

Bibliografía del Capítulo V

- ALZAGA VILLAMIL, Oscar. Comentarios a la Constitución Española de 1978. Tomo III. 1996. Cortes Generales. Madrid.
- BANDRES SANCHEZ-CRUZAT, José Manuel. El Derecho Fundamental al proceso Debido y el Tribunal Constitucional. Aranzadi. Pamplona. España. 1992.
- BINDER, Alberto. Introducción al Derecho Procesal Penal, Ad Hoc, Buenos Aires, 1993.
- CAROCCA PEREZ, Alex. Garantía Constitucional de la defensa procesal. José Maria Bosch Editor. Barcelona, 1988.
- DE CASTRO BRAVO, f. Naturaleza de las Reglas para la interpretación de la Ley. ADC, t XXX, 1977, p. 809.
- DE URBANO CASTRILLO, Eduardo. Derechos Fundamentales y prueba ilícita. En Revista Canaria de Ciencias Penales. Nº 2. 1998. España.
- DIAZ REVORIO, Francisco Javier. Valores Superiores e Interpretación Constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 1997. Madrid.
- ENRIQUE E, Carlos. Garantías Constitucionales en Materia Penal. Editorial Astrea. 1996. Buenos Aires.
- Ferrajoli, Luigi. Justicia Penal y democracia en el contexto extraprocesal en Revista Captulo Criminologico N 16 Instituto de Criminología de la Universidad de Zulia Maracaibo 1990.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor. Los Problemas Contemporáneos del Poder Judicial. UNAM. México. 1986.
- GIMENO SENDRA, Vicente. Constitución y Proceso. Tecnos. Madrid. 1988.
- HASSEMER, Winfried. Fundamentos del Derecho penal. Bosch. Barcelona. 1984.
- HUERTA GUERRERO, Luis. El debido proceso y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Tendencias actuales y posibilidades de aplicación por las Defensoría del Pueblo. En Debate Defensorial Nº 3, 2001. Revista de la Defensoría del Pueblo. Lima. 2001.
- LIBER AMICORUM, Héctor Fix-Zamudio. Libro Homenaje. Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Organización de los Estados Americanos y Unión Europea. II Tomo. 1998.
- LOPEZ DE QUIROGA, Jacobo. Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida. Madrid: Akal. 1989.
- MAIER, Julio. Derecho Procesal Penal Argentino, Ed. Hammurabi SRL. Buenos Aires.
- MIXAN MASS, Florencio. Categorías y Actividad Probatoria en el Procedimiento Penal. Ediciones BLG. Trujillo. Perú. 1996.
- MORENO CATENA, Víctor. El Derecho a un proceso público y la libertad de expresión en el proceso penal. En: Constitución y Derecho Público. Estudios en Homenaje a Santiago Varela. Ed. Tirant Lo Blanch. 1995. Valencia España.
- NOVAK, Fabián y Julissa, MANTILLA (Comp). Las Garantías del Debido Proceso. Materiales de enseñanza. Pontificia Universidad católica del Perú. Instituto de Estudios Internacionales. Lima, 1996.

- PEREZ-LUÑO, Antonio. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Madrid, Edit, Tecnos. 1984.
- PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU. Las Garantías del Debido Proceso. Materiales de Enseñanza. Fabián Novak y Julissa mantilla. 1996. Lima.
- QUIROGA LEON, Anibal. La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de aplicación. Editorial Cusco. 1987.
- Revista Ius et Veritas. Revista editada por estudiantes de la facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año X N° 21. Una Aproximación a la vigencia del debido proceso en los despidos laborales de Reynaldo Bustamante Alarcón. Págs. 301-310.
- Revista Jurídica Argentina LA LEY N° 72. Octubre – Diciembre. 1953.
- SUAREZ SANCHEZ, Alberto. El Debido Proceso Penal. Unibersidad Externado de Colombia. 1998.
- V.V.A.A. La Constitución Diez Años Después. Constitución y Sociedad y Fundación Friedrich Naumann. 1989. Lima.