

UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS Fundada en 1551

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

UNIDAD DE POST GRADO

El Proceso penal peruano: una investigación sobre su constitucionalidad

TESIS: Para optar el Grado Académico de: **MAGÍSTER EN DERECHO** con mención en
CIENCIAS PENALES

VÍCTOR BURGOS MARIÑOS

LIMA-PERÚ 2002

..	1
PRESENTACIÓN . .	3
CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTOS METODOLÓGICOS .	5
1. FUNDAMENTOS. . .	5
1.1. El control penal y el proceso penal. .	5
1.2. La Constitución Política del Estado y el proceso penal. .	7
2. SELECCIÓN DEL PROBLEMA. .	7
2.1. Definición del Problema. .	9
2.2. Hipótesis. . .	9
2.3. Justificación de la Investigación. .	9
2.4. Objetivos. .	10
2.5. Delimitaciones de la Investigación. .	10
2.4. Antecedentes. . .	11
3. METODOLOGÍA. .	12
3.1. Técnicas de recolección de datos. .	12
3.2. Métodos. .	12
CAPÍTULO II: EL VALOR NORMATIVO DE LA CONSTITUCIÓN EN EL PROCESO PENAL. .	13
1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES. .	13
2. EL VALOR NORMATIVO DE LA CONSTITUCIÓN PARA EL PROCESO PENAL. . .	16
2.1. Valor normativo de la Constitución en la regulación legal del proceso penal. .	23
2.2. En el proceso penal. . .	26
3. EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS LEGALES. . .	28
3.1. El control difuso de la constitucionalidad. . .	29
3.2. El control concentrado de la constitucionalidad. .	30
CAPÍTULO III: LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DEL PROCESO PENAL PERUANO.	33
..	33
1. NOTA PRELIMINAR: DELIMITACIÓN CONCEPTUAL. .	33

2. LAS GARANTÍAS GENÉRICAS DEL PROCESO PENAL PERUANO. . .	35
2.1. El derecho a la tutela judicial efectiva. . .	36
2.2. El derecho al debido proceso penal. . .	44
2.3. El derecho a la presunción de inocencia. . .	52
2.4. El derecho de defensa. . .	55
3. LAS GARANTÍAS ESPECÍFICAS. . .	60
3.1. Principios relativos a la forma de los actos procesales (oralidad y escritura) . .	61
3.2. Principios referidos a la relación entre el Juez y las pruebas (inmediación y mediación) . . .	61
3.3. Principio referente al conocimiento de los actos procesales (publicidad y secreto) . .	62
3.4. Principios referidos a la marcha de los actos procesales (celeridad) . .	63
4. LAS GARANTÍAS MÍNIMAS DEL PROCESO PENAL EN EL CONTEXTO DEL DERECHO INTERNACIONAL. . .	63
CAPÍTULO IV: EVALUACIÓN SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL PROCESO PENAL ORDINARIO. . .	75
1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES. . .	75
2. LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN DEL DELITO. . .	76
2.1. La investigación preliminar. . .	77
2.2. La instrucción judicial. . .	81
2.3. Conclusión de la instrucción. . .	96
3. LA FASE INTERMEDIA Y LA ETAPA DEL JUZGAMIENTO. . .	97
3.1. Fase intermedia. . .	97
3.2. EL JUICIO ORAL. . .	98
4. LA IMPUGNACIÓN. . .	107
4.1. Elementos de la impugnación: . .	107
4.2. Clases de recursos: . .	108
4.3. Efectos de los recursos: Pueden ser de tres clases: devolutivos, suspensivos y extensivos: . .	108
4.4. Clases de recursos. . .	108
4.5. La impugnación en la doctrina constitucional. . .	109

4.6. Principio de reformatio in peius . . .	109
CAPÍTULO V: EVALUACIÓN SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL PROCESO PENAL SUMARIO. . .	111
1. CONSIDERACIONES PREVIAS. . .	111
2. EL PROCESO PENAL SUMARIO: GENERALIDADES Y CRÍTICA. . .	112
2.1. Fundamentos político-jurídicos. . .	112
2.2. Características más importantes del sistema procesal penal inquisitivo. . .	113
2.3. Crisis de la impartición de justicia criminal y necesidad de reforma. . .	115
3. INCONSTITUCIONALIDAD DEL PROCESO PENAL SUMARIO. . .	116
3.1. Reunión en una sola mano de las funciones de investigación y juzgamiento. . .	116
3.2. La sentencia se expide sin la previa realización de un juicio . . .	122
3.3. El proceso penal sumario no es público. . .	122
CAPÍTULO VI: EL SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA PENAL: CRISIS, REFORMA Y ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN. . .	125
1 EL SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA CRIMINAL. . .	125
2. LA CRISIS DEL SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA PENAL. . .	127
2.1. Causas de la crisis de la administración de justicia penal. . .	128
2.2. Etapas de una reforma procesal penal. . .	131
2.3. El curso de la fracasada reforma del proceso penal peruano . . .	132
3. CRITERIOS PARA LA SOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS DEL SISTEMA PROCESAL PENAL PERUANO: HACIA LA MATERIALIZACIÓN DE LA REFORMA. . .	134
3.1. Lineamientos para la reforma del sistema procesal penal. . .	135
CONCLUSIONES . . .	147
RECOMENDACIONES . . .	149
BIBLIOGRAFÍA . . .	151

DEDICATORIA “A Jesús, hijo de Dios, por su mensaje de paz, amor y solidaridad”. “A los hombres, para que aprehendan el mensaje y destierren de sus actos todo rasgo de violencia”.

PRESENTACIÓN

En nuestro país rige en la actualidad, un nuevo orden institucional, con clara vocación democrática y de profundo respeto por lo constitucional. Y como quiera que el proceso penal es en la actualidad, el centro de atención de la sociedad peruana, e incluso de la comunidad internacional, por los numerosos juicios seguidos a la denominada “red de corrupción de Fujimori-Montesinos”, valdría la pena preguntarse, si las normas que regulan el proceso penal peruano vigente, son respetuosas a la Constitución y a los Tratados sobre Derechos Humanos que diseñan las llamadas garantías penales o reglas mínimas del proceso penal.

Imaginemos, sin que con ello signifique tomar partido por la defensa de los implicados, sino con evidente y clara preocupación por el estado actual del proceso penal peruano, que luego de los procesos y las inminentes condenas, una vez agotada la jurisdicción interna, los condenados acudan ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, denunciando la inconstitucionalidad del proceso penal, y logren un fallo favorable, condenando al Estado peruano y obligando que sus procesos sean declarados nulos. Estaremos preparados para admitir tal fallo. Nuestra sociedad podrá comprender tal decisión?.

Creemos que es tiempo de mirar nuestro proceso penal, a la luz de los nuevos vientos democráticos, y preguntarnos nosotros mismos, si el proceso penal diseñado para los delitos perseguibles públicamente, es respetuoso de la Constitución, y si no, hacer los cambios necesarios para garantizar a nuestra sociedad y a la comunidad internacional, el respeto de los derechos fundamentales de las personas sometidas a juicio penal.

Creemos que existen muchos indicios de inconstitucionalidad en nuestro proceso penal, y ello nos puede llevar a afirmar, que si el proceso es efectivamente inconstitucional, las penas que a través de él se imponen también lo son, por ello, la necesidad e importancia de investigaciones como la nuestra, que tienen por finalidad alertar de los riesgos de un proceso penal inconstitucional, el que puede degenerar no sólo en una zona de vulneración encubierta de derechos fundamentales, sino también en vía de escape e impunidad de la delincuencia poderosa. Sin duda que el trabajo que planteamos, no sólo se queda en alertar de los peligros constitucionales del proceso penal, sino que se convierte también, en un argumento documentado para insistir en la necesidad de reformar urgentemente nuestro proceso penal, y así poner en vigencia el Nuevo Código Procesal Penal, de una vez por todas.

CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTOS METODOLÓGICOS

“El proceso penal peruano: Una Investigación sobre su constitucionalidad”.

1. FUNDAMENTOS.

1.1. El control penal y el proceso penal.

El Derecho penal es un medio de control social que se encuentra destinado a evitar (“prohibir”) la realización de los comportamientos considerados más reprochables (“disvaliosos”) de la interacción social, por vulnerar o poner en peligro los bienes jurídicos que hacen posible la convivencia social pacífica (bienestar social).

De ahí que revista interés garantizar el eficaz funcionamiento de dicho control, pues ello contribuye a lograr la paz social y a garantizar la protección de los derechos fundamentales.

El funcionamiento del control penal presenta dos momentos: uno preventivo y otro sancionador o aplicativo. En el primero, a través de la Ley Penal Sustantiva, se prohíbe a la generalidad de miembros de la sociedad, la realización de las conductas disvaliosas

(llamadas “delitos”) sobre la base de una doble motivación: preventivo integradora (prevención general positiva) y coercitiva-intimidatorio (prevención general negativa). En el segundo momento, a través de la Ley Penal Procesal, se impone la sanción penal a los sujetos que han cometido delito y hayan estado en capacidad y condiciones de acceder normalmente al contenido del mensaje normativo (culpables).

En una perspectiva realista, uno de los caracteres centrales del control penal es su alto grado de violencia. Los instrumentos que se han previsto para el cumplimiento de sus fines - las penas y medidas de seguridad- representan la ingerencia más violenta que el Estado Democrático de Derecho se puede permitir en el ámbito de los derechos y libertades fundamentales de la persona humana.

De ahí que, la actuación del control penal se encuentre reservada en exclusiva al Estado, y sea éste el único que puede prohibir comportamientos y amenazarlos con penas; así como, efectivizar la sanción, en los casos en que la norma resulte infringida. Frente a un delito cualquiera, no va ser posible que el autor o la víctima acuerden la aplicación de la sanción o que el agraviado la imponga (con razones o por la fuerza), pues ello es potestad estatal.

De ahí que cuando se comete un delito, surge la función de persecución penal dirigida a aplicar la sanción al autor. Pero como dicha reacción estatal puede ser desproporcionada en razón del contenido de violencia, y afectar indebidamente los derechos fundamentales, se hace necesario que la aplicación de la referida consecuencia penal se haga, en el marco de un conjunto de garantías que cautele la correcta aplicación del derecho penal, excluya la arbitrariedad y proteja los derechos fundamentales.

En tal sentido, surge la garantía del juicio previo, con la finalidad de establecer como condición para la aplicación de la consecuencia penal, la existencia previa de un juicio previo, en donde la persona acusada de delito pueda ejercer su derecho de defensa y oposición frente a la pretensión penal estatal. Por consiguiente, a partir de ese momento, el Estado para aplicar la pena a una persona, deberá acreditar su culpabilidad dentro del juicio previo (“no hay pena sin juicio”, “no hay pena sin culpa”).

Conforme lo demuestra el análisis histórico de los sistemas procesales, el juicio previo siempre ha expresado la ideología de cada forma de Estado, así por ejemplo, un Estado autoritario tiene un juicio previo autoritario; por ello, no es suficiente garantía para los derechos fundamentales el juicio previo, ya que en experiencias de Estados autoritarios, dicho juicio previo se convirtió en la máxima expresión de violencia sancionadora, que era expuesto incluso al público, como muestra de lo que le podría pasar a todo el que cometiera “delito”. Recordemos que en el sistema inquisitivo, el proceso penal era más temido, que la propia pena.

Sólo se podrá concebir un juicio previo garantista, si es que dicho juicio resulta ser expresión de un Estado democrático de Derecho, en donde la Constitución se convierta en la norma fundamental que limite eficazmente el ejercicio del poder estatal y a su vez garantice la protección de los derechos fundamentales.

Sin embargo, a pesar de lo anterior, el juicio previo no deja de ser una zona de riesgo para los derechos y libertades de la persona humana, más cuando en algunas ocasiones los funcionarios estatales encargados de la persecución penal, con la finalidad de

acreditar el delito y el derecho estatal de punición, exceden los márgenes de sus funciones permitidas por el ordenamiento jurídico, afectando los derechos fundamentales.

1.2. La Constitución Política del Estado y el proceso penal.

Uno de los principios más importantes del ordenamiento jurídico, conforme a su concepción moderna, se encuentra en la ubicación de la Constitución Política del Estado como la norma fundamental de una Nación. La Constitución se constituye en la norma jurídica de mayor valor (jerarquía) para la regulación de la vida en sociedad y condiciona la validez de todas las normas que le son inferiores, sea en cuanto al procedimiento que se debe seguir para su vigencia, como en cuanto a su contenido material y a su aplicación.

Todos los sectores del ordenamiento jurídico se encuentran fuertemente vinculados por la Constitución, y desde luego, aquél sector del ordenamiento que regula el juicio previo, es decir, el Derecho Procesal Penal, que posee una vinculación muy intensa y de naturaleza especial.

Uno de los caracteres esenciales de la persecución penal, radica en el hecho de que se trata de una función exclusiva del Estado, que necesariamente va a incidir (comportando restricciones y riesgos) en el ámbito de las libertades y derechos fundamentales de la persona humana. Y como se verá, es en la Constitución Política en donde se define y configura jurídicamente dicha función estatal, en sus diversos sectores de actuación (especialmente en el penal). Asimismo, en la Constitución se encuentran consagrados los derechos y libertades fundamentales de la persona humana y las posibilidades de sus restricciones legítimas. Son estos los factores que hacen que sea el Derecho procesal penal el que se encuentre más fuertemente condicionado por la normatividad constitucional, y que determinan una relación tan especial y sensible entre la Constitución Política del Estado y el proceso penal.

2. SELECCIÓN DEL PROBLEMA.

En nuestro país rige desde 1993 una nueva Constitución, por lo que el ordenamiento jurídico procesal penal peruano debe de adecuarse a la nueva Ley fundamental, tanto en lo referente al ejercicio del poder penal, como en lo referente a los derechos y libertades de la persona en ella consagrados, sin embargo, existen importantes razones que indican que esto no vendría ocurriendo así.

Estos indicios de la inconstitucionalidad del proceso penal peruano se encuentran, principalmente, en las prescripciones destinadas a la regulación del proceso penal sumario, pero también en importantes sectores del proceso penal ordinario, como lo veremos más adelante.

Todavía sin realizar un análisis profundo sobre la constitucionalidad de estas prescripciones, se puede mencionar a manera de ejemplo:

a. El artículo 330 del Código de Procedimientos Penales Peruano prescribe: “la sentencia condenatoria se cumplirá aunque se interponga recurso de nulidad”, lo que podría contravenir el derecho fundamental a la presunción de inocencia previsto en el artículo 2 inciso 24. e. de la Constitución, mediante el cual se impide que se trate como culpable a una persona a quien se le atribuye un hecho punible cualquiera que sea el grado de verosimilitud de la imputación, hasta tanto el Estado, por intermedio de los órganos judiciales establecidos para exteriorizar su voluntad en esta materia no pronuncie la sentencia penal firme que declare su culpabilidad y le someta a una pena.

b. El artículo 127 del Código de Procedimientos Penales prescribe: “Si el inculcado se niega a contestar algunas de las preguntas, el juez instructor las repetirá aclarándolas en lo posible, y si aquel se mantiene en silencio, se dejará constancia en la diligencia. El juez le manifestará que su silencio puede ser tomada como indicio de culpabilidad”, lo que podría contradecir el derecho de defensa consagrado en el artículo 139 inciso 14 de la Constitución, pues conforme ha señalado Alberto Binder: “El imputado no tiene el deber de declarar la verdad. Es decir, sea que declare la verdad o que ocultе información, no estará haciendo otra cosa que ejercer su derecho a la propia defensa y de ninguna manera incumpliendo un deber como el que tienen los testigos respecto de su declaración. Esto significa que el imputado tiene el señorío y el poder sobre su propia declaración. Consecuentemente, sólo él determinará lo que quiere o lo que no le interesa declarar”.

A estas justificaciones eminentemente normativas se le pueden sumar otras de carácter práctico. En nuestras facultades, la enseñanza del Derecho procesal penal se limita a una labor fundamentalmente exegética de las prescripciones contenidas, sobre todo, en el Código de Procedimientos Penales y en la Ley Orgánica del Ministerio Público. En el ámbito de la justicia penal, las argumentaciones esgrimidas por los defensores poseen el mismo nivel que el arsenal empleado por los agentes del sistema penal encargados de la criminalización secundaria (Poder Judicial, Ministerio Público y Policía Nacional), en ambos extremos se puede verificar un recurso casi único a las prescripciones de carácter legal.

Por lo demás, en los primeros años de la década del 90' nuestro país ingresó en un proceso de reforma de los instrumentos normativos de su sistema de control social punitivo, teniendo por norte la instauración de un sistema realmente eficiente, de naturaleza garantista y respetuoso de la dignidad de la persona humana como fin supremo de la sociedad, conforme lo exige nuestra Ley Fundamental; sin embargo, el que corresponde a las normas jurídicas de carácter procesal penal ha sido postergado en múltiples ocasiones.

Con estas consideraciones previas, investigar sobre una posible inconstitucionalidad del proceso penal peruano y sus principales factores resulta siendo un tema de gran importancia. Sólo podremos sostener que las condenas que los funcionarios jurisdiccionales pronuncien son legítimas cuando son el fruto de un proceso previo que haya respetado la normatividad jurídica establecida para regularlo. Siendo la Constitución la norma de mayor jerarquía en el sistema jurídico establecido normativo y como tal fundamento de la validez de las demás normas jurídicas; sólo podremos encontrarnos frente a condenas legítimas en los casos en que el proceso se haya realizado respetando

las normas, valores e ideología consagrados en la Constitución.

En caso que se logre demostrar la inconstitucionalidad del Proceso Penal Peruano, estaremos también demostrando que, en su origen, las penas que se vienen ejecutando se encuentran, en mayor o menor medida viciados de ilegitimidad.

En una perspectiva crítica positiva, una investigación de la constitucionalidad del proceso penal peruano resulta siendo de importancia, a efectos de posibilitar el control difuso de las normas que presenten contradicciones insalvables con la normatividad constitucional, así como, para posibilitar “lecturas constitucionales” de las normas que sólo resultan contradictorias de la Constitución en algunas de sus interpretaciones, entre ellas, principalmente en la más recurrida por nuestros funcionarios en la interpretación literal, así como promover la necesidad de una reforma legal de ser necesaria.

2.1. Definición del Problema.

Es en el contexto precisado que nuestro problema de investigación queda definido en los siguientes términos:

Determinar:

¿Si la regulación legal del proceso penal peruano vigente resulta siendo respetuosa o no de la Constitución Política del Estado de 1993?

2.2. Hipótesis.

Postulamos como respuesta probable de nuestro problema, que:

La regulación legal del proceso penal peruano no es respetuosa de la Constitución Política del Estado de 1993.

2.3. Justificación de la Investigación.

Nuestra investigación se encuentra dirigida a todas las personas que tengan interés en conocer si el proceso penal peruano es respetuoso de la normatividad, valores e ideología constitucional. Sin embargo se encuentra especialmente dirigida a los legisladores, debido a que son ellos los encargados de crear y modificar las normas legales destinados a regular el proceso penal, siendo su responsabilidad el que estas resulten conformes con las prescripciones constitucionales: el que se demuestre con claridad que el proceso penal peruano es abiertamente inconstitucional tendría que ocasionar en ellos la toma de una decisión sobre la reforma del sistema procesal vigente; el que se logren demostrar sólo algunas inconstitucionalidades, no sustanciales para el sistema en su conjunto, tendría que propiciar la modificación de las normas específicas denunciadas como inconstitucionales.

No obstante lo señalado, nuestro estudio también resulta de especial importancia para los funcionarios estatales encargados de la persecución penal (miembros de la Policía Nacional, del Ministerio Público y del Poder Judicial) pues va a permitir que éstos

puedan percatarse con claridad de cuáles son las normas legales que resulten inconstitucionales, para que dejen de lado su aplicación; así como, les va a permitir seleccionar entre los diversos sentidos posibles en que se pueda interpretar una norma jurídica aquel más compatible con nuestra Constitución de 1993.

Entre los sujetos a los que podría resultar de utilidad nuestra investigación también se encuentran los abogados y estudiantes de Derecho -futuros defensores penales-, pues se les va a ofrecer los análisis jurídicos que dicen de la inconstitucionalidad de algunas normas legales o de sus sentidos de interpretación; que les posibiliten un mejor ejercicio de su defensa técnica, para proveer a la protección de los derechos y libertades de sus patrocinados, en un proceso legítimo.

2.4 Objetivos.

General:

- Conocer si la regulación legal del Proceso Penal Peruano resulta compatible con la Constitución Política del Estado de 1993.

Específicos:

- Identificar las normas legales que en cualquiera de sus posibles sentidos de interpretación resulten absolutamente incompatibles con la Constitución Política de 1993.
- Promover el control difuso (su inaplicabilidad, por inconstitucionales) de las normas que resulten totalmente incompatibles con nuestra Ley Fundamental de 1993.
- Precisar entre las diversas interpretaciones permitidas por el tenor literal de la ley las que resultan compatibles con la Constitución y denunciar las que no lo sean.
- Advertir sobre las interpretaciones literales contrarias a las normas, valores o ideología de la Ley Fundamental.
- Ofrecer algunos criterios para la reforma de las normas que resulten totalmente incompatibles con la Constitución y para la corrección (“retocamiento”) de aquellas que puedan permitir interpretaciones conformes con el texto fundamental.
- Ofrecer instrumentos teóricos y análisis jurídicos para que los abogados defensores adviertan de la inconstitucionalidad de algunas normas, o de sus interpretaciones, a efectos que puedan cuestionar eficazmente los actos procesales al amparo de estas disposiciones.
- Poner de relieve la función normativa indirecta y directamente vinculante que la Constitución Política del Estado de 1993 se encuentra llamada a cumplir en el proceso penal.

2.5. Delimitaciones de la Investigación.

Tipo de investigación:

La investigación que proponemos es por el fin que persigue, una investigación básica; por el objeto de estudio, una investigación jurídico-formal; por el diseño de contrastación, una investigación descriptiva; y por el material a emplear, una investigación bibliográfica.

Delimitaciones:

Nuestro ámbito de proyección es el proceso penal peruano. No obstante, es honesto reconocer que existiendo en la actualidad una gran diversidad de tipos procedimentales especiales (v.g. por ejercicio privado de la acción penal, de terminación anticipada, para los delitos tributarios, etc.); sólo nos vamos a limitar al estudio de la constitucionalidad de las dos vías de persecución que pueden tenerse como ordinarias, el proceso penal ordinario, por haber sido previsto originalmente, en el Código de Procedimientos Penales, como la única vía para el procesamiento de los delitos de ejercicio público de la acción penal, y el proceso penal sumario, por haberse constituido, de un tiempo a esta parte, en la vía en que se tramitan la mayor cantidad de delitos de ejercicio público de la acción penal.

Por otro lado, si bien la Ley Fundamental de 1993 entró en vigencia después del Código de Procedimientos Penales y de gran parte de sus modificatorias, con lo que se podría sostener que las normas legales que se le oponían resultaron derogadas tácitamente, por la mayor jerarquía de la primera; nuestro análisis se proyectará sobre las normas legales que no hayan sido derogadas expresamente por normas legales posteriores, pues esta es la forma en que generalmente se realizan los análisis de la vigencia de las normas por los funcionarios jurisdiccionales y los doctrinarios de nuestro país.

2.4. Antecedentes.

En el contexto específicamente procesal penal, no ha existido aún en la doctrina nacional un estudio que se encuentre dedicado por completo a evaluar la constitucionalidad de las normas destinadas a regular el proceso penal, ni siquiera se había tomado en cuenta seriamente esta necesidad.

Sin embargo, es destacable el trabajo realizado por Florencio Mixán Mass, Arsenio Oré Guardia, Pablo Sánchez Velarde, así como de los constitucionalistas, Víctor Julio Ortecho Villena, Aníbal Quiroga León y Alberto Borea Odría.

En los primeros meses de 1999 hace su aparición bibliográfica el libro titulado "Derecho procesal penal" del profesor César San Martín Castro, el que podría ser calificado como el primer trabajo orgánico que en su estructuración ha tomado en cuenta el valor normativo de la Ley Fundamental; sin embargo, no se ha centrado en una evaluación de la constitucionalidad de la regulación del proceso penal, sino que ha sido concebido y desarrollado como un curso para el estudio del Derecho procesal penal nacional.

3. METODOLOGÍA.

3.1. Técnicas de recolección de datos.

Recopilación documental (apuntes y fichas textuales, de resumen, de comentario, etcétera).

3.2. Métodos.

a. Generales:

- Analítico-sintético (análisis mental o lógico)
- Inductivo-deductivo
- Histórico
- Dialéctico

Específicos:

- Métodos propios de la interpretación jurídica
- Interpretación conforme a la Constitución
- Dogmática funcional (teleológica)
- Derecho comparado.

CAPÍTULO II: EL VALOR NORMATIVO DE LA CONSTITUCIÓN EN EL PROCESO PENAL.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

Para una cabal comprensión del significado del valor normativo de la Constitución en el proceso penal, tenemos que partir de la definición del Derecho como ordenamiento jurídico, entendida en frases de Kelsen como un conjunto de normas cuyo fundamento de validez está en la norma básica (Constitución), y complementada por Bobbio, para quien ***“solamente se puede hablar de Derecho cuando existe un complejo de normas que forman un ordenamiento...El Derecho no es norma, sino conjunto coordinado de normas... una norma jurídica no se encuentra nunca sola, sino ligada a otras normas con las cuales forma un sistema normativo”***.¹

Sin embargo, las concepciones modernas del positivismo jurídico neoinstitucionalista

¹ Citado por Javier de Lucas y Otros, en “Introducción a la Teoría del Derecho”, Edit. Tirant lo blanch. 3ra. Edición. Valencia, 1997. Pág. 150.

(Weimberger, MacCormick), sostienen que el ordenamiento jurídico es un sistema abierto compuesto por reglas y otros elementos normativos -como son los principios- que además tiene en cuenta otro tipo de consideraciones de carácter consecuencialista, mediante las cuales pretende ser superada una concepción puramente formal del sistema jurídico. Efectivamente, el ordenamiento además de normas, se compone de principios, los que son recogidos por la Constitución, que es la norma fundamental de un Estado, y sobre la que descansa la validez de todo el ordenamiento, confiriéndole unidad y coherencia².

Políticamente, la Constitución es el instrumento jurídico por la cual se constituye y organiza un Estado Democrático de Derecho, lo cual es fundamental para el correcto ejercicio de la función penal del Estado (la más violenta de todas), entendiéndose una función penal garantista, que excluya la arbitrariedad y las violaciones de derechos fundamentales. De ahí que la Constitución se convierta en el instrumento determinante para la validez jurídica y política de un Estado Contemporáneo. Pero ¿qué es una Constitución? Son muy diversas las definiciones que se pueden encontrar de lo que es una Constitución³. Un correcto entendimiento de su sentido requiere advertir el contexto en el que se pretende averiguar por ésta. En nuestro caso, debemos de limitarnos a inquirir por la definición jurídica de la Constitución Política de un Estado. Sin embargo, es necesario tener en cuenta que la definición que podamos dar, no se encuentra privada de condicionantes, configurados esencialmente por las concepciones jurídico-políticas vigentes en un ámbito espacio-temporal determinado⁴.

Los antecedentes del uso del término Constitución se pueden ubicar en épocas muy remotas⁵; sin embargo en su sentido moderno recién va a aparecer durante el siglo XVIII, cuando se usa para designar la Carta Política Federal Norteamericana (1787), que, asimismo, es considerada como la primera de las constituciones modernas; de las que se

² Además de la teoría de Kelsen, se han formulado otros criterios de unidad, por ejemplo la regla de reconocimiento de Hart, la regla de las concepciones realistas que otorga a los jueces la potestad de declarar el Derecho válido, o de la norma de identificación de normas de Peces-Barba. A partir de estas consideraciones, el Ordenamiento podría ser representado a través de la idea de subsistemas y de cadenas normativas. El Ordenamiento estaría dividido en subsistemas normativos, cada uno de los cuales formaría en sí cadenas de normas y estaría vinculado de igual manera a la Constitución. Véase "Jueces y normas: la decisión judicial desde el Ordenamiento" de Rafael De Asis Roig. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1995. Pág. 25 y ss.

³ Es en este sentido que, por ejemplo, Carl Schmitt señaló: "La palabra constitución reconoce una diversidad de sentidos. En una acepción general de la palabra, todo, o cualquier hombre y cualquier objeto, cualquier establecimiento y cualquier Asociación, se encuentran de alguna manera en una constitución, y todo lo imaginable puede tener una constitución. De aquí no cabe obtener ningún sentido específico. Si se quiere llegar a una inteligencia hay que limitar la palabra constitución a Constitución del Estado, es decir, de la unidad política de un pueblo". SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid-España: Alianza Universidad Textos, Traducción de la edición alemana, 1982, págs. 29 y ss. Cfr. además, GARCIA-PELAYO, Manuel. "**Tipología de los conceptos de Constitución**", en CHANAME/PALOMINO/SAENZ (comps.) **Derecho Constitucional General y Teoría del Estado (Selección de lecturas)**. Lima-Perú: Ediciones Jurídicas, 1994, págs. 315 y ss.

⁴ Conforme ha señalado Herrera Paulsen, "existen varias clases de constituciones con diferentes contenidos, con arreglo a los países y momentos históricos". HERRERA PAULSEN, Darío. **Derecho Constitucional e Instituciones Políticas**. Lima-Perú: EDDILI, Segunda edición, pág. 131.

ha señalado como característica definidora: la afirmación radical de la libertad del individuo, y la existencia de unos derechos irrenunciables del mismo, como criterio esencial de la organización del Estado ⁶.

Una adecuada comprensión del significado de la Constitución Política de un Estado requiere de la puesta en relación de criterios formales y materiales ⁷. Desde el punto de vista formal la Constitución se define a partir de los órganos y procedimientos que intervienen en su adopción. Desde el punto de vista material la Constitución se define por ser el conjunto de reglas fundamentales que se aplican al ejercicio del poder estatal.

Es en el marco referido que la Constitución puede ser definida como el conjunto de normas que regulan, en garantía de la libertad del individuo en una comunidad política organizada, las posiciones jurídicas fundamentales de la persona frente al Estado, y la distribución de poder entre los principales órganos de éste; normas que por su carácter fundamental y definidor del sistema jurídico, tienen el carácter de normas superiores ⁸.

Como ya se deslizó, en el panorama mundial es posible encontrar varias clases de Constituciones. No obstante, en nuestro contexto cultural son las constituciones escritas ⁹, normativas y rígidas las más numerosas, perteneciendo a este tipo, la Constitución Política del Perú de 1993, actualmente vigente.

Es la confluencia de las características jurídicas de rigidez y normatividad lo que le

⁵ Así: "En el lenguaje jurídico romano se usaba el término Constitución para distinguir las fuentes del derecho dotadas de un valor particular; por ejemplo, la expresión *constitutionis principis* hacia referencia a los actos normativos del Emperador, dotados de eficacia superior respecto de los demás actos. Análogo uso se encuentra en el ordenamiento canónico a propósito de las *constitutioni pontificie e sinodali*, revestidas también de una importancia superior al de las otras normas. CICERON hablaba de *constitutio populi* para indicar la estructura política de un pueblo. Ese mismo término se encuentra en el medioevo, por ejemplo, en MARSILIO DE PADOVA y otros autores que emplean la expresión *constitutio reipublicae*, en el sentido de estructura política fundamental". LOPEZ GUERRA, Luis. **Introducción al Derecho Constitucional**. Valencia-España: Tirant lo blanch, 1994, pág. 3. Por su parte López Guerra ha señalado que, con anterioridad a la época de las revoluciones de los siglos XVII y XVIII han existido ciertos precedentes constitucionales, en el sentido de normas que presentan características similares, en cuanto a su forma y contenido, a las propias del constitucionalismo moderno. Se ha podido hablar así de constitucionalismo antiguo, con referencia a normas, principios y resoluciones judiciales que, en la Edad Media, e incluso en épocas anteriores, pretendían regular las actividades de los poderes públicos, señalando sus competencias y límites". LOPEZ GUERRA, Luis. **Introducción al Derecho Constitucional**. Valencia-España: Tirant lo blanch, 1994, pág. 17.

⁶ LOPEZ GUERRA, L. **Introducción...** pág. 17

⁷ Cfr. LOPEZ GUERRA, L. **Introducción...** pág. 22.

⁸ LOPEZ GUERRA, L. **Introducción...** pág. 22.

⁹ En algunos estados existen constituciones consuetudinarias, esto ocurre cuando la organización y funcionamiento del Estado resulta de prácticas, de tradiciones consagradas por el uso constante y que llegan a tener fuerza jurídica; v.gr. La Constitución inglesa es un conjunto de prácticas tradicionales que han adquirido el valor de verdaderas leyes constitucionales. Una regla tan capital como la responsabilidad de los ministros ante la Cámara de los Comunes no se encuentra escrita en ningún texto. HERRERA PAULSEN, D. **Derecho...** pág. 134.

da a la Constitución su especial ubicación en el ordenamiento jurídico ¹⁰. Se trata de Constituciones rígidas en el sentido de que no pueden ser modificadas ni contradichas por las normas legales comunes y, normativas en el sentido de que forman parte del ordenamiento jurídico normativo. Esto genera que la Constitución quede configurada como Norma Fundamental; lo que significa, que, entre las normas que componen el ordenamiento jurídico interno de un país, la Constitución es la norma de mayor jerarquía y la que otorga el fundamento para la validez de las que le son inferiores.

La Constitución condiciona la validez de las normas jurídicas legales desde dos perspectivas; por un lado, fija el procedimiento al que se debe someter su aprobación, promulgación y puesta en vigencia; y, por el otro, les fija límites materiales de contenido. Sin embargo no sólo produce efectos en la actividad legiferante, sino respecto de todo el aparato estatal, y especialmente, al nivel de la aplicación del derecho sin lugar a dudas.

Es en este sentido que el Tribunal Constitucional colombiano ha señalado que: **“La Constitución se erige en el marco supremo y último para determinar tanto la pertenencia al orden jurídico como la validez de cualquier norma, regla o decisión que formulen o profieran los órganos por ella instaurados”** ¹¹. Pero aun más, posee una “fuerza vinculante bilateral” (IHERING), pues vincula tanto a las autoridades como a los ciudadanos ¹².

2. EL VALOR NORMATIVO DE LA CONSTITUCIÓN PARA EL PROCESO PENAL.

Son muy variadas las proposiciones que como consecuencia de la consagración de la Constitución como la norma fundamental de un Estado se pueden extraer para todas y cada una de las parcelas que conforman el ordenamiento jurídico de nuestro país; pero en ningún sector logran la especial relevancia que alcanzan en la parcela destinada al Derecho penal; fundamentalmente, en razón de que la principal de las herramientas con que cuenta el Derecho criminal, la pena privativa de libertad, se constituye en la intervención más violenta que el Estado social y democrático de Derecho se puede permitir en el ámbito de las libertades y derechos fundamentales de la persona humana ¹³.

¹⁰ Esto no debe llevar a olvidar que desde una perspectiva política, también esencial, esta especial condición viene legitimada por el hecho de ser el fruto del poder constituyente ejercido por el pueblo, manifestación de su soberanía. C.m.d. CALZADA PADRON, Feliciano. **Derecho Constitucional**. México D.F.-México: HARLA, 1990, pág. 154 y ss.

¹¹ CABALLERO, G-ANZOLA, M. **Teoría...** pág. 5.

¹² GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. **“Los fundamentos del valor normativo de la Constitución. La Constitución como norma fundamental”**, en BLANCAS/LANDA/RUBIO (comps.) **Derecho Constitucional General. Selección de lecturas de Derecho Constitucional. Tomo I**. Lima-Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Cuarta edición, 1994, pág. 463.

En el ámbito del proceso penal esta relevancia alcanza su grado máximo, pues es en él, que el Estado ejercerá toda su fuerza para pretender aplicar dicha pena responsable de un delito. El Estado define las reglas procesales, diseña el proceso, determina la competencia de los funcionarios estatales, fija los casos de afectación de los derechos fundamentales del imputado, con la finalidad de aplicar el Derecho Penal. Mientras que el imputado, es la persona humana que ingresa al proceso penal dominado por el Estado, en franca desigualdad material, para defender su libertad personal. En el proceso penal tiene lugar el conflicto entre el poder punitivo estatal y la libertad personal del imputado, y como se verá, es un conflicto que tiene raíces constitucionales. De ahí que se afirme con razón, que es el Derecho procesal penal el que se encuentra más fuertemente condicionado por la normatividad constitucional¹⁴.

Son diversas las referencias que en la doctrina moderna podemos encontrar acerca del valor normativo que la Constitución posee para el proceso penal. Así, por ejemplo, Klaus Tiedemann ha señalado la “dependencia del Derecho procesal penal respecto del Derecho constitucional”¹⁵, Alberto Martín Binder se ha referido a la existencia de un “diseño constitucional del proceso penal”¹⁶, Juan - Luis Gómez Colomer ha manifestado la necesidad de un “proceso constitucionalmente debido”¹⁷, y por su parte, Eberhard Schmidt ha afirmado que el proceso penal tiene “fundamentos constitucionales”¹⁸.

Frases como las glosadas no hacen sino reconocer la fundamental trascendencia y valor normativo que le corresponde a la Constitución en el proceso penal, tanto en su diseño legal como en su desarrollo para cada caso específico.

Efectivamente, la Constitución va a cumplir una función normativa muy importante en la concreta configuración del sistema procesal penal nacional. La principal de las razones se encuentra -como ya lo deslizamos- en el hecho de que el poder penal y su realización mediante el proceso penal le corresponden en exclusividad al Estado, no siendo otra cosa que ejercicio de poder estatal. Pues bien, es precisamente la Constitución el instrumento jurídico normativo supremo en el que se fijan los contenidos, límites,

¹³ En este sentido, MAURACH, Reinhart - ZIPF, Heinz. **Derecho penal. Parte general 1. Fundamentos generales del derecho penal y estructura del hecho punible**. Buenos Aires - Argentina: ASTREA, Traducción de la séptima edición alemana, 1994, pág. 8 (nº marg. 9). ROXIN, Claus. **Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. Estructura de la Teoría del Delito**. Madrid - España: Civitas, Traducción de la segunda edición alemana, 1997, pág. 65 (nº marg. 29).

¹⁴ En este sentido, TIEDEMANN, Klaus. “Constitución y Derecho penal”, en Revista Española de Derecho Constitucional. Nº 33. Madrid - España: 1991, pág. 157.

¹⁵ TIEDEMANN, Klaus. “El Derecho procesal penal”, en ROXIN, Claus - ARTZ, Günter - TIEDEMANN, Klaus. Introducción al Derecho penal y al Derecho penal procesal. Barcelona - España: Ariel, Traducción de la segunda edición alemana, 1989, pág. 140.

¹⁶ BINDER, Alberto. Introducción al Derecho procesal penal. Buenos Aires - Argentina: Ad - hoc, 1993, pág. 61.

¹⁷ GOMEZ COLOMER, Juan - Luis. El proceso penal español. Para no juristas. Valencia - España: Tirant lo blanch, 1992, pág. 39.

¹⁸ SCHMIDT, Eberhard. “Fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho Procesal Penal”. Edit. Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, 1957. Pág. 189 y ss.

posibilidades y competencias del ejercicio del poder estatal; toda la actuación estatal tiene que sujetarse necesariamente a lo constitucionalmente previsto.

Es también razón esencial el hecho de que el proceso penal va a comportar necesariamente la afectación de algunos de los derechos de los procesados; derechos que se encuentran consagrados como “fundamentales” en las Constituciones modernas. En el proceso penal se verifica una intervención coercitiva del Estado sobre personas de las que no existe certeza respecto a su responsabilidad criminal, a las que se les va a restringir sus derechos y libertades fundamentales, consagradas constitucionalmente, mediante el ineludible despliegue de violencia que comportan los medios de coerción procesal¹⁹.

Otra de las razones esenciales de la importancia de la Constitución para el proceso penal peruano se va a encontrar en el hecho de que ésta se configura en la fuente de los valores fundamentales del ordenamiento jurídico normativo²⁰; los que deberán de tenerse en cuenta en toda la estructuración del sistema de control social jurídico y, especialmente, en el momento de la estructuración del control jurídico penal²¹.

Sin embargo, además, en la Constitución se han previsto, por la importancia de la materia, cláusulas y principios de eminente raigambre procesal penal; como, por ejemplo,

¹⁹ No creemos que sea correcto sostener que la Constitución adquiere una gran relevancia, desde una perspectiva material, en razón de que los derechos en conflicto en el proceso penal “adquieren la naturaleza de fundamentales, ya que vienen integrados, de un lado, por el “derecho de penar” que ejercita (sic) las partes acusadoras y, de otro, por el *derecho a la libertad* del imputado que hace valer la defensa. (GIMENO SENDRA, Vicente, en GIMENO SENDRA, Vicente-MORENO CATENA, Víctor-CORTES DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho procesal penal*. Madrid-España: COLEX, Segunda edición, 1997, pág. 42); pues, de un lado, el proceso penal, en sí mismo, comporta ya restricciones de derechos fundamentales, sin limitarse sólo a la libertad, y sin ser necesario para ello que se llegue a expedir una sentencia condenatoria (existe una relación conflictiva ya entre los derechos fundamentales de la persona y la eficacia actividad persecutoria estatal propiamente dicha) y, de otro, en nuestro país no se puede sostener que exista un derecho fundamental de penar, ni de las partes, ni siquiera del propio Estado. Este error lo recoge en nuestro país César San Martín Castro, cuando señala: “Es sabido que en el proceso penal moderno, fruto del Estado de Derecho, la Constitución adquiere una gran relevancia... porque materialmente en el proceso penal los derechos en conflicto son fundamentales, de relevancia constitucional al estar integrado –de un lado- por el derecho de penar que ejercita el Ministerio Público (art. 159°, incs. 4 y 5 Const.) y –de otro- por el derecho a la libertad del imputado que hace valer la defensa (arts. 2°. 24 y 139°.14 Const.)”. Por lo demás, no se puede decir que el Ministerio Público tenga un derecho de penar, a lo mucho un derecho (aunque lo correcto es hablar de potestad) de perseguir.

²⁰ Cfr. BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio et al. **Lecciones de Derecho penal. Parte general**. Barcelona-España: Praxis, 1996, pág. 2. LARENZ Karl. **Metodología de la Ciencia del derecho**. Barcelona-España: Ariel, Traducción de la Cuarta edición alemana, 1979, pág. 339. LOPEZ GUERRA, L. **Introducción...** pág. 54. CABALLERO, G-ANZOLA, M. **Teoría...** pág. 43.

²¹ Es en este sentido que Robert Alexy ha señalado: “La suposición de que, a más de las normas de tipo tradicional, al sistema jurídico pertenecen también valores, que en tanto valores de rango constitucional, ejercen un “efecto de irradiación” en todo el derecho ordinario tiene amplias consecuencias. La Constitución no es ya sólo base de autorización y marco del derecho ordinario. Con conceptos tales como los de dignidad, libertad e igualdad y de Estado de derecho, democracia y Estado social, la Constitución proporciona un contenido sustancial al sistema jurídico”. ALEXY, Robert. “**Sistema jurídico y razón práctica**”, en **El concepto y la validez del Derecho y otros ensayos**. Barcelona-España: Gedisa, 1994, pág. 159.

cuando se señala que le corresponde al Ministerio Público la conducción de la investigación del delito (art. 159° inc. 4 de la Constitución), entre otros importantes postulados, tales como los siguientes:

A) Derechos fundamentales que limitan la actividad probatoria del proceso penal.

Art. 1° :La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad como fin supremo.

Art. 2° :

Inc. 1.Derecho a la integridad moral, psíquica y física.

Inc. 4. Jurisdicción penal común para los delitos de prensa

Inc. 5.Necesidad de petición del juez, del Fiscal de la Nación o, de la comisión investigadora del Congreso para levantar el secreto bancario o la reserva tributaria.

Inc. 9.Derecho a la inviolabilidad del domicilio.

Necesidad de autorización del titular mandato judicial para ingresar y efectuar registros o investigaciones, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración.

Inc. 10.Derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados.

Necesidad, en las únicas posibilidades de injerencia, de mandamiento legal y motivado del juez.

Necesidad de mandato judicial para sustracción o incautación de libros, comprobantes y documentos contables y administrativos.

Inc. 18.Derecho a guardar el secreto profesional.

h) Prohibición de la violencia moral, psíquica y física; así como del sometimiento a tortura o a tratos inhumanos o humillantes.

Prohibición de valorar las declaraciones obtenidas por la violencia.

B) Normas constitucionales que protegen la libertad del imputado.

Art. 2:

Inc. 11.Derecho a transitar por el territorio nacional y a salir de él. Necesidad de mandato judicial para su limitación.

Inc. 24.Derecho a la libertad y a la seguridad personales. De lo que se deriva:

b) Interdicción de las restricciones extralegales de la libertad personal.

e) Principio de no culpabilidad.

f) Necesidad de mandato judicial escrito y motivado para la detención.

Permision de la detención por la policía, exclusivamente en los casos de flagrancia.

Necesidad de poner al detenido a disposición del juzgado correspondiente en el plazo máximo de veinticuatro horas o en el término de la distancia.

Como excepción, el plazo máximo de quince días naturales para la detención

preventiva en los delitos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas; con la obligación de dar cuenta al Ministerio Público y al juez, siendo facultad de éste asumir su competencia antes de vencido el término.

g) Interdicción de la incomunicación, salvo en los casos en que sea indispensable y de acuerdo a lo previsto por la ley. Obligación de señalar sin dilación y por escrito el lugar donde se halla la persona detenida.

C) Derecho de defensa.

Inc. 19. Derecho a la identidad étnica y cultural.

Derecho a usar el propio idioma

D) Extradición y cooperación penal internacional.

Art. 36º: Reconocimiento del asilo político

Art. 37º: Procedencia de la extradición sólo cuando se concede por el Poder Ejecutivo, previo informe de la Corte Suprema, en cumplimiento de la ley y los tratados, y según el principio de reciprocidad.

Imposibilidad de conceder la extradición cuando se considera que ha sido solicitada con el fin de perseguir o castigar por motivo de religión, nacionalidad, opinión o raza.

Prohibición de la extradición de perseguidos por delitos políticos o conexos con ellos.

E) Enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos y duplicación del plazo de prescripción.

Art. 41º: Necesidad de la denuncia del Fiscal de la Nación para los casos en que se presume enriquecimiento ilícito de los funcionarios o servidores públicos que estén obligados a hacer declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión de sus cargos, durante su ejercicio y al cesar en los mismos.

Duplicación del plazo de prescripción en los delitos contra el patrimonio del Estado.

F) Derechos fundamentales análogos.

Art. 3º: Vigencia de los derechos que la Constitución garantiza; así como de otros de naturaleza análoga o que se funden 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.

G) Deberes primordiales del Estado de Derecho.

Art. 43º: La configuración del Perú como una república social y democrática.

Art. 44º: 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, como deberes primordiales del Estado.

Art. 45º: Necesidad de que el poder sea ejercido con las limitaciones que la Constitución y las leyes establecen.

H) Falta de legitimidad de funcionario.

Art. 46º: No se debe obediencia a quien asume funciones públicas en violación de la

Constitución y las leyes.

I) La ley penal y su sumisión a la norma constitucional.

Art. 51º: Jerarquía normativa.

La Constitución prevalece sobre las normas legales, y éstas sobre las de menor jerarquía.

J) Ley penal y Tratados.

Art. 55º: Vigencia y pertenencia al derecho nacional de los tratados suscritos por el Perú que se encuentren en vigor.

CUARTA DISPOSICIÓN FINAL: Interpretación de las normas constitucionales relativas a los derechos y a las libertades de conformidad con la declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

K) Prerrogativas, Antejucio y Cuestión Previa.

Art. 93º: Inmunidad parlamentaria.

Art. 99º: Privilegio de "antejuicio", para funcionarios públicos de alta jerarquía.

Art. 100º: Derecho de defensa en el proceso de "antejuicio".

La formulación de la denuncia corresponde al Fiscal de la Nación, siendo competente, para su conocimiento, la Corte Suprema.

Los términos de la denuncia fiscal y el auto de apertura de instrucción no podrán exceder ni reducir los términos de la acusación del Congreso.

Art. 201º: Se concede a los miembros del Tribunal Constitucional el privilegio de la inmunidad jurisdiccional, en los mismos términos en que le otorga a los congresistas.

Art. 161º: Se concede al Defensor del Pueblo el privilegio de la inmunidad jurisdiccional, en los mismos términos en que se le otorga a los congresistas.

L) Facultad del Presidente de la República con efecto penal.

Art. 118º: Corresponde al Presidente de la República.

Obligación de cumplir y hacer cumplir las sentencias y resoluciones de los órganos jurisdiccionales.

Posibilidad de ejercer el derecho de gracia en los casos en que la instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria.

M) La Ley penal y características.

Art. 97º: Interdicción de la expedición de leyes por la diferencia de las personas

Prohibición de la retroactividad de las leyes.

Efectos retroactivos de la ley penal que favorece al procesado.

Art. 139º.-

8. Prohibición de dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. Recurso a los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario.

9. Inaplicabilidad por analogía de las prescripciones jurídico-procesales que restrinjan derechos.

10. Necesidad de proceso previo

11. Aplicación de la ley más favorable, en caso de duda o conflicto de las leyes procesales penales.

N) La función jurisdiccional, principios y características.

Art. 138°:Atribución de la potestad de administrar justicia al Poder Judicial.

Prevalencia de la norma constitucional en caso de incompatibilidad con una legal, y de ésta respecto de las de menor jerarquía.

Art. 139°:Principios y derechos de la función jurisdiccional:

1. Unidad y exclusividad.

2. Independencia.

3. Debido proceso, tutela jurisdiccional, juez natural y legalidad procesal.

4. Publicidad del proceso.

5. Necesidad de motivación escrita, fáctica y jurídica de las resoluciones jurisdiccionales.

6. Pluralidad de instancia.

7. Indemnización por errores judiciales o detenciones arbitrarias.

12. Prohibición de la condena en ausencia.

13. Inviolabilidad de la cosa juzgada

14. Derecho de defensa.

15. Derecho a ser informado inmediatamente y por escrito de las causas o razones de su detención.

16. Gratuidad de la administración de justicia y defensa gratuita.

18. Obligación del ejecutivo de prestar colaboración.

19. Prohibición de ejercer la función jurisdiccional sin un nombramiento constitucional y legal.

21. Derecho a ocupar establecimientos adecuados.

Art. 146°:Garantías de los magistrados judiciales:

Independencia.

Inamovilidad.

Permanencia.

Art. 149°:Reconocimiento del ejercicio de función jurisdiccional por las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas.

O) Casación en materia penal.

Art. 141º:Corresponde a la Corte Suprema conocer del recurso de casación; así como, en última instancia cuando la acción se inicia en una Corte Superior o ante ella misma.

P) Competencia del Ministerio Público.

Art. 159º:Corresponde al Ministerio Público:

4. dirección de la investigación

Autoridad funcional sobre la policía

5. Titularidad del ejercicio de la acción penal

Q) Competencia de la justicia militar.

“Art. 173º:Competencia de la jurisdicción penal militar para conocer de los delitos de función cometidos por los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía nacional del Perú; así como, en los delitos de traición a la patria y terrorismo que la ley determine, aun en caso los responsables de estos ilícitos sean civiles.

La casación a que se refiere el artículo 141 sólo es procedente en los casos en que se imponga pena de muerte.”

Por último, la Constitución posee un techo ideológico que también deberá de ser tomado en cuenta e irradiará en el complejo de las normas jurídicas establecidas para posibilitar la vida en sociedad ²² .

2.1. Valor normativo de la Constitución en la regulación legal del proceso penal.

Las normas legales que constituyen Derecho penal formal y que, por ende, deben de regular el proceso penal peruano se encuentran contenidas, fundamentalmente, en: el Código de Procedimientos Penales de 1940 (y sus modificatorias), el Código Procesal Penal de 1991 (sus prescripciones vigentes), la Ley Orgánica del Poder Judicial (Texto Único Ordenado), la Ley Orgánica del Ministerio Público, el Código Penal de 1991 ²³ y algunas leyes especiales (en delitos de tráfico ilícito de drogas, tributarios, aduaneros, terrorismo agravado, etcétera).

Es función del Congreso ²⁴ proveer a los agentes encargados de la persecución

²² Cfr. SAGÜÉS, Néstor Pedro. **Elementos de derecho constitucional. Tomo 1**. Buenos Aires-Argentina: ASTREA, 1993, pág. 53 y ss. CABALLERO, G.-ANZOLA, M. **Teoría...** pág. 52.

²³ Se debe recordar que: “el lugar de colocación de un precepto nada dice sobre su naturaleza”. PRIETO - CASTRO, Leonardo y GUTIERREZ DE CABIEDES, Eduardo. **Derecho procesal penal**. Madrid - España: Tecnos, Reimpresión de la segunda edición, 1982, pág. 103.

²⁴ Aunque, como es lamentable constatar, en nuestro país la función legislativa en materia penal generalmente ha sido entregada al ejecutivo, vía el mecanismo de la delegación de funciones. Se pueden mencionar, como muestra: El Código Penal de 1991 (D. Leg. N° 635), la Ley Penal Tributaria (D. Leg. N° 813) o la Legislación Penal de Seguridad Nacional.

punitiva estatal de las normas que han de regular la realización de los actos procesales dirigidos a la resolución jurídica del conflicto de carácter criminal. No obstante, en la función legislativa no se posee completa libertad, sino que debe existir una necesaria e ineludible sujeción al contenido material, valores e ideología de la Constitución.

Es en la Constitución donde se encuentran consagrados normativamente los criterios político-criminales rectores, que van a condicionar la estructuración y funcionamiento de nuestro sistema penal, y que deben ser adoptados por el legislador ordinario como el programa²⁵ que corresponde desarrollar de manera obligatoria, si se desea que el ejercicio del poder punitivo sea legítimo. Se trata del instrumento normativo que -junto a los instrumentos internacionales de Derechos humanos- cristaliza las grandes decisiones tomadas o adquiridas por la nación en materia de política criminal²⁶.

Las prescripciones legales que van a regular el proceso penal deben hallarse subordinadas al diseño que de éste se ha realizado en el ámbito constitucional. El legislador ordinario deberá respetar ineludiblemente el sentido de las normas constitucionales que consagran derechos fundamentales de la persona humana, principios y derechos de la función jurisdiccional, instituciones o atribuciones particulares de relevancia procesal penal; así como los valores e ideología que le es propia.

En nuestro país rige desde 1993 una nueva Constitución, la misma que, en sus aspectos esenciales, no difiere en mucho de su predecesora; mas, ya desde comienzos de la década del ochenta, el proceso penal se viene desarrollando mediante la aplicación de (algunas) prescripciones legales que son lesivas de la Ley Fundamental.

a. Procesos penales especiales.

La necesidad de que el legislador se sujete a las exigencias constitucionales también se debe observar cuando se trata de procesos penales especiales; por más que se aduzca que éstos responden a situaciones particulares, requerimientos de seguridad o eficiencia, siempre se debe respetar las prescripciones constitucionales y, en especial, los principios, garantías y derechos fundamentales que en ella se consagran, configurados como límites al ejercicio arbitrario del poder punitivo estatal²⁷.

En la actualidad el Derecho procesal penal peruano presenta un grupo importante de prescripciones especiales. En principio, si con ello se busca contribuir a la economía procesal, eliminando esfuerzos innecesarios para una adecuada resolución jurídica del

²⁵ Conforme han manifestado Caballero-Anzola: "La Constitución no se limita ya a señalarle simplemente al poder público los límites de su acción y de sus competencias, sino que además le impone el deber positivo de crear un orden político, social y económico. La Constitución se transforma en un verdadero programa, la actividad del legislador ya no implica una acción política libre, sino que por el contrario debe configurar un desarrollo del programa constitucional". CABALLERO, G.-ANZOLA, M. **Teoría...** pág. 10.

²⁶ BINDER, Alberto. "Política criminal, Derecho penal y Derecho procesal penal", en **Justicia penal y sociedad. Nº 02.** Guatemala, 1992, pág. 55.

²⁷ En este sentido, FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús. "El compromiso del juez penal con la tutela de los derechos y libertades fundamentales", en **Poder Judicial. Número especial X.** Madrid - España: 1988, págs. 80 y s.

conflicto, o potenciar la eficacia del aparato de persecución estatal ante ilícitos penales que requieren formas peculiares de abordaje, no podemos manifestar nuestro rechazo, por el contrario, creemos que se debe pensar seriamente en implementar un número mayor de dichos instrumentos normativos; lo que no se puede aceptar son las prescripciones que, contraviniendo las normas constitucionales, rebasan el marco fijado para el ejercicio del poder penal del Estado. Esto sucede, por ejemplo, cuando la Ley Penal Tributaria (D. Leg. N° 813 - art. 10°) pone un precio para la libertad del imputado, relacionándolo de manera directa y obligatoria con el monto de lo adeudado; pues de esta manera la regulación legal del mandato de detención en los procesos que tienen su origen en la sospecha de la comisión de delitos de defraudación tributaria resulta lesiva de los principios de inocencia, juicio previo y excepcionalidad de la detención, consagrados a nivel constitucional, que fundamentan su imposición en la necesidad de evitar el peligro procesal²⁸.

Un caso que merece mención aparte, entre los procesos penales especiales, es el que corresponde a los delitos calificados normativamente como de “terrorismo agravado”, contenido en el Decreto Legislativo N° 895. En un inicio se estableció el juzgamiento en el fuero privativo militar, para delitos que siendo graves resultan de naturaleza común. Por otro lado, se configura una forma especial de juzgamiento en el que resultan conculcados varios de los principios inherentes al debido proceso y al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva; por ejemplo, se establece la posibilidad de disponer la incomunicación de los detenidos hasta por un tiempo máximo de diez días²⁹ (art. 6°. c del D. Legislativo), así mismo se señala la improcedencia de la recusación contra los magistrados intervinientes, ni contra los auxiliares de justicia³⁰ (art. 7°. i del D. Legislativo).

b. Reforma del proceso penal.

Así como las normas legales que han de ser expedidas por el legislativo (“leyes futuras”) deben adecuarse al diseño que del proceso penal ha realizado el constituyente, la vigencia de una nueva Ley Fundamental amerita la revisión de la legislación previa,

²⁸ En sentido similar, pronunciándose por la inconstitucionalidad del art. 17 de la Ley 23.771 (“Ley penal tributaria”, en Argentina). PASTOR, Daniel R. “**Disertación sobre la libertad bajo caución en el proceso penal por delito fiscal**”, en BINDER - MAIER (comps). **El Derecho penal hoy. Homenaje a David Baigún**. Buenos Aires - Argentina: Editores del Puerto, 1995, págs. 423 y s.

²⁹ Tocora se ha referido a la incomunicación como un “**túnel corto pero suficientemente oscuro**”, señalando como una gran deficiencia en el ejercicio del derecho de defensa reside en la oportunidad en que puede empezar a actuar el apoderado. Si se tiene en cuenta las amplias facultades otorgadas a la policía tendremos un túnel, espacio oscuro y siniestro donde la humanidad y la dignidad resultan muchas veces lesionadas. La incomunicación se sumará a conformar esta región inexpugnable en la que el Estado corta todos los hilos del ciudadano con su medio, dejándolo a merced de gendarmes y carceleros. Es un túnel corto pero suficientemente oscuro para ejercer la coacción y la tortura, para arrancar la confesión o propinar un castigo por la desviación, real o supuesta. Incluso, aunque no se ejerza violencia ni coacción, las tinieblas de la incomunicación y el aire enrarecido de los calabozos policiales ablandarán el espíritu del reo. TOCORA, Fernando. **Política criminal en América Latina**. Bogotá-Colombia: Ediciones librería del profesional, 1990, págs. 94 y s.

³⁰ Se debe recordar que la recusación es un mecanismo previsto para garantizar el apartamiento del proceso de los jueces en los que no exista la garantía de imparcialidad en el ejercicio de la función jurisdiccional. Cfr. BINDER, A. **Introducción...** págs. 299 y s.

para eliminar expresamente las prescripciones que se opongan al nuevo texto, y reemplazarlas por normas que sean más coherentes con sus exigencias.

2.2. En el proceso penal.

La resolución jurídica del conflicto social de carácter criminal requiere el desarrollo de un conjunto de actividades orientadas a lograr convicción sobre la efectiva realización de un ilícito penal, la identidad de su autor y, en el supuesto que se lograra resultados positivos, la sanción que se debe imponer en el caso concreto. En todas estas actividades los agentes del sistema penal no se pueden comportar como mejor les parezca, por el contrario, sus conductas deben respetar y ser fruto de los principios y normas jurídicas destinadas a regular las funciones persecutoria y jurisdiccional.

La Constitución no sólo resulta de obligatoria observancia en el proceso legiferante; sino que, también, en el proceso de realización de la pretensión punitiva estatal. En este sentido, su naturaleza vinculante presenta un doble aspecto:

a. Valor directamente normativo de la Constitución.

Se ha señalado como uno de los problemas clave de los ordenamientos en los que la Constitución tiene verdadero carácter de norma jurídica el de si resulta o no aplicable por los órganos llamados a aplicar el ordenamiento, fundamentalmente por los jueces (eficacia directa o valor directamente normativo) o si, por el contrario, constituye un mandato dirigido al legislador y que sólo afectará la actividad de los demás órganos del Estado en la medida en que se haya incorporado a las leyes (eficacia indirecta)³¹.

Durante mucho tiempo, gran parte de las normas de las constituciones carecieron de fuerza vinculante. En caso se revise los primeros documentos constitucionales se podrá advertir que sólo se pretendía orientar a los poderes públicos, más que crear normas cuyo cumplimiento fuera efectivamente exigible. Es fundamentalmente la tendencia al desarrollo y perfeccionamiento de la protección de los derechos individuales la que ha conducido a que, en muchos supuesto, se dote de eficacia directa e inmediata a su reconocimiento en normas de índole constitucional³².

Ha señalado De Otto que la eficacia directa significa -al menos en su fórmula para- que los jueces, y en general todos los llamados a aplicar el Derecho, habrán de tomar la norma constitucional como premisa de su decisión, igual que cualquier otra norma, con las siguientes consecuencias: 1. dado que la Constitución es norma superior habrá, de examinar con ella todas las leyes cualesquiera normas para comprobar si son conformes con la norma constitucional; 2. habrán de aplicar la norma constitucional para extraer de ella la solución del litigio o, en general, para configurar de un modo u otro una situación jurídica; 3. habrán de interpretar todo el ordenamiento conforme a la Constitución. En

³¹ DE OTTO PARDO, Ignacio. "Derecho Constitucional. La Constitución como fuente del Derecho", en ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA (comp.) **Programa de Formación de Aspirantes. Módulo 2: Derecho Constitucional**. Lima - Perú: s. año, pág. 8

³² LOPEZ GUERRA, L. **Introducción...** págs. 22 y s.

otras palabras, si la Constitución tiene eficacia directa no será norma sobre normas, sino norma aplicable, no será sólo fuente sobre la producción, sino también fuente del derecho sin más ³³.

En este contexto, las prescripciones constitucionales que consagran derechos, principios o garantías con naturaleza procesal penal (expresa o tácita) no pueden ser tomadas como meras cláusulas programáticas, sino que poseen “eficacia directa”, constituyen Derecho procesal penal; y en tal virtud, deben ser aplicadas en la práctica judicial, incluso, así las normas de carácter ordinario nada digan al respecto ³⁴.

Es en este último sentido que, por ejemplo, no se puede negar que, a pesar de no existir en la legislación procesal penal ordinaria una norma que haga referencia explícita a la prohibición de valorar la prueba ilegítimamente obtenida, en los casos que los elementos probatorios estén constituidos por declaraciones que se hayan conseguido con el uso de violencia (moral, psíquica o física), dicha prohibición va a venir impuesta por la aplicación del art. 2 inc. 24. h. de nuestra Constitución.

b. Interpretación conforme a la Constitución.

En la aplicación de las normas procesales penales es imprescindible una labor hermenéutica ³⁵. Entre los posibles métodos o criterios que se pueden utilizar para extraer el significado de la norma procesal penal para su aplicación al caso concreto, uno debe poseer un lugar de preferencia: el de interpretación conforme a la Constitución, es decir, la exigencia de que el contenido que se le atribuye a la norma legal no debe contravenir el espíritu de la norma fundamental, ni el sentido de sus prescripciones específicas; por el contrario, ésta debe servir de condicionamiento y guía teleológica-valorativa de la labor hermenéutica.

Como consecuencia de estas premisas, entre varias interpretaciones posibles, según los demás criterios, siempre debe tener preferencia la que mejor concuerde con la Carta Magna. Sin embargo, es necesario advertir que, si la interpretación conforme a la Constitución quiere seguir siendo una interpretación, no debe traspasar los límites que resultan del posible sentido literal y de la conexión de significado de la ley. No obstante, si el legislador había intentado un efecto más amplio de lo que es permitido según la Constitución, la ley puede ser interpretada restrictivamente “conforme a la Constitución” ³⁶.

³³ DE OTTO PARDO, I. “Derecho...” págs. 8 y s.

³⁴ En este sentido, VIVES ANTÓN, Tomás. “**Ne bis in idem procesal**”, en **Cuadernos de Derecho Judicial. Los principios del proceso penal y la presunción constitucional de inocencia**. Madrid - España: 1992, pág. 13. PICO I JUNOY, Joan. **Las garantías constitucionales del proceso**. Barcelona - España: Jesús María Bosch, 1997, págs. 24 y s.

³⁵ Conforme nos lo recuerda García Rivas: “Hoy día se mantiene que contrariamente a lo sugerido por el apotegma “*in claris non fit interpretatio*”, todas las normas necesitan una interpretación”. GARCÍA RIVAS, Nicolás. **Legalidad penal e interpretación judicial: garantías constitucionales**. Ponencia en la Ira Jornada Iberoamericana de Derecho. Universidad Privada Antenor Orrego, 1996, pág. 7.

³⁶ LARENZ, K. **Metodología...** pág. 338.

En el caso que ninguna de las posibles interpretaciones pueda adecuarse a los condicionamientos y exigencias de la Ley Fundamental la norma resultará inaplicable, por inconstitucional.

En este contexto, es necesario advertir que, a pesar que los significados que se le haya otorgado a las normas procesales penales por la jurisprudencia o la doctrina resultaran coherentes con la Constitución que se encontraba vigente en el momento en que se realizó la labor hermenéutica, con el vigor de una nueva Carta Magna será imprescindible la revisión de la interpretación que se haya dado a la normatividad preexistente y su adecuación al nuevo marco (una "lectura constitucional de sus preceptos"³⁷).

Es en este último sentido que la doctrina española ha señalado que la Constitución de 1978 ha influido en forma radical y total en la concepción que se debe tener de la Ley de Enjuiciamiento criminal, que "la interpretación de las normas de la Ley de Enjuiciamiento criminal ha adquirido un sentido completamente distinto; ya que no se trata sólo de estudiar y explicar la forma procesal sino de hacerlo desde el punto de vista constitucional", lo que "explica que la Ley... haya sufrido su modificación más importante sin que el legislador la haya prácticamente modificado"³⁸.

3. EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS LEGALES.

Se ha señalado que de poco vale el principio de supremacía constitucional si no se planifica un aparato de control de esa supremacía³⁹. Es necesario establecer mecanismos jurídicos idóneos que permitan controlar la sujeción de las leyes a lo constitucionalmente previsto, que permitan garantizar la constitucionalidad de las leyes y, por ende, la efectiva vigencia de las normas constitucionales en el ordenamiento jurídico⁴⁰.

Como ya se ha dejado evidenciado la Constitución dispone que una norma vale jurídicamente cuando ha sido dictada por un órgano competente en la forma prescripta y

³⁷ RAMOS MÉNDEZ, F. **El proceso...** pág. 5.

³⁸ GIMENO SENDRA, Vicente et al. "**Presentación**", en **Derecho procesal. Tomo II. Proceso penal**. Valencia - España: Tirant lo blanch, Reimpresión de la tercera edición, 1990. En sentido similar, RAMOS MÉNDEZ, F. **El proceso...** pág. 5.

³⁹ SAGÜÉS, N. **Elementos...** pág. 145. En sentido similar, LOPEZ GUERRA, L. **Introducción...** pág. 193.

⁴⁰ Es en este sentido que tenemos que advertir que el hecho que las normas procesales penales deban ser concebidas, aprobadas, promulgadas y aplicadas adecuándose cuidadosamente a las prescripciones constitucionales no representa sólo una exigencia de "coherencia sistémica de las normas jurídicas", como pareciera creer MIXAN MASS, Florencio. **Derecho procesal penal. Tomo 1**. Trujillo-Perú: MARSOL, Segunda edición, 1990, pág. 8.

no viola el contenido del derecho de orden superior⁴¹; que las leyes no sólo habrán de ser elaboradas según el procedimiento que en ella se prescribe, sino además, que no podrán contener ninguna disposición que menoscabe la igualdad, la libertad, etc⁴². Entonces, se tendrá que garantizar que las normas legales que se pongan en vigencia o pretendan ser aplicadas en cada caso concreto respeten estas exigencias constitucionales de forma y fondo.

Conforme señaló Kelsen⁴³ en su oportunidad: ***“una Constitución en la que los actos inconstitucionales y en particular las leyes inconstitucionales se mantienen válidos -no pudiéndose anular su constitucionalidad- equivale más o menos, del punto de vista estrictamente jurídico, a un deseo sin fuerza obligatoria”***.

Ha precisado Sagüés⁴⁴ que un sistema completo de control de constitucionalidad requiere varios ingredientes:

a. Una Constitución rígida. Puesto que si ella es totalmente flexible, y puede ser reformada por leyes ordinarias, no hay protección de la Constitución ante la ley inconstitucional. Toda ley es aquí constitucional.

b. Un órgano de control independiente del órgano controlado. Pues difícilmente un autocontrol (por ejemplo, del Congreso respecto de las leyes que el mismo dicta) será en definitivo útil.

c. Facultades decisorias del órgano de control. La razón está en que si sus pronunciamientos sólo concluyen en recomendaciones o consejos, carece de vigor y efectividad.

d. Derecho de los perjudicados a reclamar e impulsar el control. Ello es así, por cuanto de poco serviría un sistema de revisión de constitucionalidad si el agraviado no pudiera exigir el pronunciamiento del órgano de control.

e. Sometimiento de todo el mundo jurídico al control. Si ciertas áreas del quehacer estatal o de los particulares están exentas del examen de constitucionalidad, esto quiere decir que la supremacía constitucional no impera realmente sobre ellas.

En nuestro país existen dos diferentes formas de control de la constitucionalidad de las normas jurídicas legales, cada uno con sus respectivas peculiaridades.

3.1. El control difuso de la constitucionalidad.

El art. 138, segundo párrafo de la Constitución prescribe: ***“En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces***

⁴¹ ALEXY, R. “La validez del derecho”, en *El concepto...* pág. 95.

⁴² KELSEN, Hans. “La garantía jurisdiccional de la Constitución”, en *Ius et Veritas* N° 09. Lima-Perú: 1994, pág. 21.

⁴³ KELSEN, H. “La garantía...” pág. 40

⁴⁴ SAGÜÉS, N. *Elementos...* págs. 144 y s.

prefieren la primera”.

Esta clase de control se le encuentra entregada esencialmente a los funcionarios jurisdiccionales. Se le denomina control difuso de la constitucionalidad en razón de que se quiere significar que el control no se concentra en un solo órgano jurisdiccional, sino que por el contrario corresponde a todas las autoridades judiciales del país, que tienen el poder implícito de desaplicar o inaplicar las leyes que consideren inconstitucionales en los casos concretos, puestos bajo su conocimiento y decisión ⁴⁵.

La eficacia del control difuso de la constitucionalidad se encuentra circunscripta a las partes que han intervenido en el conflicto jurídico resultado por el funcionario jurisdiccional, sólo para ese caso concreto, no producen efectos *erga omnes*, sino únicamente *inter partes* ⁴⁶.

3.2. El control concentrado de la constitucionalidad.

En el art. 200, inc. 4 de la Constitución se ha previsto: **“Son garantías constitucionales: La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos,... tratados... que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo”.**

En el art. 201 del texto fundamental encontramos: **“El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución”.**

El control concentrado de la constitucionalidad de las normas con rango de ley se le encuentra entregado al Tribunal Constitucional. Se le denomina concentrado en razón de que el control de la constitucionalidad se centraliza en un solo órgano, quien al efecto tiene el monopolio exclusivo de la declaratoria de inconstitucionalidad sobre los actos normativos objeto de proceso ⁴⁷.

En nuestro país la exclusividad del control de constitucionalidad radica en que el Tribunal Constitucional es el único que puede declarar la nulidad de una ley, con efectos *erga omnes*. Como ya referimos, la potestad de ejercicio del control difuso del Poder judicial sólo le posibilita un control respecto de cada caso concreto, no tienen ninguna relevancia más allá de los sujetos presentes en el proceso. En cambio, cuando el Tribunal Constitucional realiza el control de la constitucionalidad de las normas legales y declara la inconstitucionalidad de alguna de ellas, consecuentemente, declara también su invalidez ⁴⁸ como norma jurídica, siendo expulsada del ordenamiento.

Es necesario dejar debidamente precisado que la evaluación de la constitucionalidad de la norma y su declaratoria puede dirigirse, incluso, sólo a una parte de la norma legal

⁴⁵ CABALLERO, G.-ANZOLA, M. *Teoría...* pág. 367.

⁴⁶ Cfr. PELAYO SAMANAMUD, Rubín. “Control constitucional de las leyes”, en *Revista de Derecho y Ciencia Política Vols. 54 (N° 2) y 55 (N°1)*. Lima-Perú: Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1997-1998, pág. 250. LOPEZ GUERRA, L. *Introducción...* pág. 200. CABALLERO, G.-ANZOLA, M. *Teoría...* pág. 364.

⁴⁷ CABALLERO, G.-ANZOLA, M. *Teoría...* pág. 368.

cuestionada, no existe necesidad de que se cuestione o se declare la nulidad de todo el texto legal⁴⁹. Esto ocurre en tanto la parte no anulada se mantenga aplicable o no haya visto modificado su sentido de forma inesperada⁵⁰.

Ahora bien, conforme ha declarado el Tribunal Constitucional Federal alemán, una disposición sólo es anticonstitucional y, por tanto, inválida, cuando no puede ser interpretada “conforme a la Constitución”⁵¹.

Finalmente, conforme se ha prescrito en el segundo párrafo del art. 204 de la Constitución: “No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal”⁵², sólo efectos a futuro.

⁴⁸ Conforme señalaba Kelsen, “si se quiere que la Constitución sea efectivamente garantizada, es necesario, que el acto sometido al control del tribunal constitucional sea directamente anulado en su sentencia, en caso de que lo considere irregular. Esta sentencia debe tener aun cuando se refiera a normas generales –este es precisamente el caso principal-, fuerza anulatoria”. KELSEN, H. “**La garantía...**” pág. 37.

⁴⁹ Cnf. PELAYO SAMANAMUD, R. “**Control...**” pág. 249. CABALLERO, G.-ANZOLA, M. **Teoría...** pág. 380. KELSEN, H. “**La garantía...**” pág. 38.

⁵⁰ KELSEN, H. “**La garantía...**” pág. 38.

⁵¹ LARENZ, K. **Metodología...** pág. 138.

⁵² Según Kelsen, se trataría de una consecuencia del ideal de la seguridad jurídica. Cfr. KELSEN, H. “**La garantía...**” pág. 27.

CAPÍTULO III: LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DEL PROCESO PENAL PERUANO.

1. NOTA PRELIMINAR: DELIMITACIÓN CONCEPTUAL.

Es muy frecuente que en los textos se emplee conceptos como “derechos fundamentales”, “derechos fundamentales procesales”, “derechos humanos”, “principios procesales”, “libertades públicas”, “garantías institucionales”, entre otros conceptos, para referirse por lo general a lo mismo: las garantías procesales penales constitucionales.

Por “derechos fundamentales” debe entenderse a aquellos derechos públicos subjetivos consagrados en la Constitución a favor de la persona humana, por ejemplo, la libertad, la dignidad, la igualdad, etc.. Estos derechos fundamentales son el pilar de un Estado de Derecho, que sólo pueden verse limitados por exigencia de otros derechos fundamentales. Si la afectación es ilegal o arbitraria, pueden protegerse a través de las acciones de garantía. Por ser derechos que operan frente al Estado, también pueden oponerse dentro de un proceso penal.

Los “derechos fundamentales procesales” son aquellos derechos que tienen

aplicación directa o indirecta en el proceso, por ejemplo: el principio de igualdad procesal, el principio de contradicción, a la defensa, etc.

Los “derechos humanos” son los derechos fundamentales reconocidos y protegidos a nivel internacional, y también a nivel Constitucional. Las Cuatro Generaciones de Derechos Humanos son: Primera Generación, los derechos de libertad; Segunda Generación, los derechos económicos y sociales; Tercera Generación, los derechos de solidaridad humana; y, Cuarta Generación, los derechos de la sociedad tecnológica⁵³. En un proceso penal, generalmente se afectan los derechos de la primera generación (libertad, propiedad), y en menor medida, los de la segunda generación (inhabilitación para desempeñar cargos públicos, derechos políticos).

Los “principios procesales” son aquellas máximas que configuran las características esenciales de un proceso, pudiendo coincidir o no con un “derecho fundamental procesal”. Por ejemplo el principio de imparcialidad de los jueces, o el de igualdad procesal.

Las “garantías institucionales” son aquellas que la Constitución consagra para que ciertas organizaciones o instituciones puedan cumplir con sus funciones propias, frente injerencias externas. Por ejemplo, es el caso de la autonomía de las Universidades, la independencia del Poder Judicial. En incluso, en el ámbito del proceso penal, la irrenunciabilidad a la defensa, obliga al Estado a proveer de defensa de oficio.

Las “libertades públicas” son un concepto parecido a derechos fundamentales, pero que han sido positivizados en la Constitución (a excepción de los derechos sociales). Por ejemplo, el derecho a la libertad.

En el mismo sentido, el profesor Arsenio Oré⁵⁴ sostiene que “Conviene, antes de proseguir, un deslinde terminológico, para evitar algunas confusiones e imprecisiones, cuando no contradicciones, que se dan con cierta frecuencia. En primer lugar derechos son las facultades que asisten al individuo para exigir el respeto o cumplimiento de todo cuanto se establece y reconoce en su favor en el ordenamiento jurídico vigente. Las libertades, en segundo término, abarcan un campo más amplio que el de los derechos, y su esencia es fundamentalmente política. Las garantías, a su vez, son el amparo que establece la Constitución y que debe prestar el Estado para el efectivo reconocimiento y respeto de las libertades y derechos de la persona individual, de los grupos sociales, e incluso del aparato estatal, para su mejor actuación y desenvolvimiento”.

Como afirma Gómez Colomer, **“...los derechos fundamentales (que siempre son derechos humanos también) pueden ser, y de hecho son al mismo tiempo, aunque considerados desde un punto de vista distinto, libertades públicas, garantías institucionales o principios procesales...”**. Y, agrega que **“...los derechos fundamentales procesales, entendidos en sentido amplio, incluyen también a los principios procesales, garantías institucionales y libertades públicas reconocidos**

⁵³ LOPEZ GARRIDO, Diego y Otros. “Nuevo Derecho Constitucional Comparado”. Edit. Tirant lo blanch. Valencia, 2000. Pág. 162 y ss.

⁵⁴ ORE GUARDIA, Arsenio. Manual de Derecho Procesal Penal. Segunda Edición. Edit. Alternativas. Lima, 1999. Pág. 56,57.

por la Constitución... y que tienen aplicación en el proceso penal...”⁵⁵

De lo expuesto podemos deducir que, sea derecho fundamental procesal, derecho humano, libertades públicas o garantías institucionales, reconocidas por la Constitución (extensivamente por los Tratados reconocidos por nuestro País), el proceso penal debe de respetarlos. Y esto por la sencilla razón, de que el Estado peruano al igual que la Sociedad, tienen el deber de proteger los derechos fundamentales, a tenor del art. 1º de nuestra Constitución, y por tanto, el Estado al ejercer su función penal, no puede desconocer tales derechos, bajo sanción de que el proceso penal sea declarado nulo. Aquí reside la razón por la que nosotros adoptamos el término de “garantías constitucionales del proceso penal”, para referirnos al cúmulo de principios, derechos y libertades fundamentales reconocidas por la Constitución, y que a su vez, se encuentran garantizados por ella misma, a través del carácter de norma fundamental, que dota al Ordenamiento, y en especial, a las normas que regulan la función penal del Estado, de unidad y coherencia.

La necesidad de que el Estado Democrático vele por el respeto y protección de los derechos fundamentales, obliga a que se defina en la Constitución, los límites del ejercicio del poder estatal. Y como quiera que en el proceso penal, esta necesidad es más imperiosa, la tendencia es a fijar en la Constitución, las reglas mínimas de un debido proceso penal, o como lo afirma Alberto Binder, un diseño constitucional del proceso penal.

Así, la Constitución Política del Estado de 1993 posee una particular concepción de lo que debe ser la administración de justicia penal en nuestro país; en ella se han consagrado varias disposiciones que, con valor jurídico normativo o sin poseer propiamente este valor (Vg. cuando sólo reflejan el techo ideológico), resultan siendo de obligatoria observancia para el proceso penal peruano. En este capítulo, sin embargo, no nos vamos a referir a todas estas “vinculaciones constitucionales”, sino sólo a las que resultan constituyendo las garantías más importantes para la persona humana sujeta a la persecución penal (en lo que incluimos a las disposiciones tendientes a regular y limitar las funciones persecutoria y jurisdiccional), toda vez que es esta perspectiva la más necesitada de efectiva concreción y en la que se verifican el mayor número de inconstitucionalidades de nuestro sistema procesal. En una menor medida, también dedicaremos esfuerzos a la revalorización de la participación procesal de la víctima del delito, toda vez que se trata del sujeto usualmente olvidado en la resolución jurídica del conflicto penal.

2. LAS GARANTÍAS GENÉRICAS DEL PROCESO PENAL PERUANO.

Conforme ha señalado San Martín Castro, se denomina como garantías genéricas a

⁵⁵ GOMEZ COLOMER, Juan-Luis. El proceso penal español. Edit. Tirant lo blanch. Valencia, 1997. Pág. 58 y ss.

aquellas normas generales que guían el desenvolvimiento de la actividad procesal⁵⁶. Se trata de normas constitucionales que no van a restringir sus efectos a determinados momentos o actos del proceso penal, sino que su configuración va a permitir que proyecten su fuerza garantista-vinculante a todos los momentos por los que pasa el desenvolvimiento del proceso, es decir, desde la fase preliminar o pre-judicial, pasando por las fases de instrucción, intermedia y juicio oral, hasta concluir la fase impugnatoria, con lo que recién se puede decir que el proceso penal ha concluido definitivamente.

2.1. El derecho a la tutela judicial efectiva.

Esta garantía se encuentra consagrada en el inc. 3 del art. 139 de la Constitución Política de 1993⁵⁷. Se trata de una institución procesal de reciente data en el derecho comparado. Su origen se encuentra en el inc. 1 del art. 24 de la Constitución Española de 1978⁵⁸.

Lo reciente de su historia ha hecho que, en un inicio, su contenido no se encuentre determinado con precisión; siendo mérito del Tribunal Constitucional Español la paulatina fijación de sus alcances⁵⁹. Sin embargo, incluso ahora no existe un total acuerdo respecto de su real contenido, sobre todo en cuanto se le pretenda distinguir del otro

⁵⁶ SAN MARTIN CASTRO, César. **Derecho procesal penal. Volumen I.** Lima-Perú: Grijley, 1999, pág. 51.

⁵⁷ Aunque no lo afirma literalmente así el texto constitucional, pues sólo prescribe que son principios y derechos de la función jurisdiccional: 3. La observancia del debido proceso y la **tutela jurisdiccional**" (las negritas son nuestras). El que esta cláusula contenga el derecho a la tutela judicial efectiva ha sido reconocido expresamente por un sector de la doctrina nacional. Así, por todos, SAN MARTIN CASTRO, C. **Derecho...** pág. 64. Creemos que éste es el sentido que se desprende de una correcta interpretación teleológica del precepto mencionado. No obstante lo señalado, otro sector de la doctrina ignora este derecho constitucional. Es en este sentido que, por ejemplo, cuando Bernales-Otárola comentan el 139. 3 sólo hacen referencia al principio del debido proceso, sin mencionar la tutela judicial, actúan como si la Constitución sólo prescribiera la "*observancia del debido proceso*". Cfr. BERNALES BALLESTEROS, Enrique-OTAROLA PEÑARANDA, Alberto. **La Constitución de 1993. Análisis comparado.** Lima-Perú: Constitución y Sociedad, Cuarta edición, 1998, págs. 641 y s.

⁵⁸ En este art. se prescribe: "1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión". Los estudios españoles que se han dedicado a este precepto han señalado que su redacción definitiva fue resultado no de enjundiosas discusiones doctrinales sino de una simple enmienda de estilo, que la revolución que este precepto iba a provocar en el mundo del derecho español no fue atisbada por los constituyentes. La redacción inicial del art. 24.1 de la Constitución Española por parte de la Ponencia señalaba: "Toda persona tiene derecho al acceso efectivo a los Tribunales para la tutela de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión". Se ha señalado que de haber prosperado la redacción de la Ponencia podría no haberse producido el vertiginoso desarrollo del derecho a la tutela y que este podría haber quedado reducido a un derecho no formal sino formalista, a *un mero acceso a los tribunales para pretender una tutela que ellos habrían de otorgar y que posiblemente habría quedado al margen de lo constitucional.* (la cursiva es nuestra). CHAMORRO BERNAL, Francisco. **La tutela judicial efectiva. Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución.** Barcelona-España: Bosch, 1994, págs. 5 y ss.

⁵⁹ CHAMORRO BERNAL, F. **La tutela...** pág. 4

baremo central de los sistemas procesales de influencia hispánica -en el que coexisten ambos derechos-, el derecho a un debido proceso⁶⁰.

Es el sentido aludido que en algunas oportunidades se ha señalado que definir en forma más o menos precisa la garantía de la tutela judicial efectiva en el Derecho español es muy difícil, porque son tantos los aspectos que se han estimado amparados en ella, que bien se podría decir que la cobertura que presta es casi ilimitada⁶¹; que su vitalidad es tan extraordinaria que prácticamente todo el esquema de garantías constitucionales podría construirse sobre ella⁶².

Lo que no se puede cuestionar desde ninguna perspectiva es que los derechos y garantías derivados del derecho a la tutela judicial efectiva abarcan todas las fases del procedimiento ya que a la resolución judicial final sólo puede llegarse a través del proceso⁶³.

Sin desconocer su enorme riqueza y amplitud; creemos que, en nuestro país, para la configuración de esta garantía sirven de mucho los lineamientos principales fijados por el Tribunal Constitucional Español (toda vez que el patrio no cumple las funciones de interpretación de las normas constitucionales en el modo que lo hace el hispánico, pues sino podríamos aspirar a nuestra propia doctrina jurisprudencial constitucional), en razón de que la tutela judicial efectiva es una institución que nace en la Constitución española y, asimismo, esta Ley Fundamental es una de las principales fuentes de las que ha bebido el constituyente patrio; sin embargo, se le debe asignar un contenido que no invada los ámbitos propios del derecho al debido proceso, el mismo que posee más larga data.

El contenido del derecho a la tutela judicial efectiva se ha clasificado en la doctrina española sobre cuatro derechos básicos, que luego se van desmenuzando en componentes.

a. El derecho de libre acceso a la jurisdicción:

Conforme ha señalado Moreno Catena⁶⁴, aun cuando no aparezca reconocido de modo explícito, el derecho a la tutela judicial comprende el derecho de acceso a la justicia, como necesario *prius* lógico para obtener la tutela judicial efectiva.

⁶⁰ Conforme se señala en la doctrina española, el Tribunal Constitucional ha concebido el derecho a la tutela judicial efectiva con un contenido enormemente amplio, en detrimento de otro derecho fundamental: el derecho a un proceso con todas las garantías o, dicho en otros términos, el derecho al debido proceso (*due process of law*), que resulta así sin virtualidad práctica. MORENO CATENA, Víctor-CORTES DOMÍNGUEZ, Valentín-GIMENO SENDRA, Vicente. **Introducción al Derecho procesal**. Madrid-España: COLEX, Segunda edición, 1997, pág. 261.

⁶¹ CAROCCA PÉREZ, Alex. "Las garantías constitucionales del debido proceso y de la tutela judicial efectiva en España", en **Normas Legales N° 257**. Trujillo-Perú: 1997, pág. 97.

⁶² RAMOS MÉNDEZ, Francisco. **El proceso penal. Tercera lectura constitucional**. Barcelona-España: Jesús María Bosch, Tercera edición, 1992, pág. 32.

⁶³ CHAMORRO BERNAL, F. **La tutela...** pág. 11.

⁶⁴ MORENO CATENA, V. en él mismo, CORTES DOMÍNGUEZ, V.-GIMENO SENDRA, V. **Introducción...** pág. 258.

Mediante este derecho se garantiza al individuo la posibilidad de acceder al proceso jurisdiccional: promoviendo o solicitando su inicio, ante el órgano legalmente competente, o concurriendo válidamente al proceso ya iniciado, en los casos en que tuviere algún interés en la resolución jurídica del mismo (en los casos del imputado o el tercero civil).

En el proceso penal este derecho se tiene que ver necesariamente desde las posibilidades de acceso real a la jurisdicción del propio imputado; así como, del actor civil y del tercero civilmente responsable. Para cada uno de estos sujetos procesales -no importando que se trate de un sujeto contingente o no necesario- se deben de prever las vías legales para una efectiva garantía de su derecho de acceso a la jurisdicción.

En cuanto al imputado, se debe de garantizar que acceda al proceso jurisdiccional (e incluso, en los momentos previos, en el policial y fiscal) como una efectiva parte de éste, con los derechos y deberes que fluyen de su condición de sujeto procesal. Esta garantía comporta necesariamente la superación definitiva de la concepción inquisitiva que entendía al procesado como un mero objeto de investigación; frente al cual, incluso, estaba permitido el secreto de la instrucción.

En lo que respecta a la víctima, conforme lo ha señalado San Martín Castro, en nuestro país el derecho de acceso a la justicia presenta la particularidad de que es el Ministerio Público el órgano autónomo de derecho constitucional que tiene la exclusividad para promover la acción penal (art. 159.5 Const.); sin embargo, ello no obsta los ciudadanos tengan el derecho a 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 decida -sin condicionamiento alguno- acudir a la vía civil interponiendo una demanda de indemnización. La víctima en consecuencia no esta legitimada para reclamar la imposición de una pena al presunto delincuente, pero sí para acudir directamente al órgano judicial reclamando una indemnización⁶⁵.

El Tribunal Constitucional español ha señalado como una de las exigencias que se desprenden de este derecho de acceso a la jurisdicción, que el legislador no pueda desarrollar legalmente el derecho a la tutela judicial efectiva de un modo que obstaculice el acceso a los Tribunales con requisitos infundados, irrazonables o de tal naturaleza que de hecho supriman o cercenen de manera sustancial este derecho a la tutela. Que los obstáculos que se puedan crear a la jurisdicción sólo se encontrarán legitimados si obedecen a la finalidad de proteger otros bienes o intereses amparados constitucionalmente y guardan proporción con las cargas que imponen a los justiciables. La falta de proporción entre los fines y los medios determinará la existencia o no de arbitrariedad en el legislador⁶⁶.

Esta posibilidad de acceso a la jurisdicción, para los sujetos directamente interesados en la resolución jurídica del conflicto, se proyecta también hasta la exigencia de un efectivo emplazamiento, pues el derecho a ser parte no se podría materializar si el interesado no fuera llamado al proceso.

⁶⁵ SAN MARTÍN CASTRO, C. **Derecho...** págs. 64 y s.

⁶⁶ CHAMORRO BERNAL, F. **La tutela...** págs. 27 y s.

En este extremo, es necesario precisar que la forma usual de las notificaciones debe ser la que se realiza personalmente al sujeto interesado. La citación por edictos resulta excepcional y el último remedio, previo agotamiento de las demás modalidades personales posibles.

Por último, es necesario distinguir debidamente que cuando las notificaciones tienen por objeto el emplazamiento de una persona para que comparezca en un determinado procedimiento cumplen la finalidad de permitir el acceso al mismo, afectando directamente el derecho a la tutela, pero cuando tales notificaciones son de resoluciones que se producen dentro de un procedimiento ya iniciado, las infracciones que en la práctica de las mismas puedan producirse afectan el derecho a la tutela, pero no en cuanto derecho de acceso al proceso (en el que ya se está comparecido) sino en cuanto afectan el derecho a la defensa que pudiera ejercitarse precisamente contra las resoluciones no notificadas o deficientemente notificadas.

b. El derecho de libre acceso al proceso en las instancias reconocidas.

Conforme ha sido concebida en la doctrina jurisprudencial constitucional española, esta consecuencia del derecho a la tutela judicial efectiva constituye una mera continuación del derecho de acceso al proceso⁶⁷. Esta garantía se refiere a la posibilidad que deben tener las partes de acceder a los recursos e instancias correspondientes en tanto se encontraran legalmente previstas.

Esta garantía no debe entenderse como un derecho a la pluralidad de instancias, sino que sólo constituye un derecho a acceder a las instancias -por ende al recurso que la posibilita- ya legalmente previstas. El derecho a la pluralidad de instancias posee una especificidad propia y fluye de una cláusula constitucional garantista específica, como es la contenida en el inciso 6 del artículo 139 de la Ley Fundamental⁶⁸.

Esta diferencia se entiende con mayor claridad si se explica que, por ejemplo, en España -que es, como ya señalamos, de donde hemos tomado la institución del derecho a la tutela judicial efectiva- no se encuentra constitucionalmente previsto el derecho a la pluralidad de instancias, razón por la que en algunos asuntos sólo se concede legalmente un proceso con instancia única. A la pluralidad de instancias en materia penal no se le reconoce origen constitucional expreso, sino que surge del art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Para un mejor entendimiento se debe poner atención en que si no existiera una cláusula constitucional que otorgara un derecho a la doble instancia -y tampoco existieran

⁶⁷ CHAMORRO BERNAL, F. *La tutela...* pág. 83.

⁶⁸ No obstante lo señalado César San Martín, pese a consignar como uno de los cuatro componentes del derecho a la tutela judicial efectiva: "*c) derecho a los recursos legalmente previstos*" (la cursiva es nuestra), señala seguidamente que "el derecho al recurso en nuestro ordenamiento constitucional es un derecho autónomo y se encuentra previsto en el art. 139° del Código Político", razón por la que posteriormente omite la explicación de cómo es que entiende el derecho a los recursos legalmente previstos (Cfr. SAN MARTÍN CASTRO, C. *Derecho...* pág. 64). Como se puede ver, confunde el "derecho a los recursos legalmente previstos" con el "derecho a la pluralidad de instancia", que son dos cosas muy conectadas pero completamente diferentes.

normas internacionales que vinculen normativamente a nuestro estado en este sentido- el legislador se encontraría en absoluta libertad de prever procesos penales con instancia única, sin lesionarse con esto el derecho a la tutela judicial efectiva, toda vez que esta última garantía sólo se encuentra referida a posibilitar el acceso a las partes a los recursos e instancia ya previstos por el legislador.

Es necesario tener debidamente en cuenta que con el derecho de libre acceso al proceso en las instancias reconocidas se garantiza a todos los sujetos procesales la posibilidad de hacer uso de los recursos impugnatorios legalmente previstos, en cuanto la resolución del ad quo pueda ser tenida como nociva para sus intereses; así como, en las mismas condiciones que en el derecho inicial de acceso a la jurisdicción⁶⁹, la posibilidad de concurrir efectivamente a la nueva instancia, sin importar que no haya sido el sujeto que haya interpuesto el recurso que le da apertura, pero en tanto conserve intereses en juego.

c. El derecho a obtener una resolución fundada en derecho que ponga fin al proceso.

Los derechos de libre acceso a la jurisdicción y al proceso en sus instancias reconocidas perderían razón de ser, en cuanto partes integrantes del superior derecho a la tutela judicial efectiva, si el sujeto no tuviera también el derecho a una resolución fundada en derecho que ponga fin al proceso. De nada serviría que se le haya permitido al sujeto comparecer al proceso, en sus instancias legalmente previstas, si no se prevé también un derecho para que el órgano jurisdiccional no pueda eludir dar la respuesta jurídica cuya búsqueda dio origen al proceso, o dé una que resulte siendo ambigua.

Sin embargo, no es cualquier respuesta la que satisface el derecho a la tutela judicial efectiva, sino que es necesario que ésta, además de ser clara, deba encontrarse debidamente motivada, tanto desde una perspectiva fáctica como jurídica.

El derecho a la motivación de la resolución que ponga fin al proceso se encuentra incluido en la garantía específica de motivación de resoluciones jurisdiccionales consagrada en nuestra Ley Fundamental de 1993 en su art. 139, cuando prescribe: ***“Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y los fundamentos de hechos en que se sustentan”***.

Si bien en su entendimiento inicial hemos referido este componente del derecho a la tutela judicial efectiva como un derecho a obtener una resolución final, lo que puede identificarse con la sentencia; se debe advertir que la resolución final a la que se hace referencia no es, en el proceso penal, necesariamente una sentencia, sino que puede serlo una resolución mediante la cual se declara fundada una excepción de naturaleza de acción, de prescripción, amnistía, etc.

⁶⁹ Es en este sentido, que también queda incluido -una vez consagrado, por su parte, el derecho constitucional a la pluralidad de las instancias- como contenido del derecho de libre acceso al proceso en las instancias reconocidas el mandato dirigido al legislador para que no pueda crear obstáculos irrazonables o desproporcionados en el acceso al recurso y su efectivización. Cfr. CHAMORRO BERNAL, F. **La tutela...** pág. 101

Asimismo, este derecho no sólo le corresponde al imputado, contra quien se dirige la persecución penal (razón de ser del proceso), sino también a todos los sujetos procesales que tengan un interés propio en el proceso, es decir el actor civil y el tercero civilmente responsable. Siendo así que no sólo se debe fundamentar en derecho la sentencia condenatoria, sino también la absolutoria; y, la primera, no sólo en su aspecto eminentemente penal sino también en lo que corresponde a la reparación civil, porque es que se impone, su monto o porque es que se niega su imposición.

Es el tema de la motivación uno de los que presentan singular importancia en nuestro sistema jurídico penal -y en el jurídico en general- pues si bien es difícil y poco frecuente que los jueces omitan pronunciarse respecto de la finalización del proceso; la falta o pobreza de las motivaciones es uno de los problemas de mayor frecuencia en nuestra judicatura.

Se debe entender por motivación el proceso discursivo en virtud del cual se expresa con suficiencia, claridad y coherencia las razones que se han tenido para tomar una determinada decisión. **“Motivar significa justificar la decisión tomada, proporcionando una argumentación convincente, e indicando los fundamentos de la operación que el juez efectúa (FERNÁNDEZ ENTRALGO)”** ⁷⁰.

Según Olsen Ghirardi ⁷¹ se considera que la resolución del juez ha sido fundamentada cuando se muestra, por las expresiones vertidas, que se ha seguido todo un camino-en forma explícita- hasta llegar a una afirmación o negación, con respecto a la conclusión final a la que se ha arribado.

Ahora bien; la total configuración de derecho de motivación de las resoluciones jurisdiccionales resulta siendo consecuencia no sólo del derecho a la tutela judicial efectiva y la norma recogida en el inc. 5 del art. 139. La doctrina procesal penal se ha encargado de precisar que la motivación resulta un deber del juez que se deriva además del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva en su versión de derecho a obtener una resolución fundada que ponga fin al proceso, del derecho a la defensa ⁷², de la necesidad de controlar la sujeción del juzgador a la ley ⁷³, del derecho a la pluralidad de instancias ⁷⁴ y del mandato de interdicción de la arbitrariedad ⁷⁵.

⁷⁰ CONDE-PUMPIDO TOURON, Cándido. **“El juicio oral”**, en AA. VV. **La reforma del proceso penal**. Madrid-España: Tecnos, 1990, pág. 201.

⁷¹ GHIRARDI, Olsen. **“La estructura lógica del razonamiento judicial”**, en **Derecho y Sociedad N° 13**. Lima - Perú: 1998, pág. 231.

⁷² Conforme ha señalado Binder, en razón del derecho a la defensa, el procesado “debe tener la posibilidad de conocer cuales son los hechos que se le imputan y en virtud de qué pruebas se fundamenta dicha imputación”. BINDER, Alberto. **Introducción al derecho procesal penal**. Buenos Aires-Argentina: Ad-hoc, 1993, pág. 154.

⁷³ Cfr. VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. **Derecho procesal penal. Tomo I**. Córdoba-Argentina: Marcos Lerner, Reimpresión de la Tercera edición, 1982, pág. 364. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. **“La motivación de las sentencias”**, en **Cuadernos de Derecho Judicial. La sentencia penal**. Madrid-España: Consejo General del Poder Judicial, 1992, pág. 98. CONDE-PUMPIDO TOURON, C. **“El juicio...”**, pág. 201.

Es la confluencia de estos principios y derechos de la función jurisdiccional la que ofrece su completo fundamento (material) al mandato constitucional de motivar las resoluciones que no sean de mero trámite; son éstas las normas que hacen nacer la exigencia de que el juez exprese las razones de su decisión.

Así, respecto del imputado, sólo una resolución condenatoria debidamente motivada permitirá que el imputado ejerza plenamente su derecho a la defensa, pues únicamente así conocerá cuáles han sido las razones en las que el juzgador se ha apoyado para emitir su pronunciamiento, “nadie puede defenderse debidamente de algo que ignora”⁷⁶. Esto le posibilitará cuestionar los fundamentos que no encuentre arreglados al Derecho, mediante la interposición del medio impugnatorio correspondiente, para que el superior jerárquico controle que la decisión del “ad quo” no haya sido arbitraria.

Siendo en este sentido que se ha dicho que la norma consagrada en el inc. 5 del art. 139 de la Ley Fundamental resulta constituyendo una “garantía de garantías”, de carácter instrumental, por tanto, pero condición sine qua non de la vigencia de las garantías que hemos consignado como las que le otorgan su fundamento material. Se trata de una exigencia que sólo posee naturaleza formal, pero de intenso contenido político-garantista⁷⁷.

Infracciones del mandato de motivar las resoluciones.

Para el cumplimiento del deber constitucional de motivación de las resoluciones jurisdiccionales, el juzgador debe manejar adecuadamente: máximas de experiencia⁷⁸, reglas de la lógica y categorías jurídicas.

Por contra, la infracción del deber constitucional de motivar las resoluciones se puede dar de cuatro diferentes maneras:

- Falta absoluta de motivación:

⁷⁴ Cfr. MAURACH, Reinhart - ZIPF, Heinz. - GÖSSEL, Karl-Heinz. **Derecho penal 2**. Buenos Aires –Argentina: ASTREA, Traducción de la Séptima edición alemana, 1995, pág. 796 (nº. marg. 195) BOIX REIG, Javier. “**La motivación de la individualización de la pena**”, en **Cuadernos...** pág. 193. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. “**La motivación...**”, pág. 98.

⁷⁵ Cfr. VÉLEZ MARICONDE, A. **Derecho...** pág. 363. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. “**La motivación...**” pág. 98. BOX REIG, J. “**La motivación...**” pág. 193. En los países de nuestra cultura jurídica, “la primera aparición del deber de motivar responde prioritariamente a exigencias de carácter político: se busca en el una garantía frente al arbitrio”. ANDRES IBAÑEZ, Perfecto. “**Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal**”, en **Cuadernos...** pág. 119.

⁷⁶ VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. **Derecho procesal penal. Tomo II**. Córdoba-Argentina: Marcos Lerner, Reimpresión de la Tercera edición, 1982, pág 216.

⁷⁷ Cfr. ANDRE IBAÑEZ, P. “**Acerca...**” pág. 121.

⁷⁸ Según Stein, las máximas de experiencia son: “definiciones o juicios hipotéticos de contenido general desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos”. Cfr. cita ANDRÉS IBAÑEZ, P. “**Acerca...**”, pág. 146.

Tiene lugar cuando la resolución no expresa el más mínimo (argumento real o aparente) que fundamente la decisión que se toma. Existe una total ausencia de motivación.

- Motivación aparente:

En este caso la resolución aparece *prima facie* como fundada. El juzgador glosa algunas razones del porqué ha tomado la decisión.

Se trata de una motivación aparente porque, en cuanto nos adentramos en la profundidad y razonabilidad de la fundamentación, sin quedarnos sólo en el aspecto formal, se descubre que no existe ningún fundamento⁷⁹; que se han glosado frases que nada dicen (que son vacuas o ambiguas) o que carecen de contenido real (no existen elementos de prueba que las sustenten).

Es necesario dejar en claro que la motivación aparente no constituye, en estricto, motivación alguna y no debe ser considerada como una motivación real⁸⁰.

- Motivación insuficiente:

Se incurre en esta infracción cuando se viola el principio lógico de razón suficiente, es decir, se consignan sólo algunos de los argumentos que llevaron a tomar la decisión, pero no todos los que van a generar la convicción⁸¹.

Es necesario dejar en claro que, conforme ha señalado la STC 264/88: “no es exigible una agotadora explicación de los argumentos y razones y que, según el caso, es incluso admisible una fundamentación escueta, pero siempre que de ésta aparezca que la decisión judicial responda a una concreta interpretación y aplicación del Derecho ajena a toda arbitrariedad”⁸².

- Motivación incorrecta:

Se presenta cuando en el proceso de motivación se infringe las reglas de experiencia o de la lógica, se interpreta o aplica incorrectamente las normas jurídicas, o se recurre a criterios que carecen de cualquier fundamento.

En este nivel es necesario advertir sobre un tema de fundamental importancia, que no ha sido tomado en cuenta debidamente: la motivación de la pena que se impone⁸³. En tanto la sentencia penal condenatoria no sólo se encuentra conformada por el pronunciamiento del juzgador sobre la realización de un hecho punible; sino que además por el pronunciamiento sobre la pena que corresponde imponer (salvo en los casos de

⁷⁹ FERNÁNDEZ, Raúl. “Los errores *in cogitando* en la jurisprudencia cordobesa”, en AA.VV. *La naturaleza del razonamiento judicial (El razonamiento débil)*. Córdoba - Argentina: Alveroni, 1993, pág. 117.

⁸⁰ GHIRARDI, O. “La estructura...”, pág. 231.

⁸¹ Conforme señala Cafferata Nores: “El respeto al principio de razón suficiente requiere la demostración de que un enunciado, solo puede ser así y no de otro modo”. Cfr. cita GHIRARDI, O. *El razonamiento...*, pág. 103.

⁸² Cfr. cita LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. “La motivación...”, pág. 102.

reserva del fallo condenatorio): el derecho a la fundamentación de las resoluciones jurisdiccionales resulta exigible, también, en el extremo de la sentencia condenatoria que se refiere a la pena judicialmente determinada⁸⁴.

d. El derecho a la efectividad de la tutela judicial (derecho a la ejecución):

Finalmente, el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva se complementa con el derecho que se tiene a que la resolución que pone fin al proceso pueda ser operativizada en la realidad. De nada serviría permitir el acceso al proceso y lograr la obtención de una resolución que ponga fin al proceso de forma favorable, si es que el pronunciamiento judicial queda sólo en eso, un pronunciamiento, y no puede conseguir virtualidad en la vida social.

Conforme ha señalado San Martín Castro, las resoluciones judiciales firmes no son meras declaraciones de intenciones, sino que es necesario que se ejecuten obligatoriamente, inclusive de modo coactivo en los casos en que voluntariamente no se cumpla el pronunciamiento contenido en ella⁸⁵.

Entendido como garantía en favor de la persona humana, el derecho a la efectividad de la tutela judicial no puede entenderse en nuestro sistema procesal penal en un sentido de cumplimiento de la pena, puesto que éste se ha concebido como un interés que no le corresponde al particular sino al Estado.

De mayor importancia resulta este aspecto del derecho a la tutela judicial para los casos en que el actor civil ha conseguido que se condene al procesado al pago de una reparación, pues el derecho en comento requerirá que se provea a éste de los medios legales suficientes para conseguir que se cumpla con el pago ordenado en la sentencia.

2.2. El derecho al debido proceso penal.

⁸³ Una investigación realizada en la ciudad de Trujillo, bajo mi supervisión y asesoría, sobre el cumplimiento del mandato constitucional de motivar la pena que se impone por parte de las Salas Penales del Distrito Judicial de la Libertad, durante los años de 1997 y 1998, arrojó como resultado que en el 100% de los casos estudiados no había existido una correcta motivación de la sanción impuesta, y que en el 89.33% de los casos sólo había existido una motivación meramente aparente, que conforme ya se especificó no constituye, en estricto, motivación alguna. Cfr. AVALOS RODRÍGUEZ, Carlos. **Determinación judicial de la pena y necesidad de motivación de la sentencia: una investigación sobre el cumplimiento del mandato constitucional de motivar la pena que se impone en el Distrito Judicial de La Libertad (1997-1998). Tesis para optar el título profesional de abogado presentada en la Universidad Privada Antenor Orrego.** Trujillo-Perú: 1999, págs. 268 y ss.

⁸⁴ Cfr. GARCÍA ARAN, Mercedes. **Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código penal de 1995.** Navarra-España: ARANZANDI, 1997, pág. 64. CHOCLAN MONTALVO, José Antonio. **Individualización judicial de la pena. Función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal.** Madrid-España: COLEX, 1997, pág. 172. ABREGU, Martín. "La sentencia", en AA. VV. **El Nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico.** Buenos Aires - Argentina: Editores dEL PUERTO, 1993, pág. 218, MAURACH, R. - ZIPP, H. - GOSSEL, K. **Derecho...**, pág. 794 (nº. marg. 191) BOIX REIG, J. "La motivación...", pág. 199, entre otros.

⁸⁵ SAN MARTÍN CASTRO, C. **Derecho...** pág. 66.

Esta ⁸⁶ garantía se encuentra reconocida, conjuntamente con la de tutela judicial efectiva, en el inc. 3 del art. 139 de la Constitución Política de 1993.

En un primer acercamiento, su naturaleza resultaría siendo de lo más amplia, pues como ha señalado Mixán ⁸⁷, su teleología se refleja en su función de síntesis de las garantías destinadas a concretar la legitimidad procesal. En efecto, según un sector de la doctrina a través del debido proceso se precipitan todas las garantías, derechos fundamentales y libertades públicas de las que es titular la persona en el Estado Social y Democrático de Derecho ⁸⁸.

Sin embargo, es necesario precisar sus contornos en cuanto a la funcionalidad que le puede corresponder en nuestro sistema procesal penal; y, en este sentido, sin dejar de ser una cláusula con la que se busque que el proceso penal se encuentre informado por los valores de justicia y equidad, que le dan su ratio; se la debe concebir como aquella garantía general mediante la cual se va a dotar de rango constitucional a todas aquellas garantías específicas que no han sido reconocidas expresamente en la Constitución, pero que se encuentran destinadas a asegurar que el proceso penal peruano se configure como un proceso justo (conforme con los fines constitucionales) ⁸⁹. Su utilidad radicaría en que permitiría situar a las garantías procesales que no aparecen expresamente reconocidas en la Constitución, es decir, se trataría de una cláusula de carácter residual o subsidiaria ⁹⁰. Es en este sentido que se comprenderían en el debido proceso fundamentalmente las garantías de justicia específicas previstas en la legislación ordinaria y en los Instrumentos Internacionales de Derecho Humanos.

No resulta por tanto correcto, incluir en el derecho al debido proceso a las cláusulas de garantía específicas ya contenidas en la Constitución (v.gr. prohibición de ser penado sin un juicio previo, in dubio pro reo, prohibición de condenar en ausencia, etc.) ⁹¹, ni reducir su contenido a los principios específicos consagrados en el inc. 3 del art. 139 de la Ley Fundamental ("Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente

⁸⁶ Un sector de la doctrina equipara este derecho a una mera garantía de legalidad procesal (así, por ejemplo, TOCORA, Fernando. *Política Criminal en América Latina*. Bogotá-Colombia: Ediciones Librería del profesional, 1990, pág.91). Sin embargo es necesario dejar sentado que esta equiparación no es correcta, que la concepción del debido proceso como una garantía de legalidad corresponde a los orígenes de este del derecho al debido proceso, pero hoy ya ha sido superada. Cfr. MIXAN MASS, Florencio. *Categorías y actividad probatoria en el procedimiento penal*. Trujillo-Perú: BLG, 1996, pág. 133. SAN MARTÍN CASTRO, C. *Derecho...* pág. 54.

⁸⁷ MIXAN MASS, F. *Categorías...* pág. 104.

⁸⁸ SAN MARTÍN CASTRO, C. *Derecho...* pág. 56.

⁸⁹ CAROCCA PÉREZ, A. *Las garantías constitucionales...* pág. A-90. SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho...* pág. 55.

⁹⁰ CAROCCA PÉREZ, A. *Las garantías...* pág. 90-A. En el mismo sentido, PICO I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona-España: José María Bosch, 1997, ág. 131.

⁹¹ Como lo hace MIXAN MASS, F. *Categorías...* págs. 128 y ss.

establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales excepción, ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera fuera su denominación”⁹².

a. La inadmisibilidad de la persecución múltiple (*ne bis in idem*)

Esta garantía comporta la imposibilidad de que una persona sea perseguida dos veces o más en razón de una misma imputación criminal.

En contra del entendimiento que tradicionalmente se le ha dado al *ne bis in idem*, equiparándosele al principio de la cosa juzgada⁹³; el contenido de esta garantía ha demostrado poseer mayor amplitud, pues no sólo comporta la prohibición de una persecución subsiguiente, es decir, cuando la imputación ya ha sido materia de un pronunciamiento final por parte del órgano jurisdiccional correspondiente, sino que también se encuentra referido a la prohibición de una persecución paralela, es decir, que la persona sea perseguida al mismo tiempo en dos procesos diferentes⁹⁴.

La garantía del *ne bis in idem*, como in admisibilidad de persecución penal múltiple se asienta sobre tres requisitos concurrentes, tres identidades⁹⁵.

En primer lugar, funciona en los casos en que la persecución penal se dirige contra la misma persona en la que ya ha recaído un pronunciamiento final o que viene siendo perseguido. Para este supuesto no importa la calificación jurídica que se haya hecho de la participación en el hecho del sujeto perseguido, si concurrió como autor, cómplice o instigador, sino solamente que se trate de la misma persona (*eadem persona*).

En el tema de la posibilidad de que haya una aplicación del *ne bis in idem* en abstracto, no referido a una persona específica, se ha discutido si la desestimación -que puede ocurrir cuando todavía no ha sido correctamente individualizado el imputado- puede producir un efecto *erga omnes*. Contestándose que la desestimación no produce el efecto abstracto de cosa juzgada, sino que se trata, simplemente, del rechazo -por inadmisibile- de una denuncia, que puede ser admitida nuevamente si se modifican las condiciones por las que antes fue rechazada⁹⁶.

⁹² Como lo sostienen BERNALES BALLESTEROS, E.-OTÁROLA PEÑARANDA, A. **La Constitución...** pág. 642

⁹³ Así, MIXAN MASS, Florencio. **Derecho procesal penal. Tomo 1.** Trujillo-Perú: MARSOL, Segunda edición, 1990, págs. 241 y s. Oré Guardia reconoce el segundo sentido que aquí le asignamos al *ne bis in idem* (de inadmisibilidad de persecuciones paralelas, casos en los que todavía no ha recaído una resolución final firme); pero, sin embargo, mantiene la denominación de *cosa juzgada*, lo que a nuestro entender es incorrecto, pues no pueda haber cosa juzgada cuando todavía no ha existido resolución final firme. Vid. ORE GUARDIA, Arsenio. **Manual de Derecho procesal penal.** Lima-Perú: Alternativas, 1996, págs. 41 y ss. César San Martín, no obstante consigna en diversos momentos el sentido del *ne bis in idem* como “derecho constitucional a no ser enjuiciado dos veces por el mismo delito”, “*el imputado no puede ser sometido a un doble riesgo real*”, u otras frases equivalentes, también usa la denominación “cosa juzgada” como sinónimo de la garantía en comentario, y no pone en ningún momento de relieve el segundo sentido con que aquí entendemos al *ne bis in idem*. Vid. SAN MARTÍN CASTRO, C. **Derecho...** págs. 61 y ss.

⁹⁴ MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal argentino. Tomo 1. [vol. b]** Buenos Aires-Argentina: Hammurabi, Segunda edición, 1989, pág. 375. BINDER, A. **Introducción...** pág. 163.

⁹⁵ Cnf. por todos, BACRE, Aldo. **Teoría general del proceso. Tomo III.** Buenos Aires-Argentina: Abeledo-Perrot, 1992, pág. 446. QUINTERO, Beatriz-PRIETO, Eugenio. **Teoría general del proceso.** Bogotá-Colombia: TEMIS, 1995, pág. 222.

En segundo lugar, se necesita que se trate del mismo hecho punible (*eadem res*). Este requisito no hace referencia alguna a la calificación jurídica que haya tenido la conducta, sino al hecho fáctico por el cual se ha o se viene procesando⁹⁷. Así, por ejemplo, no importará que el hecho haya sido calificado en un primer proceso, en el que se absolvió al imputado, como delito de homicidio y posteriormente se pretenda procesar, nuevamente, por el mismo supuesto fáctico pero calificándolo jurídicamente como asesinato.

En este extremo, es necesario dejar debidamente sentado que, conforme señala generalmente la doctrina, para que opere la garantía del *ne bis in idem* no es necesaria una identidad absoluta en los supuestos de hecho, sino que sólo se debe mantener la estructura básica de la hipótesis fáctica. Es decir, que en términos generales el hecho sea el mismo. Caso contrario sería muy fácil burlar esta garantía mediante la inclusión de cualquier detalle o circunstancia que ofreciera una pequeña variación en la hipótesis delictiva⁹⁸.

Finalmente, se debe de exigir que se trate del mismo motivo de persecución (*eadem causa petendi*). Esto significa que el *ne bis in idem* sólo funciona en sede penal en los casos en que ambos procesos tengan por norte la aplicación de una sanción. Así, no funcionaría la garantía en comento en los casos en que el otro proceso careciera de connotaciones sancionadoras, por ejemplo, se tratara de un proceso civil en el que se pide la reparación del daño causado por el delito.

En lo que se refiere a la cosa juzgada (garantía integrante de la más amplia de *ne bis in idem*), es necesario dejar constancia que si bien en la doctrina se explica que se trata de un efecto de una sentencia firme⁹⁹, esta garantía opera también -bajo el amparo de la prescripción contenida en el inc. 13 del art. 139 de la Constitución- en los casos de amnistía, indulto, sobreseimiento definitivo y prescripción.

Respecto de la cosa juzgada, también, se debe dejar en claro que esta no funciona para los casos en que se plantea la revisión de la sentencia condenatoria, en razón de nuevas pruebas que dicen de la inocencia del sancionado. No se trata en estos supuestos de una excepción del *ne bis in idem*, como cree algún sector de la doctrina¹⁰⁰, sino que en estos casos no existe una misma *causa petendi*.

b. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas¹⁰¹.

Conforme ha señalado Iñaki Esparza, para que la actividad jurisdiccional alcance sus

⁹⁶ BINDER, A. **Introducción** pág. 165.

⁹⁷ Por todos, MAIER, J. **Derecho...** pág. 380.

⁹⁸ BINDER, A. **Introducción...** pág. 167.

⁹⁹ Así BACRE, A. **Teoría...** pág. 435.

¹⁰⁰ Así, por todos, SAGÜÉS, Néstor Pedro. **Elementos de derecho constitucional. Tomo 2**. Buenos Aires-Argentina: ASTREA, 1993, pág. 350.

objetivos de justicia es necesario que el proceso se tramite con celeridad¹⁰². Siendo una garantía aplicable a cualquier tipo de proceso esta exigencia se acentúa de gran manera en sede penal, en razón del reconocimiento que tiene la persona de liberarse cuanto antes del estado de sospecha que pesa sobre sus hombros¹⁰³ y de las restricciones de derechos que el proceso criminal indefectiblemente comporta.

Como su denominación lo indica, este derecho garantiza que el proceso penal se lleve adelante y finalice sin que existan dilaciones indebidas en su tramitación. Sin embargo, más allá, como bien lo ha señalado el Tribunal Supremo Federal Norteamericano, quizá la nota más importante que caracteriza a esta garantía (*speedy trial*) es la de que se trata de un concepto más vago que los que definen otros derechos procesales, de modo que es imposible determinar de manera general y con absoluta precisión cuando ha sido violado¹⁰⁴.

No toda dilación o retraso en la tramitación del proceso puede identificarse como una infracción de la garantía en comento, sino que las dilaciones indebidas han sido entendidas como supuestos extremos de funcionamiento anormal de la administración de justicia, con una irregularidad irrazonable en la duración mayor de lo previsible o lo tolerable, y además imputable a la negligencia o inactividad de los órganos encargados de la administración de justicia¹⁰⁵.

En este marco, la evaluación sobre la existencia de un proceso con dilaciones indebidas debe realizarse caso por caso, mediante la aplicación a las circunstancias de cada supuesto de un grupo de factores objetivos y subjetivos que sean congruentes con su enunciado genérico, no se puede limitar a una simple constatación del incumplimiento de los plazos¹⁰⁶, pues, incluso, reclama su funcionalidad para los casos en que no se ha previsto un plazo específico.

La evaluación de la existencia de dilaciones indebidas ha de ser integrado en cada

¹⁰¹ Un sector de la doctrina denomina a este principio como de celeridad (Así, ALMAGRO NOSETE, José, en él mismo-TOME PAULE, José. **Instituciones de Derecho procesal. Proceso penal**. Madrid-España: Trivium, Segunda edición, 1994, pág. 59); sin embargo, en nuestro concepto, se trata de un principio no igual al que vamos a comentar sino uno complementario.

¹⁰² ESPARZA LEIBAR, Iñaki. **El principio del proceso debido**. Barcelona-España: José María Bosch, 1995, pág. 214.

¹⁰³ En este sentido SAGÜÉS, N. **Elementos...** pág. 333.

¹⁰⁴ Cfr. VIVES ANTON, Tomás Salvador. **II La reforma del proceso penal. Comentarios a la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal**. Valencia-España: Tirant lo blanch, 1992, pág. 44.

¹⁰⁵ RAMOS MENDEZ, F. **El proceso...** pag. 34.

¹⁰⁶ Cfr. ESPARZA LEIBAR, I. **El principio...** pág. 214. No obstante razonar en este sentido, San Martín Castro copia de la doctrina española párrafos como: "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** para las pretensiones que se formulen", o escribe cosas como "la *primera condición* para ejercer este derecho de este derecho (sic) es que se incumplan los plazos previstos en la ley". San Martín Castro, C. **Derecho...** pág. 59 (las negritas son nuestras).

caso concreto mediante el examen de la naturaleza del objeto procesal, de la actividad del órgano judicial y del propio comportamiento del recurrente. Así, se debe analizar la complejidad del litigio, los márgenes ordinarios de duración de otros litigios del mismo tipo, el interés en juego del presuntamente perjudicado, su conducta procesal y, finalmente, la conducta de las autoridades y la consideración de los medios disponibles

107 .

Es necesario tener debidamente en cuenta que, como el Tribunal Constitucional español ha precisado, excluir del derecho al proceso sin dilaciones indebidas las que vengan ocasionadas por defectos de estructura de la organización judicial sería tanto como dejar sin contenido a este derecho frente a esa clase de dilaciones; que el deber estatal de garantizar la justicia sin dilaciones lleva implícita la dotación a los órganos judiciales de los necesarios medios personales y materiales ¹⁰⁸ .

Asimismo, es necesario dejar sentado que la dilación perjudica, desde luego, a una de las partes; pero no siempre habrán de resultar perjudiciales para el imputado, sino que en ocasiones pueden favorecerle ¹⁰⁹ , como cuando esta por finalizar el plazo para la prescripción extraordinaria de la acción penal.

Para finalizar, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas se debe complementar con un principio de celeridad procesal, en el sentido que, en cuanto a los funcionarios estatales les sea posible, la resolución del conflicto de carácter criminal se tiene que dar en el menor tiempo posible. Esto no importará lógicamente una pérdida de garantías.

c. El derecho a un juez imparcial.

Por lo fundamental de esta garantía para los sistemas procesales ha sido denominada como el principio supremo del proceso ¹¹⁰ . Nos encontramos ante la exigencia mediante la cual se garantiza que el funcionario encargado de la resolución jurídica del conflicto criminal no posea algún interés particular en el sentido que habrá de tener ésta, más allá de la correcta aplicación de las normas del Derecho penal.

En verdad nos encontramos frente a una de las garantías más importantes de cualquier tipo de proceso, pues el primero de los requisitos estructurales que ha de cumplir necesariamente cualquier juez o Tribunal, para poder ser considerado como tal, es el carácter o condición de tercero ajeno al conflicto que ante él planteen las partes procesales demandando su solución ¹¹¹ . La actividad judicial es, ante todo, una actuación

¹⁰⁷ VIVES ANTON, T. **II La reforma...** págs. 39 y s. ESPARZA LEIBAR, I. **El principio...** págs. 214 y s.

¹⁰⁸ ESPARZA LEIBAR, I. **El principio...** pág. 215.

¹⁰⁹ Crf. VIVES ANTÓN, T. **II La reforma...** pág. 43

¹¹⁰ ARAGONESES ALONSO, Pedro. **Proceso y Derecho procesal (Introducción)** Madrid-España: EDERSA, Segunda edición, 1997, pág. 127.

¹¹¹ MORENO CATENA, V. en él mismo-CORTES DOMÍNGUEZ, V.-GIMENO SENDRA, V. **Introducción...** pág. 94.

“desinteresada”, pudiendo afirmarse que la legitimación judicial se encuentra antitéticamente opuesta a la de las partes: en tanto que la legitimación de éstas se determina por la titularidad de un derecho o la existencia de un interés en el proceso, la del juez provienen precisamente de esa ausencia de interés con el objeto procesal¹¹².

Conforme ha señalado el maestro Mixán Mass, la imparcialidad impone la rigurosa aplicación del principio de la identidad: el juez es juez, nada más que juez. Y entre el juez y las partes resulta aplicable el principio de tercio excluido; o bien es parte o bien es juez; no hay posibilidad intermedia¹¹³.

En tanto garantía, el derecho a un juez imparcial se debe configurar para funcionar antes de que se haya producido la parcialización efectiva del juzgador, para actuar frente a los casos en que existe el peligro que la parcialización se verifique.

Es en este sentido que se debe asegurar el apartamiento del conocimiento del proceso del juzgador en el que existe sospecha de parcialidad; para lo que el legislador debe proveer y regular las instituciones jurídicas de la abstención (inhibición) y la recusación¹¹⁴.

La abstención se debe configurar para los casos en que el juez se percató que su posición social, afectiva, profesional o jurídica arroja sospechas respecto de su imparcialidad en la resolución del proceso¹¹⁵, o cuando, por cualquier razón fundada, se da cuenta que no podrá ser imparcial.

Por su parte, la recusación se debe configurar como derecho para que la parte

¹¹² GIMENO SENDRA, V. en MORENO CATENA, V.-CORTES DOMINGUEZ, V.-GIMENO SENDRA, V. **Introducción...** págs. 33 y s.

¹¹³ MIXAN MASS, F. **Derecho...** pág. 181.

¹¹⁴ Gimeno Sendra entiende que se trata de causas de apartamiento destinadas a garantizar la independencia del juzgador (Cfr. GIMENO SENDRA, Vicente-MORENO CATENA, Víctor-CORTES DOMINGUEZ, Valentín. **Derecho procesal penal**. Madrid-España: COLEX, Segunda edición, 1997, pág. 52), lo que consideramos incorrecto. Se debe tener en cuenta que, aunque se trata de conceptos relacionados entre sí, la imparcialidad es algo diferente de la independencia. La independencia determina que el juez está sometido sólo a la ley y a la Constitución. La imparcialidad significa que, para la resolución del caso, el juez no se dejará llevar por ningún otro interés fuera del de la aplicación correcta de la ley; se trata de conceptos que se encuentran muy entrelazados –tanto así que un juez que no ha procedido con independencia no es imparcial- sin embargo, se trata de conceptos diferentes (Cfr. BINDER, A. **Introducción...** pág. 299). Es en este sentido que sí, por ejemplo, se repara en la mención que hace de la causa de apartamiento consistente en haber sido instructor de la causa tendremos claro que se trata de una garantía de imparcialidad, pues no se puede afirmar la existencia de un sometimiento externo (dependencia) alguno del juez.

¹¹⁵ No creemos, como lo hace Mixán, que la inhibición proceda sólo frente a los casos en que el “juez se vea en el trance de no poder superar una situación concreta que amenaza su rectitud de criterio” (MIXAN MASS, F. **Derecho...** pág. 181). Este acerto es incorrecto tanto de lege ferenda como de lege lata, pues el art. 30 del C. de P.P. señala que “los jueces *deberán inhibirse de oficio*” cuando concurra cualquiera de las causas de recusación (de duda de imparcialidad) previstas en el art. 29. Así, por muy imparciales que en realidad puedan ser tendrán que inhibirse en los casos en que hayan presenciado el acto delictuoso y les corresponda declarar como testigos (inc. 2 del art. 29 del C. de P.P.) o cuando hayan intervenido en la instrucción como jueces inferiores o hayan desempeñado el Ministerio Público (inc. 7 del art. 29 del C. de P.P.)

solicite al juez que se aparte del proceso, cuando tema ¹¹⁶ sobre su parcialidad. Sin embargo, para efecto de que las partes no hagan mal uso de esta posibilidad, esta petición deberá fundarse con medios probatorios idóneos, no debe bastar la simple alegación de que tal temor existe ¹¹⁷.

d. La prohibición de compeler a declarar o a reconocer la culpabilidad.

Nos encontramos frente a la garantía que tiene la persona para decidir libremente si declarará o no cuando viene siendo objeto de una persecución penal; así como, respecto de cual habrá de ser el contenido de su declaración. Los funcionarios encargados de la persecución penal no están legitimados para compeler al individuo a declarar y, mucho menos, a declarar de una determinada manera.

Conforme ha señalado Binder, el imputado tiene el señorío y el poder de decisión sobre su propia declaración. Consecuentemente, sólo él determinará lo que quiere o lo que no le interesa declarar ¹¹⁸, lo que tendrá que hacerlo de manera voluntaria y libre.

Esto significa que no se pueden utilizar medios violentos para conseguir la declaración, pero significa, también, que no se puede utilizar ningún mecanismo que menoscabe la voluntad del imputado (Vg. mediante la administración de psicofármacos: sueros de la verdad, hipnosis, etc.) No se puede emplear tampoco preguntas capciosas o sugestivas, ni amenazar al imputado con lo que le podría suceder en caso que no confiese, entre otros recursos similares ¹¹⁹.

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 ¹²⁰.

Entre las consecuencias más importantes de este derecho se encuentra el hecho de que de ninguna manera se puede obligar, ni inducir siquiera, al imputado a reconocer su culpabilidad, pero también se contiene el derecho que se tiene a que de la negativa a declarar, del silencio del imputado frente a preguntas concretas o, incluso, frente a su mentira no se puedan extraer conclusiones de culpabilidad ¹²¹.

¹¹⁶ También en este extremo creemos que se equivoca Mixán cuando sostiene: "contra el juez que se parcializa corresponde a las partes excluirlo del proceso mediante la recusación" (MIXAN MASS, F. **Derecho...** pág. 181). Precisamos una vez más, la recusación –y la inhibición- deben proceder ya frente a la sola sospecha fundada de parcialidad de parte del juzgador.

¹¹⁷ Cfr. BINDER, A. **Introducción...** pág. 300.

¹¹⁸ BINDER, A. **Introducción...** pág. 179.

¹¹⁹ Cfr. BINDER, A. **Introducción...** pág. 180.

¹²⁰ EDWARDS, Carlos Enrique. **Las garantías constitucionales en materia penal**. Buenos Aires-Argentina: ASTREA, 1996, pág. 107.

¹²¹ SAN MARTIN CASTRO, C. **Derecho...** pág. 57. BINDER, A. **Introducción...** pág. 180. EDWARDS, C. **Las garantías...** pág. 107 y s.

La prohibición de compeler a declarar o reconocer la culpabilidad y sus consecuencias no surten efectos sólo en sede judicial (en todas sus etapas), sino que en cualquiera de los estadios por los que pasa la persecución penal; así, puede ser reclamada tanto ante la policía, como frente al Ministerio Público, e incluso en los supuestos en los que sean necesarios antejuicios para que la acción penal se tenga por expedita ¹²² .

También es necesario dejar constancia que, correctamente entendida, su eficacia no sólo se debe limitar a las declaraciones de los imputados, se extiende a los testigos, quienes, no obstante tener el deber procesal de declarar la verdad, se encuentran amparados por esta garantía en tanto se trate de declaraciones que no versen exclusivamente sobre la responsabilidad penal de terceros, sino que, de alguna manera, digan de la probabilidad de responsabilidad penal propia. Se trata en resumidas cuentas de una garantía de no verse obligado a declarar contra uno mismo, lo que puede ocurrir tanto cuando quien declara es el imputado como cuando lo hace con la calidad de testigo. Conforme ha señalado Binder, toda vez que la información que alguien podría ingresar al proceso pueda causarle un perjuicio directo o lo pueda poner en riesgo de ser sometido a un proceso penal, la persona tiene derecho a negarse a declarar ¹²³ .

Finalmente, es necesario dejar sentado que esta prohibición rige solamente cuando se obligue al imputado a emitir una declaración que exteriorice un contenido, esto es, cuando la persona participe como sujeto u órgano de prueba, como quien, con su relato, incorpora al procedimiento un conocimiento cierto o probable sobre un objeto de prueba. No la ampara, en cambio, cuando ella misma es objeto de prueba, esto es, cuando es objeto investigado, como cuando, por ejemplo, se extrae una muestra de sangre o de piel, o se lo somete a un reconocimiento por otra persona, actos que no consisten en proporcionar información por el relato de hechos, circunstancias o acontecimientos, y para los cuales se sostiene uniformemente en la doctrina que no es necesario el consentimiento de la persona afectada, que, incluso, ésta puede ser forzada al examen ¹²⁴ .

2.3. El derecho a la presunción de inocencia.

Mediante esta garantía se reconoce el derecho de la persona que viene siendo sujeto de una persecución criminal de ser considerado y tratado como inocente por el ordenamiento jurídico en su conjunto hasta que no exista un pronunciamiento judicial firme en el sentido de que el sujeto ha realizado un comportamiento delictivo.

Ya de inicio se debe advertir que el derecho a la presunción de inocencia no sólo es una garantía que impone la consideración al imputado como inocente, sino que su efecto más importante lo produce en cuanto exige que la persona que viene afrontando un

¹²² Crf. SAN MARTIN CASTRO, C. *Derecho...* pág. 57.

¹²³ BINDER, A. *Introducción...* págs. 180 y s.

¹²⁴ MAIER, J. *Derecho...* pág. 444.

procedimiento criminal sea tratada ¹²⁵, en los diversos sectores del ordenamiento jurídico y la vida social, como una persona de la que aun no se ha comprobado responsabilidad penal alguna.

En cuanto a la consideración como inocente, uno de los sectores más importantes en los que debe actuar esta garantía lo encontramos en la información que se debe proporcionar sobre el estado del imputado en el proceso, tanto por los sujetos procesales, como, especialmente, por los agentes de los medios de comunicación.

Sabido es que el proceso penal por sí mismo -independientemente de su finalización con una sentencia condenatoria o absolutoria- comporta un grave perjuicio para el honor del imputado, por sus efectos estigmatizantes. Pues bien, uno de los factores determinantes para acrecentar este fenómeno lo constituyen los medios de comunicación, en su costumbre por difundir fotografías y adelantarse a las sentencias con calificaciones de hampones, criminales, ladrones, violadores, etcétera ¹²⁶, seudo informaciones que difunden, muchas veces, sin que en el caso se haya expedido, si quiera, el auto de apertura de instrucción.

Es necesaria, entonces, la actuación de esta garantía en el contexto del ejercicio del derecho constitucional a la información, impidiendo que en los medios de comunicación se diga de la culpabilidad de los procesados más de aquello que se puede justificar según lo actuado en cada momento procesal de que se trate ¹²⁷.

En lo que al tratamiento como inocente se refiere cobran singular importancia sus implicancias para la configuración de las medidas coercitivas, fundamentalmente en lo que respecta al mandato de detención.

El principio de inocencia exige que la detención tenga una aplicación excepcional, de última ratio, toda vez que se trata de un medio de coerción procesal de contenido idéntico a la más clásica de las sanciones criminales, la pena privativa de libertad.

Conforme ha señalado San Martín Castro, la existencia de las medidas de coerción no significa que al imputado se le pueda anticipar una pena durante el procedimiento, sino que la limitación procesal de los derechos fundamentales tiene como fundamento legítimo asegurar la realización del proceso de conocimiento -averiguación de la verdad- para actuar la ley sustantiva o para asegurar la ejecución efectiva de la sentencia ¹²⁸.

Sin embargo, en cuanto al tratamiento de inocente, sus alcances no se limitan a las medidas coercitivas, sino que se manifiestan en cualquier sector del ordenamiento jurídico, en tanto el sujeto no puede ser considerado como culpable, razón por la cual no

¹²⁵ BINDER, A. *Introducción...* pág. 253.

¹²⁶ Por todos, ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática-jurídico-penal.* Lima-Perú: A.F.A. s/año, pág. 146.

¹²⁷ HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho penal.* Barcelona-España: Bosch, Traducción de la edición alemana, 1984, pág. 199.

¹²⁸ SAN MARTÍN CASTRO, C. *Derecho...* pág. 69

resulta lícito que se le prive de algún derecho u oportunidad en virtud de su condición de procesado, Vg. para concursar a algún puesto en la administración pública no se puede discriminar o negar el acceso a las personas que se encuentran siendo procesadas, así lo vengán siendo por delitos en contra de la propia administración.

Por otro lado, se debe de poner la debida atención en que no basta un pronunciamiento condenatorio en primera instancia, pues este muy bien puede ser impugnado, lográndose la revocatoria. Durante el tiempo que dure la sustanciación de la impugnación el imputado conservará su derecho a la presunción de inocencia. Esta garantía sólo cede ante una sentencia condenatoria firme. Se ha dicho de la presunción de inocencia que se trata de una de las garantías más polifacéticas, que inunda todo el procedimiento penal¹²⁹. Si bien su núcleo central se encuentra en el tratamiento como inocente del imputado, su vinculación se extiende, además, con importantes consecuencias, hasta el ámbito de la actividad probatoria.

La doctrina ha puesto en evidencia que la presunción de inocencia posee una naturaleza *iuris tantum* (que admite prueba en contrario), pudiendo quedar desvirtuada como resultado de un proceso penal. Sin embargo, para que esto ocurra es necesario que se haya realizado una mínima actividad probatoria de cargo, es decir, de signo incriminatorio, de la que pueda deducirse la culpabilidad del procesado, realizada con estricta observancia de las garantías y normas procesales¹³⁰; en caso que esto no ocurra el sujeto conservará su condición de inocente.

Se ha señalado, también, que la presunción de inocencia tiene carácter reaccional o pasivo, en el sentido de que no es necesario un comportamiento activo de su titular, ya que las presunciones de ley dispensan de toda prueba a los favorecidos por ellas; razón por la que la carga de la prueba le corresponde al sujeto que realiza la acusación¹³¹.

Finalmente, una de las consecuencias del derecho a la presunción de inocencia, que muchas veces se pasa por alto en la doctrina, se encuentra en la prohibición de establecer ficciones de culpabilidad. No se pueden establecer reglas absolutas de apreciación de la prueba que le obliguen al juez a considerar probada la culpabilidad o parte de ella de un modo automático, es decir, partes de la culpabilidad (en su sentido procesal) que no necesiten ser probadas¹³².

Esta última consecuencia se debe observar tanto en lo que a las no propiamente procesales penales respecta, como en cuanto a la redacción de los tipos penales del Derecho material. No se puede establecer prohibiciones penales mediante las cuales se sancione la mera falta de prueba del origen de un estado económico o jurídico del

¹²⁹ RAMOS MENDEZ, F. *La tutela...* pág. 14

¹³⁰ Cfr. MELLADO ASECIO, José María. “**La prueba. Garantías constitucionales derivadas del art. 24.2**”, en **Poder Judicial N° 04**. Madrid-España: 1986, pág. 34. DEL MOLINO, María Soledad. “**La presunción de inocencia como derecho constitucional**”, en **Revista de Derecho procesal N° 03**. Madrid-España: 1993, pág. 595.

¹³¹ DEL MOLINO, M. “**La presunción...**” pág. 595.

¹³² BINDER, A. **Introducción...** pág. 125.

imputado, como en algunos países ocurre con la redacción típica del delito de enriquecimiento indebido.

2.4. El derecho de defensa.

Se entiende por derecho de defensa a la garantía constitucional que le asiste a toda persona que posea un interés directo en la resolución jurídica del proceso penal para poder comparecer ante los órganos de persecución pertinentes, a lo largo de todo el proceso, a fin de poder resguardar con eficacia sus intereses en juego.

En esta perspectiva amplia, todos los sujetos participantes del proceso penal, sean imputados o no, poseen una garantía constitucional de defensa. Siendo eso sí necesario advertir que el Ministerio Público no posee un derecho a la defensa, sino un conjunto de facultades o armas para cumplir con su función persecutoria¹³³. No obstante lo señalado, es respecto de la persona perseguida que el derecho constitucional a la defensa presenta su mayor capacidad de rendimiento e importancia, pues si bien los distintos sujetos procesales civiles se enfrentan entre sí, con sus propios medios, el imputado se enfrenta al Estado y toda su maquinaria de persecución. Es en esta razón que en la doctrina se ha privilegiado la explicación del derecho a la defensa en sede penal, en su variante dirigida al imputado. Tenemos así que Gimeno Sendra¹³⁴, por ejemplo, entiende el derecho de defensa como la garantía fundamental que le asiste a todo imputado y a su abogado defensor a comparecer inmediatamente en la instrucción y a lo largo de todo el proceso penal a fin de poder contestar con eficacia la imputación o acusación contra aquél existente, articulando con plena libertad e igualdad de armas los actos de prueba, de postulación, e impugnación necesarios para hacer prevalecer dentro del proceso penal el derecho a la libertad que asiste a todo ciudadano que, por no haber sido condenado, se presume inocente.

En la definición del profesor español se puede apreciar, preliminarmente, que el derecho fundamental de defensa presenta un desarrollo mucho más rico que el que podría parecer de primera impresión. Como él mismo dice: "el derecho fundamental de defensa se integra con todo un catálogo de derecho también fundamentales de carácter instrumental"¹³⁵. Nosotros, por nuestra parte, advertimos ya aquí que el contenido del derecho de defensa sobrepasa, incluso, los derechos que aparecen en la definición de Gimeno y, si bien poseen basamento constitucional -por ser exigencias del derecho a la defensa-, no en todos sus casos resultan siendo, por sí mismos, derechos fundamentales

¹³⁶ .

¹³³ Cfr. por todos, MAIER, J. B. J. **Derecho...** pág. 307.

¹³⁴ GIMENO SENDRA, V. en él mismo-MORENO CATENA, V.-CORTES DOMÍNGUEZ, V. **Derecho...** pág. 68.

¹³⁵ GIMENO SENDRA, V. en él mismo-MORENO CATENA, V.-CORTES DOMÍNGUEZ, V. **Derecho...** pág. 69.

¹³⁶ Sin embargo, no creemos que formen parte de su contenido el principio de inmediación y el derecho a un proceso justo y equilibrado, como sostienen BERNALES, E.-OTAROLA, A. **La Constitución...** pág. 656.

Antes de ocuparnos de las exigencias constitucionales que se desprenden del derecho de defensa debemos dejar claro que para el funcionamiento de esta garantía no es necesario, siquiera, que se haya instaurado un proceso penal formal, es decir, que se haya dictado un auto de apertura de instrucción, funciona ya con la mera imputación de la comisión de un ilícito criminal por parte de alguna de las autoridades encargadas de la persecución penal. Como refiere San Martín Castro ¹³⁷, el derecho de defensa de toda persona nace, según el texto constitucional, desde que es citada o detenida por la autoridad. Ello significa que 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.

El derecho de defensa ampara al imputado desde el momento de la primera presunción (material) policial de su participación en el evento criminal hasta la definitiva resolución jurídica del conflicto criminal. En este sentido, lo acompaña tanto en sede de investigación preliminar policial, como en los momentos que le corresponden al Ministerio Público, el Juez Especializado en lo Penal y las Salas Penales (Superior y Suprema) que intervengan en el caso.

a. El derecho a contar con un abogado defensor:

Una de las exigencias más saltantes del sentido literal del texto constitucional que consagra el derecho de la defensa (art. 139 inc. 14: "El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de las causas o razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad") se encuentra en el derecho que tiene el procesado a contar con abogado defensor, un profesional en Derecho que coadyuve a su defensa. Garantía ésta a la que se conoce como derecho a la defensa técnica. El imputado puede realizar de muy buena manera su defensa (material), pues es el principal interesado en impedir que se demuestre su culpabilidad o lograr demostrar su inocencia; sin embargo, dado que el supuesto de conflicto social que ha dado origen a su llamamiento al proceso presenta carácter jurídico, es necesario que su defensa se vea complementado por un sujeto al que se le tiene como conocedor del Derecho; así aquella puede tener mejores perspectivas de éxito.

Lo fundamental de esta variante del derecho de defensa ha llevado a que se requiera -para salvaguardar su efectividad- que el Estado asuma la obligación de dotar de un defensor de oficio a los sujetos que no se encuentre en condiciones de asumir el pago del profesional que se habrá de ocupar de su defensa técnica. Se ha denominado a este supuesto: derecho a contar con un abogado de oficio. No obstante lo trascendental de la obligación que se impone el propio Estado de dotar al imputado carente de recursos económicos de un defensor es necesario poner de relieve debidamente que -conforme señala Tocora- la garantía de la defensa oficiosa se ha convertido en una formalidad ajena a los fines del "*favor defensionis*". Las grandes masas de desposeídos que se ven involucrados judicialmente ven cerrado el círculo cuando se les asigna un abogado defensor de oficio, pues su labor se reduce a un rol simbólico. Su participación muchas

¹³⁷ SAN MARTIN CASTRO, C. *Derecho...* pág. 70.

veces se limita a firmar las actas de las diligencias en las que no participa. No presenta ninguna petición, contradicción o impugnación probatoria ¹³⁸.

b. El derecho de contradicción:

Conforme señala Gimeno Sendra ¹³⁹ este derecho comporta la exigencia de que ambas partes, acusadora y acusada o imputada, tengan la posibilidad efectiva de comparecer o acceder a la jurisdicción a fin de hacer valer sus respectivas pretensiones, mediante la introducción de los hechos que las fundamenten y su correspondiente práctica de la prueba, así como cuando se le reconoce al acusado su derecho a ser oído con carácter previo a la imposición de una pena. Ya en un inicio se debe aclarar ya que el efectivo ejercicio del derecho a la contradicción requiere de otro derecho que funciona como su substrato ¹⁴⁰, el derecho a la igualdad procesal ¹⁴¹. El que se debe observar tanto en cuanto a las posibilidades procesales de alegaciones como en lo que importa a la actividad probatoria y a los recursos ¹⁴².

Este derecho se vulnera en los casos en que el legislador crea privilegios procesales carentes de fundamentación constitucional alguna (así, por ejemplo, en el caso que se estableciera una jurisdicción especial para conocer de casos en razón de las personas) o cuando el legislador, o el propio órgano jurisdiccional, crean posibilidades procesales que se le niegan a la parte contraria o la agravan indebidamente con cargas procesales desorbitadas, sin que estas alcancen justificación objetiva y razonable alguna ¹⁴³. Por otra parte, el desarrollo de esta garantía -al igual que en el caso del genérico derecho de defensa- va a dar lugar a la consagración de una serie de garantías específicas, que concurren para que en cada caso exista una verdadera posibilidad de contradicción.

Es imprescindible que el imputado este informado en todo momento de las actuaciones procesales que se realizan desde el inicio mismo del proceso penal ¹⁴⁴. Lo que hace que la adecuada notificación de las resoluciones judiciales se convierta en una condición necesaria para el ejercicio del derecho de defensa ¹⁴⁵, pues está es la vía que se ha previsto para dar cumplimiento a la exigencia de la información.

¹³⁸ De la exigencia anterior se desprende, pero cobrando independencia por su TOCORA, Fernando *Política criminal en América Latina*. Bogotá-Colombia: Ediciones Librería del Profesional, 1990, pág. 95.

¹³⁹ GIMENO SENDRA, Vicente en él mismo-MORENO CATENA, Víctor-CORTES DOMINGUEZ, Valentín. **Derecho procesal. Proceso penal**. Valencia-España: Tirant lo blanch, 1993,pág. 48.

¹⁴⁰ Si bien ha señalado Montero Aroca, se trata de un principio autónomo que no depende de otro (MONTERO AROCA, Juan, et al. **Derecho Jurisdiccional III. Proceso penal**. Valencia-España: Tirant lo blanch, Sexta edición, 1997, pág. 31); sin embargo funciona en íntima relación con el derecho de defensa y sus desarrollos.

¹⁴¹ CHAMORRO BERNAL, F. **La tutela...** pág. 142.

¹⁴² CHAMORRO BERNAL, F. **La tutela...** pág. 149.

¹⁴³ GIMENO SENDRA, V. en él mismo-MORENO CATENA, V.-CORTES DOMINGUEZ, V. **Derecho...** pág. 81.

¹⁴⁴ ESPARZA LEIBAR, I. **El principio...** pág. 200.

trascendencia, el derecho a estar informado de la imputación y, en su debido momento, de la acusación.

El imputado deberá de hacer valer su derecho de defensa contradiciendo los cargos que se le formulan, pero para esto es necesario que conozca su contenido, pues no podrá defenderse debidamente de algo que ignora. El no ser informado de los hechos que se le imputan le convierten en un ciego tratando de defenderse desventajosamente de la agresión de su rival.

Este derecho cobra una importancia todavía más singular de la que ya posee en lo que se refiere a la información de la acusación, en razón de que es en este momento en que se ejercita verdaderamente la acción penal, y son los hechos en ella contenidos y su calificación los que -como ya veremos- condicionarán el pronunciamiento final del juzgador.

Finalmente, es necesario dejar debidamente sentado que para un efectivo respeto de esta garantía es necesario que los funcionarios encargados de la persecución penal manifiesten cual es la específica figura típica en la que ha incurrido el imputado. Por ejemplo, no basta que se haga referencia a un artículo, cuando en éste se encuentran previsto varias modalidades de comisión típica, es necesario que se individualice en cual de todas ha perfeccionado el comportamiento del imputado.

El imputado posee, también, el derecho a usar todos los medios de prueba de descargo que resulten necesarios para consolidar su defensa. No se le puede negar ni restringir el acceso a los medios de prueba que le pudieran favorecer; el órgano encargado de la persecución se encuentra obligado a su admisión y verificación o actuación.

Es necesario aclarar que este derecho no garantiza que se practiquen todas aquellas pruebas que las partes tengan a bien proponer, sino sólo aquellas que sean pertinentes y necesarias¹⁴⁶.

Se exige que la prueba propuesta tenga relación con el objeto del proceso y con lo que constituye *thema decidendi* para el Tribunal, y expresa además la capacidad para influir en la convicción del órgano decisor en orden a fijar los hechos de posible trascendencia para el fallo¹⁴⁷.

Sin embargo es necesario dejar constancia que el TC español ha llegado a declarar que es preferente en tal materia incurrir en un posible exceso en la admisión de pruebas que en su denegación¹⁴⁸.

¹⁴⁵ CHAMORRO BERNAL, F. **La tutela...** pág. 152.

¹⁴⁶ ESPARZA LEIBAR, I. **El principio...** pág. 189.

¹⁴⁷ PICO I JONAY, J. **Las garantías...** págs. 146 y s.

¹⁴⁸ ESPARZA LEIBAR, I. **El principio...** pág. 188.

Un efectivo ejercicio del derecho a la contradicción impone que al imputado se le pueda otorgar el tiempo necesario para preparar su defensa y la posibilidad que lo haga conjuntamente con su abogado defensor ¹⁴⁹.

Es necesario que se provean de las condiciones necesarias para que siempre que al imputado le toque intervenir de alguna manera en el proceso penal, y especialmente en el momento de rendir sus manifestaciones, haya tenido la posibilidad de consultar previamente con su abogado y recibir las directivas que este crea más convenientes para su defensa. Esto lleva a señalar que el tiempo para la preparación de la defensa debe ser uno prudencial y de acuerdo a la complejidad de los puntos sobre los que va a versar ésta (por ejemplo, si se trata de un atestado que consta de cientos de páginas sería lesivo de esta garantía que se otorgue sólo un día); así como, que las comunicaciones con su defensor deben gozar de privacidad.

La garantía de la contradicción encuentra su expresión final en el derecho a la última palabra. Es decir, el debate debe de finalizar con el uso de la palabra por parte del procesado o su abogado.

Esta garantía se encuentra dirigida a que el imputado pueda contestar y contradecir absolutamente todos los cargos y argumentos que se esgrimen en su contra, lo que sólo puede ocurrir cuando se le asegura la intervención final, cerrando el debate. En caso no fuera el procesado quien cerrara el debate podría ocurrir que los sujetos encargados de la persecución penal guarden hasta el último -hasta después del turno del imputado- las partes más importantes de sus alegaciones, toda vez que de esa manera no podrían ser contestados por el imputado.

c. El principio acusatorio:

Con la expresión principio acusatorio se denomina un conjunto de garantías referidas a la distribución de roles y las condiciones en que se debe de realizar el enjuiciamiento del objeto del proceso penal ¹⁵⁰.

La primera de estas garantías consiste en la atribución de la instrucción y el enjuiciamiento a dos órganos distintos. Esto en razón de que comportando la actividad instructora una actividad esencialmente inquisitiva, es necesario prevenir un prejuizamiento y evitar que el imputado sea juzgado por un órgano falto de imparcialidad ¹⁵¹, toda vez que la actividad inquisitiva comporta ir avanzando con la intención de descubrir elementos de prueba que digan de la culpabilidad del imputado. El derecho a la defensa no se podría hacer valer debidamente frente a un juzgador que se encuentre contaminado -consciente o inconscientemente- con la idea de culpabilidad del procesado.

La segunda de las garantías implicadas por el principio acusatorio es la de falta de identidad entre el órgano encargado de la persecución y el órgano encargado del

¹⁴⁹ Por todos, EDWARDS, C. **Las garantías...** págs. 117 y s.

¹⁵⁰ SAN MARTIN CASTRO, C. **Derecho...** pág. 74.

¹⁵¹ GIMENO SENDRA, V. en él mismo, MORENO CATENA, V.-CORTES DOMINGUEZ, V. **Derecho...** pág. 85.

funcionarios diferentes. Entregar en monopolio estas funciones ocasiona efectos perjudiciales para la defensa del imputado, pues no va a enfrentar a un sujeto que posea medios similares a los suyos, sino que se va a enfrentar al “amo y señor del proceso”; se deberá “defender” del sujeto que, en el momento de la expedición de la sentencia, va a decidir sobre su futuro. Se tendrá que cuidar, entonces, de no atacar a su oponente, por el fundado temor a represalias.

En este sentido, Baumann¹⁵² señala que “la división de roles no impide tan sólo la parcialidad del juez, sino que también suprime la necesaria posición de objeto del acusado. La circunstancia que el acusado enfrente a alguien que se le opone (el Ministerio Público) da mayor libertad a su posición jurídica. Ya no es simple objeto de una *inquisitio* por el juez omnipotente a quien debe guardarse de atacar, sino un sujeto procesal y un contrincante del fiscal, contra el cual puede arremeter enérgicamente, sin temer los inconvenientes y la parcialidad del juez”.

La necesidad de congruencia entre la acusación y la sentencia constituye el tercer componente del principio acusatorio.

El órgano jurisdiccional no es totalmente libre en el momento de expedir la sentencia sino que tendrá que limitarse a pronunciarse por los hechos que fueron acusados por el fiscal, no podrá introducir nuevos hechos. Asimismo, el órgano jurisdiccional se encuentra condicionado por la calificación jurídica que se haya realizado del hecho en la acusación, no podrá sentenciar por un tipo penal que comporte mayor gravedad que el tipo por el que se ha acusado, pues el imputado no ha tenido la oportunidad de ejercer su defensa jurídica respecto de esta figura criminal¹⁵³.

Finalmente, el círculo de exigencias del principio acusatorio se cierra con la prohibición de la *reformatio in peius*. Se exige que en la segunda o sucesivas instancias no se pueda agravar más a un apelante de lo que ya lo estaba por la sentencia recurrida, salvo que el apelado impugne también independientemente la sentencia o se adhiera a la apelación ya iniciada.

Esta prohibición comporta una continuación de la vinculación del juzgador por los límites objetivos y subjetivos trazados por la acusación y la defensa, pero ahora ya en segunda instancia¹⁵⁴, con su respectivo fundamento en el derecho de defensa.

3. LAS GARANTÍAS ESPECÍFICAS.

¹⁵² BAUMANN, J. *Derecho...*, pág. 49.

¹⁵³ No creemos, como lo hace San Martín –siguiendo a Asencio– que sea suficiente que se respete el bien jurídico o interés vulnerado. Cfr. SAN MARTÍN CASTRO, C. *Derecho...* pág. 75,

¹⁵⁴ Cfr. GIMENO SENDRA, V. en él mismo, MORENO CATENA, V.-CORTES DOMÍNGUEZ, V. *Derecho...* pág. 89.

3.1. Principios relativos a la forma de los actos procesales (oralidad y escritura)

Por proceso oral en la actualidad, no se debe entender un procedimiento absolutamente oral, por lo que no todos los actos procesales necesariamente hayan de realizarse de forma verbal. Si bien en el Derecho Romano clásico dominó la oralidad, lo fue a través de las solemnidades del procedimiento formulario, que estaban escritas. Pero fue con la aparición de la *“apellatio”* y de la *“supplicatio”* en la Reforma Imperial, que se introdujo la obligatoriedad de la escritura de los alegatos y la aseguración de la prueba en la primera instancia. También el primitivo derecho germano consagró la oralidad en el proceso hasta que, bajo la hegemonía del Derecho Romano-Canónico, dicho principio fue sustituido por el de que *“quod non est in actis non est in mundo”*. A partir de la Decretal de 1216 del Papa Inocencio III, se consagra absolutamente el principio de la escritura, de tal modo que todo acto procesal, aun cuando fuere intervenido por el juez, debía ser redactado por un *“notario”* o *“actuario”* en un protocolo y, por tanto la sentencia debía basarse exclusivamente sobre esta actas (CAPPELLETTI).

El predominio del principio de la escritura en el proceso penal del Antiguo Régimen convirtió al *“plenario”* o juicio en un mero apéndice de la *“información sumaria”* o *“sumario”*, estímulo la mediación y el carácter secreto de las actuaciones.

Frente al principio *“du secret de l’enquête”*, tras la Revolución Francesa, el pensamiento liberal opuso los principios de oralidad y publicidad, llegándose a consagrar la regla de que *“quod non in ore, non in mundo”*: tanto la acusación como incluso la misma prueba documental, para ser tomada en consideración por el tribunal del jurado, habían de ser leídas ante su inmediación.

Pero, en la actualidad, lo decisivo para la calificación de un proceso como oral es su fase probatoria. Un proceso penal es oral, si la fundamentación de la sentencia se realiza exclusivamente mediante el material de hecho, introducida verbalmente en el juicio (ROXIN). Por el contrario, es escrito, si la sentencia se elabora conforme al resultado de las actas.

Lamentablemente nuestro proceso penal ordinario si bien su segunda etapa procesal es llamada del juicio oral, las sentencias en su inmensa mayoría, son consecuencia de la lectura de las actas, más no de las audiencias orales. La excesiva carga procesal y la habitualidad en la suspensión de las audiencias, han convertido al juicio oral en un procedimiento compuesto por un sin número de miniaudiencias o audiencias diminutas, que terminan por desvanecer el aporte del principio de inmediación, y hacer depender a los jueces del contenido del expediente (escrituralidad).

3.2. Principios referidos a la relación entre el Juez y las pruebas (inmediación y mediación)

Como lógica consecuencia de la vigencia del principio de oralidad (no sin razón se le ha denominado al principio de inmediación *“compañero de viaje de la oralidad”*), surge

también en la fase probatoria el principio de inmediación.

Según este principio, la actividad probatoria ha de transcurrir ante la presencia o intervención del órgano jurisdiccional encargado de pronunciar la sentencia. Un procedimiento está presidido por el principio de inmediación cuando el juez o tribunal están obligados a formar su íntima convicción y a fundamentar su sentencia exclusivamente con el resultado probatorio que ha podido formarse bajo su directa intervención en el juicio oral.

La vigencia de los principios de oralidad e inmediación han de obligar, por otra parte, a que la sentencia sea dictada también con *“inmediatez temporal”*, porque, de otro modo, los resultados favorables de aquella, tales como las impresiones y recuerdos, se borran o desaparecen de la memoria de los miembros del tribunal, por lo que se hace obligado la declaración de nulidad y consiguiente repetición del juicio oral.

En nuestro proceso penal ordinario, por la distorsión que crea el fenómeno de las audiencias diminutas, el principio de inmediación se encuentra seriamente comprometido, y en el proceso penal sumario, prácticamente no existe, pues la mayoría de las diligencias con significado probatorio lo administra el auxiliar jurisdiccional, y muchas veces el Juez recién conoce personalmente al imputado cuando la va a leer la sentencia condenatoria. Esto nos muestra pues, una seria controversia de nuestro diseño de proceso penal público para con este principio fundamental, que va definir el fondo del asunto, es decir, la culpabilidad del imputado.

3.3. Principio referente al conocimiento de los actos procesales (publicidad y secreto)

El principio de *“publicidad”* del proceso penal fue una conquista del pensamiento liberal. Frente al procedimiento escrito o *“justicia de gabinete”* del Antiguo Régimen, el movimiento liberal opuso la publicidad del proceso como seguridad de los ciudadanos contra la arbitrariedad judicial y política (injerencia del Ejecutivo en la administración de justicia).

También aporta este principio de publicidad, como medio para el fortalecimiento de la confianza del pueblo en sus jueces, y a la seguridad jurídica.

Por proceso público cabe entender aquel procedimiento en la que la ejecución o la práctica de la prueba se realiza mediante la posibilidad de asistencia física, no sólo de las partes, sino de la sociedad en general.

El procedimiento, pues, es público, cuando con anterioridad al inicio de las actuaciones del juicio oral, el presidente del tribunal dispone la *“audiencia pública”*; es secreto, cuando transcurre *“a puerta cerrada”*.

Este principio se encuentra fuertemente afectado en el proceso penal sumario, pues, al resolverse en una sola etapa, llamada instrucción, la publicidad de la actuación probatoria, queda excluida totalmente, generando con ello, márgenes de alta probabilidad de justicia de gabinete.

3.4. Principios referidos a la marcha de los actos procesales (celeridad)

El denominado principio de "aceleración" (*die Beschleunigungsprinzip*) o de *celeridad del procedimiento* es otro de los principios procedimentales que conforman la sucesión temporal de los actos procesales. Presenta, en la actualidad, el referido principio tres importantes manifestaciones: a) desde el punto de vista de la *legalidad ordinaria* la celeridad del procedimiento ha de obtenerse mediante la adecuada combinación de los principios de preclusión, eventualidad y concentración del procedimiento; b) desde el de la *legislación constitucional* constituye un auténtico derecho fundamental el que todo ciudadano tiene "a un proceso sin dilaciones indebidas" (art. 24.2º) y c) desde el de la *política legislativa*, al haberse convertido el principio de "celeridad", junto con el de "eficacia", en uno de los postulados de la justicia social contemporánea, ha de informar las sucesivas reformas legislativas.

Desde una perspectiva constitucional el principio de celeridad se manifiesta también como un auténtico derecho fundamental, que a todo ciudadano asiste, aun proceso "sin dilaciones indebidas" o a que su causa "sea dentro de un plazo razonable" (art. 6.1º del Convenio Europeo De Derechos Humanos).

Se trata de un derecho subjetivo constitucional, que asiste a todos los sujetos que hayan sido parte en un procedimiento penal, de carácter autónomo, aunque instrumental del derecho a la tutela, y que se dirige frente a los órganos del Poder Judicial (aún cuando en su ejercicio han de estar comprometidos todos los demás Poderes del Estado), 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.

Por derecho a un proceso "sin dilaciones indebidas"¹⁵⁵ no cabe entender concepto diferente al de que la causa sea oída "dentro de un plazo razonable" del art. 6.1 Convenio Europeo De Derechos Humanos.

4. LAS GARANTÍAS MÍNIMAS DEL PROCESO PENAL EN EL CONTEXTO DEL DERECHO INTERNACIONAL.

Sin duda que el proceso penal tiene un alto contenido constitucional, pues regula en esencia, el conflicto entre el poder estatal sancionador (*o ius puniendi*) y los derechos fundamentales de las personas (la libertad personal, principalmente), lo que a su vez puede generar un conflicto que trasciende a veces la naturalidad de los jueces competentes en su competencia ordinaria (doble instancia), e incluso, la competencia de sus territorios nacionales, generando la competencia del Tribunal Constitucional, en el primer caso, o la competencia de la Corte internacional de Derechos Humanos. En nuestro país han existido varios casos famosos¹⁵⁶.

Cada Estado Democrático se encuentra sometido a la observancia de un conjunto de reglas mínimas que deben de observar para el ejercicio de su ius puniendi, y ello constituye en realidad, un verdadero concepto normativo de un debido proceso penal, en el que tanto el legislador nacional pero fundamentalmente el juez penal, deben de observar.

El significado material y constitucional de un proceso penal, frente a los vacíos

¹⁵⁵ Desde una interpretación gramatical del art. 24.2º claramente se deduce que dos han de ser los requisitos genéricos que han de estimarse vulnerados: en primer lugar, habrá de existir una dilación y, en segundo, dicha dilación habrá de ser indebida. **Dilación:** Por dilación no se puede entender otra cosa que el incumplimiento de los plazos y términos preestablecidos (en contra, a TC 459/1984, de 18 de julio). Ciertamente el art. 24.2º "no ha constitucionalizado el derecho a los plazos" (s. TC 5/1985, de 23 de enero; 133/1988, de 4 de julio), ni, por tanto, su incumplimiento puede generar, por sí solo, el nacimiento de una pretensión de amparo: pero tal infracción procesal ocasiona una dilación que, de conformidad con el principio de impulso de oficio, habrá de ser vigilada y subsanada por el órgano jurisdiccional. **b) Indebida:** Sin embargo, a los efectos del art. 24.2º, lo decisivo que la referida dilación merezca la calificación de indebida. Para la integración de este "estándar" jurídico se hace obligado, tal y como ya se ha señalado, acudir a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, conforma a la cual "el tribunal he de tener en cuenta la complejidad del asunto, el comportamiento de los demandantes y el de las autoridades judiciales" (ss. ETD caso Konig, s. 10 de marzo de 1980, FJ, B. 99, Eckle, s. 15 de julio de 1982, FJ II, B. 80, Fotti, s. 10 de diciembre de 1982, FJ II. A. 2.56, Corigliano, s. 10 de diciembre de 1982, FJ II. A. 2.37, Zimmermann-Steiner, s. 13 de julio 1983 FJ I. 24, Lechner y Hess. S. 23 de abril, 1987, Capuano, s. 25 de junio, 1987, Baggetta, 25 de junio de 1987, Milasi, 25 de junio de 1987, Sanders, 7 de julio de 1989). Para que pueda prosperar el ejercicio de este derecho fundamental se requiere, pues, en primer lugar, que la complejidad del asunto no justifique un tratamiento más dilatado en el tiempo del objeto procesal. Si se tratara del enjuiciamiento de delitos económicos, que requieren prolijos informes periciales o la previa resolución de cuestiones prejudiciales, lógicamente la práctica de todas estas diligencias puede justificar una mayor dilación de la fase instructora. Tampoco pueden, en segundo lugar, merecer el calificativo de "indebidas" las dilaciones que obedezcan única y exclusivamente a la dolosa conducta de la parte recurrente en amparo, quien, mediante el planteamiento de improcedentes cuestiones incidentales, de recursos abusivos o provocando injustificadas suspensiones del juicio oral (v. Gr, el asunto Pérez-Mahía, recurrente ante la Comisión Europea, quien cortándose las venas en pleno juicio oral originó no pocas suspensiones, por lo que su asunto fue desestimado por la D. 11.022/84), ocasiona el retraso anormal en la tramitación del procedimiento (vide: asunto Bucholz, s. ETD 6 de mayo 1981, Pretto, s. 8 de diciembre de 1983). Finalmente, también se hace necesario que la dilación obedezca a la mera inactividad, dolosa, negligente o fortuita del órgano jurisdiccional, sin que pueda constituir causa de justificación alguna la sobrecarga de trabajo del órgano jurisdiccional (vide el voto reservado de TOMAS Y VALIENTE a la s. TC 5/1985, de 23 de enero), ya que, admitir lo contrario, significaría "dejar vacío de contenido esencial al referido derecho fundamental". En tal sentido, una avalancha de procedimientos que pueda sorpresivamente sobrecargar la actividad de un órgano podría justificar a la "alta parte contratante" ante el Tribunal Europeo; lo que no puede suceder es que lo "normal" sea el funcionamiento "anormal" de la justicia, pues los Estados han de procurar los medios necesarios a sus tribunales a fin de que los procesos transcurran en un "plazo razonable" (ss. ETD Bucholz cit., Eckle, s. 15 de Julio 1982, FJ 85 y 92, Zimmermann-Steiner, s. 13 de julio de 1983, DCE 7984/77, 11 de julio, FJ 3.d, STc. 223/1988, de 24 de diciembre y 37/1991, de 14 de febrero).

¹⁵⁶ Los casos de violación al debido proceso, son los casos de Lori Berenson, condenada por Terrorismo por la justicia militar; el caso Alan García, entre otros, en la que la Justicia Internacional en Materia de Derechos Humanos se ha pronunciado, obligando a la justicia ordinaria a acatar sus fallos. Recientemente, el Tribunal Constitucional peruano en discutida sentencia ha declarado fundado el hábeas corpus interpuesto por el procesado Luis Bedoya de Vivanco, en el marco de un proceso de corrupción que se le sigue. En esta sentencia, con razón creemos, que el Tribunal se pronuncia sobre un mandato de detención dictado sin la debida fundamentación.

legales o errados criterios de interpretación, encuentran por lo general acogido en la jurisdicción internacional, de ahí que resulta importante tener en cuenta, el marco de vigencia de las reglas mínimas de un proceso penal según la luz de los instrumentos internacionales de derechos humanos, los que en defecto de la legislación y justicia interna, son los verdaderos referentes de la justicia penal actual.

Existen 2 importantes instrumentos internacionales, que para el Perú constituyen verdaderas normas vinculantes, pues vinculan al Estado en su deber de resguardar los derechos humanos, ellas son El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José). Cada uno de estos instrumentos poseen las reglas mínimas que cada Estado debe observar para preservar los derechos fundamentales en el marco de la función jurisdiccional en lo penal.

A) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Este instrumento fue adaptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, y fue aprobado por el Perú mediante el Decreto Ley N° 22128 del 28 de marzo de 1978, y posteriormente ratificado por la XVI Disposición final y transitoria de la Constitución de 1979.

En su artículo 9 prevé que ***“todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la Ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.”*** A consecuencia de ello, el Pacto regula aquí, tal vez lo más importante y acuciante del proceso penal, la libertad del imputado en el proceso penal.

Así tenemos por ejemplo, que toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella. Respecto a la detención judicial introduce el principio de la excepcionalidad de la detención, también el derecho al recurso y a un juicio breve. Al decir del Pacto, La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no deben ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia de acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso para la ejecución del fallo.

En el artículo 10 se establecen las garantías que tiene toda persona que ha sido detenida, como a ser tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, a la separación entre procesados y condenados, de menores de adultos.

En el artículo 14, se condensa la mayoría de principios que rigen al proceso penal ¹⁵⁷, los cuales deben ser respetados mínimamente para los efectos de legitimar la imposición de una pena, por cualquier Estado que es parte y firmante de este Tratado: como el principio de igualdad, derecho de defensa, derecho al juez natural, independiente e imparcial, principio de publicidad, principio de presunción de inocencia, entre otras.

B) La Convención Americana Sobre Derechos Humanos.

Este Instrumento fue suscrito en San José de Costa Rica el 22 de Noviembre de

1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, y fue aprobada en el Perú mediante Decreto Ley N° 22231 del 11 de julio de 1978, y posteriormente ratificada por la XVI Disposición final y Transitoria de la Constitución de 1979. Al igual que en el caso anterior, lo primero que se regula es la libertad de la persona humana frente a la acusación de un delito, o más bien, la libertad del imputado durante el proceso penal. Así, en el artículo 5 se regula el Derecho a la Integridad Personal, al establecer que “toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”, y que, “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”. Por su parte en el art. 7 se regula el derecho a la Libertad Personal:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal.

¹⁵⁷ “ *Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, especialmente por la Ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. 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 elija 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; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.* Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la Ley. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: 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. A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección. A ser juzgado sin dilaciones indebidas. A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por su defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo. A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo. A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal; A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley. Cuando una sentencia condenatoria haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido. 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. **Artículo 15** Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.

2 Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Públicas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.

5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

Por su parte, recién a partir del Artículo 8 se regulan las Garantías Judiciales ¹⁵⁸ ,

¹⁵⁸ "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas. Derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal. Comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada. Concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; Derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor. Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley: Derecho de defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos. Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y, Derecho a recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia. **Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad** Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello. **Artículo 10. Derecho de Indemnización** Toda persona tiene derecho a ser indemnizada a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial".

como el principio de defensa, el derecho a un juicio sin dilaciones indebidas, el derecho a un juez natural, independiente e imparcial, principio de inocencia, etc.

De tal modo que, el concepto de proceso penal y los derechos fundamentales en él en juego, vienen al final completados y valorados por estas normas que forman parte de una jurisdicción internacional, y que según nuestro sistema legal, también son de aplicación directa al igual que las normas constitucionales ya mencionadas, y que en todo caso, sino son garantizados al nivel de la jurisdicción interna, lo serán en el ámbito de la jurisdicción supranacional, pero en ningún momento quedarán desprotegidos.

Pero tal vez, el instrumento internacional de referencia más importante, que establece las reglas mínimas para los procesos penales de todo el mundo, estén contenidas en las "Reglas de Mayorca"¹⁵⁹, que para mayor fidelidad, lo transcribimos in extenso:

PROYECTO DE REGLAS MÍNIMAS DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL PROCEDIMIENTO PENAL

A. Principios generales del proceso.

1^a.- 1) La persecución del delito, de acuerdo con la Ley, es competencia exclusiva del Estado.

2) Las legislaciones nacionales reglamentarán en que medida la persecución penal podrá depender de iniciativa privada y cuándo se otorgarán funciones de acusación a los particulares. En este último caso, el Estado pondrá a disposición, por lo menos de la víctima, los medios necesarios para el ejercicio de este derecho.

3) Cuando la función acusadora incumba a los órganos estatales, se establecerán mecanismos de control judicial para el supuesto de omisión o denegación del ejercicio de la acción penal por aquellos.

2^a.- 1) Las funciones investigadora y de persecución estarán estrictamente separadas de la función juzgadora.

2) La policía y los funcionarios que actúen en tareas de investigación es un procedimiento penal deberán depender funcionalmente del Ministerio Fiscal o de los Jueces y Tribunales.

3^a.- Cuando los fiscales estén investidos de facultades discrecionales, se establecerán, en la Ley o reglamento publicado, directivas para promover la equidad y coherencia de los criterios que adopten para acusar, ejercer la acción penal o renunciar al enjuiciamiento.

4^a.- 1) El enjuiciamiento y fallo, en materia penal, estarán siempre a cargo de Jueces independientes sometidos únicamente a la Ley.

2) Los Tribunales deberán ser imparciales. Las legislaciones nacionales establecerán las causas de abstención y recusación. Especialmente, no podrá formar parte del Tribunal

¹⁵⁹ Las Reglas Mínimas del Proceso Penal, también conocido como "Reglas de Mallorca", es un documento redactado con la participación de numerosos expertos, donde destaca nuestro compatriota José Hurtado Pozo, que al ser aprobado por las Naciones Unidas, se ha convertido en una importante fuente interpretativa de las garantías mínimas del procedimiento penal.

quien haya intervenido anteriormente, de cualquier modo, o en otra función o en otra instancia en la misma causa. Tampoco podrán hacerlo quienes hayan participado en una decisión posteriormente anulada por un Tribunal superior.

3) Toda persona tendrá derecho a ser juzgada por los Tribunales de Justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legales establecidos.

4) El juzgamiento en caso de delitos graves, deberá ser competencia de Tribunales colegiados. Los delitos leves o faltas, podrán ser juzgados por Tribunales unipersonales.

B. Principios De realización del proceso.

5^a.- Los poderes públicos deberán, en materia penal, colaborar con la autoridad judicial y procurarle la información que ésta les solicite.

6^a.- Todo proceso penal se desarrollará sin dilaciones indebidas. Los Estados deberán establecer esta obligación en sus legislaciones.

C. Derechos del imputador

7^a.- Las decisiones que afecten a derechos personales o procesales del imputado no podrán ser adoptados sin audiencia previa de éste. Cuando la decisión haya afectado a alguno de estos derechos, el Juez o Tribunal que la adoptó, deberá oírle en el plazo más breve posible para modificarla, su hubiere lugar a ello.

8^a.- 1) La persona sobre la que pese sospecha de parte de los órganos de persecución, no podrá ser interrogada sin ser advertida, previamente, que tiene el derecho a contar con la asistencia de un abogado y a guardar silencio o a abstenerse de declarar contra si misma.

2) Asimismo, tendrá derecho a contar con un intérprete gratuito en todas las fases del procedimiento.

9.^a- 1) El imputado tiene el derecho irrenunciable a declarar libremente o a guardar silencio sobre los hechos que se le atribuyan. No podrá ser constreñido o inducido a confesar mediante violencia, amenazas, engaño, recompensa u otro medio de efecto semejante.

2) Las legislaciones nacionales deberán prever sanciones penales y disciplinarias contra los funcionarios que quebranten la regla anterior.

10.^a.- Las pruebas obtenidas mediante la trasgresión de los derechos consagrados en las reglas 8.^a y 9.^a no podrán ser utilizadas en el proceso.

11.^a.- 1) Sin perjuicio de su derecho a defenderse a si mismo, el imputado, en todas las fases del procedimiento, y el condenado durante la ejecución de la condena tienen el derecho a contar con un abogado de su libre elección. Igualmente, el imputado carente de medios tiene derecho a contar con la asistencia de un abogado.

2) En aquellos procedimientos en los cuales las consecuencias jurídicas puedan consistir, directa o indirectamente, en la privación de libertad, la intervención de abogado será siempre necesaria.

D. Derecho de la defensa

12.- 1) El abogado defensor podrá asesorar al imputado en todas las fases del

procedimiento.

2) Ningún interrogatorio del imputado podrá ser tomado en consideración cuando su abogado defensor no haya podido asesorarle sobre si le conviene o no declarar, o advertirle sobre el significado inculpatario de sus manifestaciones.

3) Sólo por decisión judicial debidamente motivada y por un tiempo determinado, se podrá limitar el derecho del imputado a comunicarse con su abogado. Esta decisión debe ser fundada en la Ley y basada en especiales circunstancias de concreto peligro para la seguridad de las personas que provenga de la vinculación del imputado con una organización delictiva violenta.

4) Se garantiza el secreto de las comunicaciones entre el imputado y su abogado en el marco de la relación profesional.

5) Las pruebas obtenidas mediante violación del derecho a la defensa son nulas y, en consecuencia, no podrán ser utilizadas como tales en el proceso.

13.^a.- El defensor tiene derecho a participar en los actos de investigación en los que se requiera la presencia del imputado. Igualmente podrá aportar pruebas e intervenir en la práctica de las mismas, por sí, o, en el caso de pruebas periciales, a través de un experto. Contra la denegación de la práctica de una prueba, la defensa tiene derecho de recurrir.

14.^a.- 1) El defensor estará autorizado a tomar conocimiento de las actas, documentos y demás medios de prueba de los que disponga el tribunal o de los que éste pudiera llegar a disponer.

2) Antes de formalizada la acusación, el conocimiento de las actas, documentos y demás medios de prueba podrá ser denegados, cuando con ello se pongan en peligro los fines de la investigación.

15.^a.- Los Estados garantizarán a los abogados el ejercicio libre e independiente de su actividad profesional en relación con la defensa de los derechos del imputado.

E. Medios coercitivos

16.^a.- Las medidas limitativas de derechos tiene por objeto asegurar los fines del procedimiento y estarán destinadas, en particular, a garantizar la presencia del imputado y la adquisición y conservación de las pruebas.

17.^a.- En relación con la adopción de las medidas limitativas de derechos, regirá el principio de proporcionalidad, considerando, en especial, la gravedad del hecho imputado, la sanción penal que pudiera corresponder y las consecuencias del medio coercitivo adoptado.

18.^a.- 1) Sólo una autoridad judicial ajena a la investigación podrá dictar medidas procesales que impliquen una limitación de los derechos de la persona. Por el contrario, si las resoluciones mencionadas son adoptadas por la misma autoridad judicial que tenga a su cargo la investigación se preverá un recurso de rápida tramitación ante un Tribunal superior. Esta regla deberá tener especial aplicación en relación con la prisión preventiva.

2) Las medidas tomadas por el Ministerio Público y por la Policía que impliquen directamente limitaciones de los Derechos Fundamentales de la Persona deberán ser

autorizadas judicialmente a instancias del referido Ministerio Público.

3) Sólo por razones de urgencia, expresamente previstas en la Ley, el Ministerio público o la Policía podrán adoptar tales medidas y en este caso deberán ser homologadas judicialmente en el plazo más breve posible.

19.^a.- 1) La detención de una persona sólo se podrá decretar cuando existan fundadas sospechas de su participación en un delito.

2) Todo detenido deberá ser presentado, con la mayor brevedad ante la autoridad judicial y ésta, después de oírle, resolverá inmediatamente respecto de su libertad. Los Estados fijarán en sus legislaciones nacionales un límite de duración de la detención que nunca excederá de 72 horas.

3) Todo detenido tiene derecho a comunicarse, lo antes posible, con un abogado de su elección. En cualquier caso, su detención deberá ser comunicada a su familia o a las personas de su confianza por él designadas.

4) El detenido podrá obtener, mediante el procedimiento de habeas corpus u otra análoga significación, la inmediata puesta a disposición de la autoridad judicial competente. Igualmente podrá instarlo un tercero a favor del detenido.

20.^a.- 1) La prisión preventiva no tendrá carácter anticipada y podrá ser acordada únicamente como "última ratio". Sólo podrá ser decretada cuando se compruebe peligro concreto de fuga del imputado o de destrucción, desaparición o alteración de las pruebas.

2) Sólo se podrá ordenar la prisión preventiva cuando la pena que posiblemente se pueda imponer sea privativa de libertad y superior a dos años. Contra ésta decisión cabrá un recurso ante un Tribunal superior. En todo caso, los ordenamientos de los Estados establecerán los límites máximos de duración de la prisión preventiva.

3) El sometido a prisión preventiva podrá comunicar con su abogado siempre que lo estime necesario.

4) Los presos preventivos estarán separados de los condenados.

21.^a.- Ningún detenido o preso podrá ser objeto de tratos crueles, inhumanos o degradantes.

22.^a.- 1) Si se advirtiesen en el imputado indicios de enajenación mental y el delito fuese de los que dan lugar a la prisión preventiva, el juez podrá ordenar, previo informe de especialista, su internamiento en un centro psiquiátrico, si fuera imprescindible, y por un lapso no mayor de seis semanas, con la finalidad de determinar su estado mental.

2) En los demás casos, no cabe el internamiento a no ser que el mismo imputado, con capacidad para hacerlo, consintiese o los familiares lo autorizasen.

23.^a.-1) Toda intervención corporal estará prohibida salvo que se cuenta con el consentimiento del afectado. Sin embargo, y sólo cuando no exista medio para descubrir el presunto delito, la autoridad judicial podrá acordarla, atendida la gravedad del mismo y la falta de peligro para la salud del afectado.

2) La intervención corporal deberá ser siempre practicada por un profesional de la medicina de acuerdo con la "lex artis" y con el máximo respeto a la dignidad e intimidad

de la persona.

24.^a.- La entrada y registro en lugar cerrado requiere siempre de autorización judicial conforme a la ley y debidamente motivada, en el marco de las reglas 16.^a 17.^a, salvo en los casos de delitos flagrantes graves.

25.^a.- 1) El imputado tiene derecho a un juicio oral.

2) Los debates serán públicos, salvo las excepciones reconocidas en los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos.

26.^a.- El juicio oral no se celebrará contra un acusado ausente involuntariamente. Si se tratara de un delito grave, la presencia del mismo será imprescindible.

27.^a.- En el juicio oral se practicarán con plenitud todas las pruebas tendentes a acreditar los hechos imputados y también las que contribuyan a demostrar la inocencia del acusado.

28.^a.- La totalidad de dicho juicio se deberá celebrar necesariamente ante los mismos miembros del Tribunal sentenciador.

29.^a.- 1) Todas las pruebas habrán de ser practicadas ante el Tribunal sentenciador.

2) Si la comprobación de un hecho se basa en la percepción de una persona, deberá ésta ser interrogada en el juicio oral. Este interrogatorio no puede ser reemplazado por la lectura de un documento o declaración anteriormente escrita. Las leyes nacionales establecerán las excepciones a este principio por razón de imposibilidad o grave dificultad de la reproducción de esta prueba. En estos casos, se podrán utilizar en el juicio oral las declaraciones practicadas con anterioridad, siempre que hubiesen tenido lugar con intervención del defensor y se garantice a las otras partes la oportunidad de oponerse a la prueba aportada (principio de contradicción).

3) El acusado y su defensor tienen derecho a interrogar a los testigos.

30.^a.- La prueba pericial deberá ser practicada por expertos imparciales, objetivos e independientes.

31.^a.- 1) El abogado defensor formulara su alegato final después de la acusación.

2) El acusado tendrá derecho a la última palabra.

32.^a.- El acusado tiene derecho a la presunción de inocencia.

33.^a.- 1) Los jueces valorarán libremente la prueba, con arreglo a la lógica y a la experiencia. En los casos de incertidumbre el juez aplicará el principio "in dubio pro reo".

2) No se tomarán en cuenta las pruebas obtenidas ilícitamente de manera directa o indirecta, que quebrantes derechos fundamentales. La vulneración de esta prohibición acarreará la nulidad del pleno derecho de las resoluciones judiciales que la utilicen.

3) En el ejercicio de la libertad de apreciación de la prueba, los jueces en los supuestos de testigos de referencia, declaración de arrepentidos y situaciones análogas, tendrán en cuenta que sólo con otras pruebas corroboradoras de tales testimonios podrá distarse sentencia condenatoria.

34.^a.- La sentencia penal deberá ser motivada, con indicación expresa de las

pruebas que la fundamenten y de las normas jurídicas aplicadas. Asimismo, la sentencia será redactada de manera comprensible para los que interviene en el proceso.

F. Recursos.

35.^a.- Todo condenado tiene derecho a recurrir la sentencia ante un Tribunal superior.

36.^a.- El ejercicio del derecho a recurrir ante un Tribunal superior debe excluir la posibilidad de que el recurrente sufra, como consecuencia de dicho ejercicio, un perjuicio en su situación.

37.^a.- Durante la instrucción o procedimiento judicial previo se deberán establecer contra todas las medidas judiciales que afecten los derechos a la libertad, propiedad e intimidad. La desestimación de estos recursos nos excluirá el derecho a reiterarlos periódicamente mientras subsistan las aludidas restricciones de derechos.

38.^a.- Podrán ser impugnadas las sentencias firmes condenatorias fundadas en un error debido al desconocimiento de hechos que prueben la inocencia del condenado.

39.^a.- Los Estados procurarán establecer sistemas jurídicos de reparación en los supuestos de error judicial y mal funcionamiento de la Administración de Justicia.

G. La víctima.

40.^a.- Durante todo el procedimiento se debe procurar a la víctima y a los perjudicados por el delito la ayuda necesaria.^{41.}^a.- Los Estados deberán adoptar la medidas necesarias para garantizar un trato humano y digno a las víctimas y perjudicados por el delito.

42.^a.- Las víctimas y los perjudicados por el delito tendrán derecho a ser oídos y a ser asistidos por abogado, el que, en casos graves, podrá ser designado de oficio.

43.^a.- Se recomienda a los Estados la creación de fondos para la reparación a las víctimas o a los perjudicados por el delito. Asimismo, la adopción de medidas que permitan una mejor defensa de los derechos de las víctimas y de los perjudicados en el procedimiento penal.

H. Sugerencia a los Estados.

44.^a.- Los Estados deberán posibilitar el acceso a los Tribunales internacionales que garanticen la legitimidad de las sentencias dictadas y el respeto a los Derechos Fundamentales del ciudadano.^{45.}^a.- Los Estados deberán promover la creación de un Tribunal internacional que tutele los derechos proclamados en las presentes reglas mínimas y comprometerse a cumplir las decisiones del mismo o de otros Tribunales internacionales ya existentes.

46.^a.- Los Estados deberán velar para que la Administración de Justicia cuente con profesionales debidamente preparados.

CAPÍTULO IV: EVALUACIÓN SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL PROCESO PENAL ORDINARIO.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

El proceso penal ordinario, regulado por el Código de Procedimientos Penales de 1940, fue el proceso penal rector aplicable a todos los delitos contenidos en el Código Penal de 1924, estuvo compuesto por 2 etapas procesales: la instrucción y el juicio oral, sin embargo, con los cambios lógicamente ocurridos en más de medio siglo de vigencia, actualmente no podemos afirmar que el proceso penal siga siendo el proceso rector en el Perú, y que siga compuesto por 2 etapas. Sin duda, que a la fecha, se han introducido importantes reformas, pero a pesar de ello, la influencia del sistema inquisitivo sigue siendo fuerte, y en algunos casos, tiende a desnaturalizar la garantía del debido proceso.

Consiguientemente, interesa evaluar si el proceso penal ordinario peruano vigente, es compatible con los principios constitucionales que rigen el proceso penal. Para ello, vamos a dividir el estudio del proceso penal ordinario en 5 fases procesales claramente identificadas, para que de esa manera podamos identificar los puntos de contacto entre el

proceso penal y la norma constitucional. Estas fases son: la investigación preliminar, la instrucción judicial, la fase intermedia, el juicio oral, y la fase impugnativa.

2. LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN DEL DELITO.

La investigación del delito es un presupuesto ineludible del juicio penal, pues ella contribuye, mediante los actos de investigación, a reunir los elementos probatorios que puedan fundar y cimentar la acusación fiscal, y con ello dar lugar al Juicio penal. Dicha investigación es un momento procesal único, que por mandato del art. 159° de la Constitución, le corresponde al Ministerio Público.

Efectivamente, el inciso 4° del referido artículo señala que le corresponde al Ministerio Público “Conducir desde el inicio la investigación del delito”; y, seguidamente el inciso 5° agrega de manera enfática, que le corresponde al Ministerio Público “ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte”. Al decir del profesor ORE GUARDIA, “todas estas facultades garantizan el cumplimiento de la función persecutoria del Estado, la cual consiste en buscar, analizar y presentar las pruebas que acrediten responsabilidad o irresponsabilidad de los imputados...”¹⁶⁰.

Sin embargo, según nuestra legislación procesa penal vigente, la fase de investigación del delito atraviesa por 2 momentos: la investigación preliminar y la instrucción judicial, la primera bajo la dirección del Ministerio Público, y la segunda, bajo la dirección del Juez Penal. En la primera no hay problema, pues es el MP quien dirige dicha investigación preliminar, lo cual es acorde con la Constitución. En cambio, en la fase de instrucción judicial, quien lo dirige es el Juez Penal, conforme lo dispone el art. 49 del Código de Procedimientos Penales, de lo que se desprende un primer conflicto entre la norma procesal y la Constitución vigente, pues la potestad de investigar el delito, según la Carta Fundamental, le está confiada al Ministerio Público, y no al Juez Penal.

Además, dicha contradicción genera dentro del diseño constitucional del proceso penal, la violación del principio acusatorio, y por ende del debido proceso penal. Recordemos que según la doctrina procesal, el ejercicio de la acción penal es el conjunto de actos procesales que realiza el MP con la finalidad de ejercer la función de persecución penal. Comprende la investigación del delito, la formalización de la denuncia, la acusación, y la defensa de la acusación en juicio. Sin embargo, la función investigadora, que es expresión de la titularidad del ejercicio de la acción penal, le es mutilada al Fiscal, durante la instrucción judicial, en donde es el Juez el director de la prueba y de la investigación del delito, surgiendo así una grave violación constitucional, pues hasta donde se conoce, el Juez Penal no debe ni puede sustituir al Fiscal, en el ejercicio de la acción penal. Y es justamente, eso lo que sucede en nuestro vigente proceso penal durante la fase de instrucción judicial.

De otro lado, como es sabido, la investigación del delito se inicia por lo general, a

¹⁶⁰ ORE GUARDIA,...Ob.cit. pág. 254

partir de la denuncia o noticia del delito. La denuncia puede ser, denuncia de parte cuando la denuncia lo realiza el propio agraviado, su apoderado o representante legal; denuncia por acción popular, cuando la denuncia la practica una persona que no es agraviada, pero como el delito es de ejercicio público se admite la denuncia por cualquier ciudadano. Otra forma de tomar conocimiento del delito es mediante la actuación de oficio del MP o de la PNP. A continuación vamos a identificar los momentos procesales en los que se vulnera la Constitución, durante la fase de investigación del delito, que como ya se indicó, atraviesa por 2 momentos: la investigación preliminar y la instrucción judicial.

2.1. La investigación preliminar.

La regla es que el MP al tomar conocimiento del delito defina si realiza o no la investigación preliminar. Efectivamente, planteada la denuncia de parte o conocido de oficio el delito, el Fiscal debe decidir si apertura una investigación preliminar, formaliza o archiva la denuncia. Si la denuncia reúne todos los requisitos para promover la acción penal (que el hecho constituya delito, el autor este individualizado, la acción no esté prescrita), formaliza la denuncia. En cambio, si la denuncia no reúne dichos requisitos, el MP tendrá la necesidad de aperturar una investigación preliminar o archivarla definitivamente. La investigación preliminar es aquella investigación pre jurisdiccional que realiza el MP con apoyo de la PNP, pero siempre bajo la dirección del MP, cuando es necesario reunir los requisitos para promover la acción penal. Estos requisitos son que el hecho constituya delito, se individualice al autor, la acción no esté prescrita, y en algunos casos, se cumpla con el requisito de procedibilidad.

La investigación preliminar tiene 2 fines: un fin individualizador y un fin probatorio. El primero está dirigido a determinar e identificar a la persona contra quien se ejercerá la acción penal. El segundo está dirigido a obtener la prueba mínima para ejercer la acción penal.

Hay que tener presente que por mandato constitucional, el MP es el director de la investigación del delito (fase preliminar), y como tal le corresponde realizar dicha investigación por si mismo, o si considera pertinente delegarla a la PNP. La idea es que con la intervención del MP se pueda garantizar el respeto de los derechos fundamentales.

Durante la investigación preliminar, la participación de la PNP es decisiva en la investigación de los delitos, pues aporta el llamado principio a la primera intervención, que consiste en que es el primer funcionario penal que llega a la escena del delito, e incluso puede practicar intervenciones y detener en flagrancia. De esa manera se logra asegurar las evidencias que deja el delito, útiles para su esclarecimiento. El otro aporte fundamental lo proporciona su División de Criminalística, con la investigación científica del delito. Cuando la PNP requiera realizar una actuación probatoria importante, tiene que contar con la participación del MP, a fin de darle valor probatorio.

Cuando la investigación preliminar ha sido delegada a la PNP, al concluir dicha investigación, realizará un informe policial que puede tomar el nombre de Atestado Policial cuando la PNP concluye preliminarmente que hay delito y responsabilidad penal;

y en Parte Policial, cuando la conclusión es por que no hay delito o responsabilidad penal. Ninguna de estas conclusiones vincula al MP, quien es el que al final el que lo valora.

Al concluir la fase preliminar, el MP debe tomar la decisión de archivar la denuncia o formalizarla: a) La archiva, cuando no hay lugar a promover la acción penal. Hay dos clases de archivamiento: Definitivo o Provisional. El primero puede ser por que no hay delito, la acción está prescrita o por aplicación de principio de oportunidad. Es Provisional, cuando se prueba el delito, pero aun no se ha podido individualizar al autor; b) La Formaliza, cuando el MP ha reunido los requisitos antes mencionados y emplaza con su denuncia al JP competente para que éste abra el proceso penal formal, contra la persona denunciada.

Veamos a continuación, algunos aspectos problemáticos de la actuación policial, fundamentalmente vinculada a la actuación probatoria y los derechos fundamentales de los investigados.

A. La Prueba en el ámbito policial.

Sabido es al nivel de la doctrina y la jurisprudencia comparada, que los atestados de la policía tienen el genérico valor de “denuncia”, por lo que, en sí mismos, no son medios, sino objeto de prueba. Por esta razón, los hechos en ellos afirmados han de ser introducidos en el juicio oral a través de auténticos medios probatorios, como lo es la declaración testifical del funcionario de policía que intervino en el atestado, medio probatorio este último a través del cual se ha de introducir necesariamente la declaración policial del detenido, pues nadie puede ser condenado con su solo dicho en el ámbito policial. A la Policía judicial, más que realizar actos de prueba, lo que en realidad le compete es la “averiguación del delito y descubrimiento del delincuente”, esto es, la realización de los actos de investigación pertinentes para acreditar el hecho punible y su autoría (fin probatorio e individualizador).

Esta facultad de investigación se desprende claramente del art. 166° de la Constitución, pues allí se le atribuye la potestad de “prevenir, investigar y combatir la delincuencia”.

Sin embargo, junto a esta facultad investigadora también se le faculta excepcionalmente, y sin que ello contradiga lo dispuesto en la Constitución (art. 166°), a asumir una *función aseguradora* del cuerpo del delito, así como a acreditar su preexistencia mediante los pertinentes actos de constancia (las actas policiales de incautación, inmovilización, de intervención, etc.).

La doctrina al igual que la jurisprudencia constitucional admiten, que tales actos de constancia tienen el valor de prueba preconstituida al igual que a todas aquellas diligencias que, como las fotografías, croquis, resultados de las pruebas alcoholométricas, etc., se limiten a reflejar fielmente determinados datos o elementos fácticos de la realidad externa que tienen que ser asegurados urgentemente en el momento de la intervención policial, caso contrario, dicha evidencia corre el riesgo de que se pierda, y el delito no pueda ser probado y su autor quede impune.

En resumen, la Policía generalmente realiza actos de investigación, y

excepcionalmente actos de prueba, que reciben el nombre de prueba preconstituida, la misma que tendrá eficacia, siempre que sea urgente y necesaria¹⁶¹, o que no pueda ser asegurada por el Juez a través de la prueba anticipada.

Así, por ejemplo, no pueden constituir prueba preconstituida: el Reconocimiento fotográfico policial, por parte de la víctima o testigo; la Declaración testifical víctima en atestado; el Reconocimiento fotográfico policial y declaración sumarial de la víctima; el Reconocimiento policial en rueda y declaración sumarial testigo; la Declaración sumarial de coimputado; la Declaración testifical sumarial e inspección ocular sin contradicción; la Inspección ocular por la policía: no es prueba; Reconocimientos policiales fotográficos: válidos como prueba si posteriormente se convalidan mediante reconocimiento judicial «en rueda»; no es prueba la de los «confidentes policiales»¹⁶², etc.

En nuestro país no está adecuadamente legislado, y tampoco delineado jurisprudencialmente, y mucho menos difundido, los criterios por los cuales la Policía debe realizar los actos de investigación, y, de otro lado, los actos de aseguramiento probatorio (prueba de urgencia). En la praxis, los jueces otorgan de la manera más diversa, valor a los medios de investigación que a los actos de prueba, razón por la cual, se puede seguir afirmando que en el Perú, se sigue condenando a las personas por el

¹⁶¹ Requisitos de la prueba de urgencia, según la jurisprudencia española: a) Material: que verse sobre hechos que, por su fugacidad, no puedan ser reproducidos el día de la celebración del juicio oral (SSTC 137/1988, 154/1990, 41/1991, 303/1993, 323/1993, 79/1994, 36/1995 y 51/1995). b) Subjetivo: que sean intervenidas por la única autoridad dotada de la suficiente independencia para generar actos de prueba, cual es el Juez de instrucción (STC 303/1992). Todo ello sin perjuicio de que, por especiales razones de urgencia, también esté habilitada la policía judicial para efectuar determinadas diligencias de constancia y a recoger y custodiar los elementos del cuerpo del delito (SSTC 107/1983, 201/1989, 138/1992 y 303/1993, entre otras). c) Objetivo: cual es la necesidad de que se garantice la contradicción, por lo cual, siempre que sea factible, se le ha de permitir a la defensa la posibilidad de comparecer en la ejecución de dicha prueba sumarial, a fin de que pueda interrogar al testigo o preguntar al perito infungible (STC 303/1993). d) Formal: como lo es la exigencia, de un lado, de que el régimen de ejecución de la prueba sumarial sea el mismo que el del juicio oral, esto es, el de la cross examination, (diferenciándose de este modo de los correlativos actos de investigación en los que las preguntas de las partes han de formularse a través del Juez de instrucción), así como, de otro, que su objeto sea introducido en dicho juicio público mediante la "lectura de documentos", la cual ha de posibilitar someter su contenido a confrontación con las demás declaraciones de los intervinientes en el juicio oral (SSTC 25/1988, 60/1988, 51/1990, 140/1991 y la última STC 200/1996, fundamento jurídico 2.º).

¹⁶² En definitiva la utilización como prueba de cargo de testimonios de confidentes anónimos, que no pueden ser interrogados por el acusado, ni siquiera cuestionados en su imparcialidad por desconocer su identidad, aparece proscrita en nuestro Ordenamiento en todo caso. En primer lugar, en el plano de los derechos fundamentales reconocidos supranacionalmente, por vulnerar el art. 6.3, d) del Convenio de Roma, ratificado por España el 26 de septiembre de 1979 (BOE 10 de octubre de 1979), que garantiza expresamente el derecho del acusado a interrogar a los testigos de cargo. En segundo lugar, en el plano Constitucional, por vulnerar el derecho a un proceso con todas las garantías y sin indefensión, reconocido en el art. 24.1.º y 2.º de la Constitución Española. En tercer lugar, en el plano de la legalidad ordinaria, por desconocer lo prevenido en el art. 710 de la LECrim., conforme al cual los testigos de referencia "precisarán el origen de la noticia, designando con su nombre y apellidos, o con las señas con que fuere conocida, a la persona que se la hubiere comunicado", como ya se ha expresado. Y, por último, en el ámbito jurisprudencial, al violentar las exigencias que tanto la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 217/1989, 303/1993 o 35/1995), como la de esta Sala (STS 30 mayo 1995 o Sentencia 563/1996, de 20 septiembre, entre otras), imponen para la validez como prueba de cargo del testimonio de referencia.»

solo mérito del atestado policial ¹⁶³ .

El art. 62° del Código de Procedimientos Penales, modificado por el D.Leg. 126, señala que la "...investigación policial previa que se hubiera llevado a cabo con intervención del Ministerio Público constituye elemento probatorio que deberá ser apreciado en su oportunidad por los jueces y tribunales, conforme lo dispuesto por el art. 283° de este Código...". Respecto a esta tenemos que dejar en claro lo siguiente: aun cuando la investigación policial se realice en presencia del MP, ello no deja de referirse a los actos de investigación; y cuando menciona que "deberá" valorarse conforme el art. 283° se refiere, a la valoración que con discrecionalidad se realizará de los actos de investigación obtenidos por la Policía, durante la fase preliminar, luego de que hayan sido introducidos al juicio oral, y convertidos así en actos de prueba.

No debe entenderse literalmente la norma del art. 62°, pues se corre el riesgo de obligar a los jueces a valorar un acto de investigación y no una verdadera prueba penal. Esta norma procesal, si bien no es abiertamente inconstitucional, debe ser interpretada correctamente, o en todo caso modificada o aclarada. La presencia del MP durante la investigación policial, no sustituye la garantía del juicio oral, por lo que la prueba para ser valorada tiene que pasar por la contradicción y la oralidad, y ello como sabemos no se da durante la fase de investigación. Además, el art. 283° se refiere a la valoración de las pruebas que han sido introducidas en el Juicio oral. De tal manera que de ninguna manera puede aceptarse una interpretación literal del art. 62°, pues ello nos llevaría peligrosamente a convalidar y legitimar las sentencias condenatorias que se dictan en el proceso penal sumario.

Además, el imperativo "deberá" es contradictorio con el principio de la libre valoración, por lo que mejor sería reemplazarlo con el condicional "podrá".

B) La detención policial.

Básicamente son dos los problemas que afronta esta institución, y como quiera se refieren a dos supuestos antagónicos y difícilmente reconciliables en la práctica: la eficacia frente a la delincuencia, y las garantías personales de los investigados.

Respecto al primero, debemos decir que siempre la primera intervención policial se realiza dentro de un marco fáctico de probabilidad de delito, lo que lleva a la autoridad policial a ejercer sus facultades constitucionales de prevención y combate de la delincuencia. A ello se agrega, de existir mayor verosimilitud del evento delictivo, las facultades de investigación y detención, este último se aplica si hay flagrancia.

La ausencia de una definición legal de flagrancia, es sin duda el principal problema que existe en nuestro país, pues de un lado la Ley Orgánica de la Policía establecía supuestos que traspasaban la definición doctrinaria de flagrancia, yendo en contra de la Constitución, y de otro lado, el Código Procesal penal de 1991 definía el concepto de

¹⁶³ Una investigación realizada a nivel nacional por un equipo de expertos de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos en convenio con el Poder Judicial y la AID, llamado "Diagnóstico integral de la Justicia penal en el Perú", realizada en 1989, determinó en un universo de casos estudiados, en un 85% de procesos penales se condenaba a las personas únicamente por lo actuado policialmente, lo que al decir del referido estudio, a nivel judicial no se aportaba nada nuevo, y que era la Policía la que verdaderamente decidía el sentido de la sentencia penal.

flagrancia, pero al no estar vigente no surtía efecto vinculante a los operadores penales, generando en muchos casos, la afectación indebida de la libertad personal de los investigados policialmente.

Si acudimos a la doctrina, en ella encontramos que el concepto flagrancia puede comprender 3 supuestos: la flagrancia *stricto sensu*, la cuasi flagrancia y la presunción de flagrancia ¹⁶⁴.

Etimológicamente el término “flagrante”, proviene del latín “flage”, que significa en sentido técnico-jurídico que un delito lo sea cuando se comete públicamente y ante testigos, siendo así un delito flagrante el que encierra en sí la prueba de su realización, por lo que la flagrancia es la percepción sensorial directa del hecho delictivo. Como afirma la jurisprudencia española, “la flagrancia se ve, se observa, no se demuestra, y aparece vinculada a la prueba directa y no a la indirecta, circunstancial o indiciaria” STS 31.1.1995 (2384/1994).

Sin embargo, en nuestra legislación procesal penal, al no existir una definición legal de la flagrancia, se posibilita su práctica en muchos casos abusiva de parte de la Policía, y que tiene que ver directamente con la acción de Hábeas Corpus, pues si se ampara dicha acción contra una detención policial, ello significa que no hubo flagrancia y que la detención policial fue ilegal.

Líneas arriba habíamos mencionado que la doctrina desarrolla 3 supuestos de flagrancia, pero cuál debe ser amparada según la Constitución?

Consideramos, que en tanto la Ley no defina la flagrancia (para respetar el párrafo b del inciso 24 del art.2 de la Constitución), la interpretación válida nos debe conducir a ser entendida como un estado de flagrancia *strictu sensu*, es decir, “el momento mismo de la comisión del delito”, por que además, por ser la flagrancia un concepto que restringe el derecho fundamental de la libertad personal, su interpretación debe ser restringida y no extensiva.

El otro aspecto problemático, y que tiene que ver con la eficacia de la labor investigatoria, es el plazo de la detención policial. Para ello tenemos que acudir a los criterios de razonabilidad y necesidad a la inversa. Es decir, preguntarnos si el plazo actual de la detención para los delitos comunes razonablemente permite una investigación mínimamente eficaz o no. Si es o no necesario ampliar el plazo de la detención policial para los delitos comunes, a fin de garantizar mínimamente su eficacia. Creemos que ello merecerá, a la luz del desborde de la delincuencia organizada, una seria discusión para dar paso a una reforma constitucional en ese sentido.

2.2. La instrucción judicial.

Si el JP considera que la denuncia fiscal cumple con los requisitos que la Ley procesal

¹⁶⁴ El Proyecto de Código Procesal Penal peruano de 1997, prevé en su art. 109 inc. 8, la definición legal de flagrancia, como “...La situación en que la comisión del delito es actual y en esa circunstancia su autor es descubierto, o cuando el agente es perseguido y detenido inmediatamente después de haber cometido el hecho delictuoso, o cuando es sorprendido con objetos o huellas que revelan que acaban de ejecutarlo”

exige, dictará el auto de apertura de instrucción. Este auto es la resolución judicial por la cual se da inicio al proceso penal formal, se funda la relación jurídica procesal penal, se legitima y concreta la imputación penal. El Juez al abrir instrucción debe observar el cumplimiento de los requisitos legales que le dan legalidad al proceso, como son que el hecho constituya delito (juicio de tipicidad), el autor esté individualizado, la acción no haya prescrito, y en algunos casos que la ley lo exija, se de cumplimiento al requisito de procedibilidad. En el auto de abrir instrucción, además de la decisión de apertura, existe otra decisión muy importante para el imputado, la decisión sobre la medida coercitiva que le corresponde aplicar. Estas dos decisiones deben ser motivadas por el JP. Comprende también, otros aspectos de tipo administrativo y de organización del plan de investigación como la programación de diligencias, el tipo de procedimiento, etc..

Según el Modelo vigente (mixto-inquisitivo), el JP es el director de la etapa procesal de instrucción, y tiene por consiguiente, la responsabilidad de alcanzar los fines de esta etapa: *probar el delito y la responsabilidad del imputado*. Para ello el JP cuenta con la dirección de la actividad probatoria y la facultad de decretar medidas coercitivas en contra del imputado o terceros.

Este modelo procesal es violatorio de la Constitución en el extremo del art. 159 en el que señala que “Corresponde al Ministerio Público conducir desde su inicio la investigación del delito...y, a ejercitar la acción penal de oficio...”, lamentablemente, el juez de instrucción actualmente ejerce una facultad, que le corresponde al Ministerio Público, la función de investigación y de prueba del delito.

a) La actuación probatoria.

El Juez es el director de la prueba. La Prueba es el conjunto de medios (dato, elemento de juicio) que sirva al Juez para llegar a conocer con certeza un hecho. En el caso de la prueba penal, es el conjunto de elementos de juicio que permiten generar convicción en el Juez sobre la existencia de delito y responsabilidad penal. Dichos medios pueden ser producidos por el Juez, o los demás sujetos procesales.

La actuación probatoria está regida por principios constitucionales como son: el principio de inocencia, el in dubio pro reo, el principio de respeto a la dignidad de la persona, derecho de defensa; y por principios procesales que rigen directamente la actividad probatoria, por ejemplo: el principio de legalidad, principio de libertad probatoria.

a. Principio de inocencia: Impone la obligación de no tratar como culpable al imputado durante el proceso. El imputado no tiene la obligación de probar su inocencia, sino es el MP quien debe probar su culpabilidad. Este principio se destruye con la demostración plena de la culpabilidad.

b. Principio de in dubio pro reo: Es el principio que obliga al proceso penal a absolver al acusado, en caso que no se llegue a demostrar plenamente su culpabilidad. Dicha falta de certeza debe reflejarse en una duda razonable.

c. Respeto de la dignidad de la persona humana: Este principio orienta al proceso a practicar la actuación probatoria y alcanzar sus fines, respetando los derechos fundamentales de la persona. Este principio prohíbe el empleo de violencia contra el imputado.

d. Derecho de Defensa: Permite a la defensa del imputado el control y contradicción de las actuaciones probatorias.

e. Principio de legalidad: Orienta a los funcionarios que tienen a su cargo la función probatoria, ha obtener la prueba con observancia a las formalidades previstas en la Ley y sin emplear ningún tipo de violencia física o moral contra las personas sometidas a investigación penal.

f. Principio de libertad probatoria: Es el que afirma que el delito puede ser demostrado (verdad de los hechos) valiéndose de todo medio de prueba que existe actualmente o que en el futuro sea descubierto en razón del avance de la ciencia o la técnica. Su límite lo constituye la dignidad de la persona humana.

De otro lado, también resulta importante para el manejo de las categorías de la prueba, tener en cuenta, los fines de la prueba, la fuente de prueba, el objeto, medio de prueba. La prueba tiene por finalidad proporcionar al Juez los medios para la averiguación de la verdad histórica de los hechos, los criterios para su valoración, y la convicción necesaria (certeza) para la decisión judicial.

a) Fuente de prueba: Es todo hecho, acontecimiento, declaración, en fin, todo aquello que da origen a la necesidad de la prueba. Es donde se origina el objeto de prueba, aquel hecho específico que requiere ser probado pues ello es necesario para la averiguación de la verdad.

b) Objeto de prueba: Es aquel hecho que requiere ser probado, y en donde va a incidir de forma concreta la actividad cognoscitiva del Juez. El objeto de prueba específico lo constituye no el hecho en sí, sino la afirmación que sobre él realizan las partes del proceso.

c) Medio de prueba: Es el procedimiento previsto en la Ley, por la cual se debe incorporar una prueba al proceso. *La mayor parte de problemas que afronta la prueba se da aquí, pues por lo general los funcionarios se ven tentados a capturar la prueba al margen de dichos procedimientos, afectando con ello la legalidad de la prueba.*

Otro tema importante lo constituye la llamada actuación probatoria de urgencia. Ella se presenta cuando surge la necesidad de asegurar la prueba antes del inicio formal del proceso, pues de no hacerlo, la prueba o fuente de prueba se pierde, dado su carácter de irreplicable. Hay 2 supuestos: la prueba preconstituida y la prueba anticipada.

a. Prueba preconstituida: Es practicada por funcionarios administrativos (PNP o MP) . Por ejemplo, el acta de incautación de los efectos del delito.

b. Prueba anticipada: Es la practicada por el Juez. Nuestra legislación no regula para el proceso penal la prueba anticipada, más si se regula para el proceso civil.

Otro problema importante que presente la prueba penal es su legalidad, pues es muy frecuente que los funcionarios que tienen la obligación de probar el delito, se valgan de medios ilegales para ello. De ahí que en la doctrina exista grandes esfuerzos por delimitar, lo que se conoce como la prueba prohibida. Recibe este nombre la prueba que ha sido incorporada al proceso penal con violación a las formalidades que prevé la Ley o con el empleo de violencia. La sanción de prueba prohibida imposibilita al Juez dar valor a la prueba que así ha sido sancionada. Las reglas que se aplican son:

a. Regla de exclusión: Si una prueba ha sido declarada ilegal, el juez debe excluir dicha prueba de las que va a valorar. Es decir, que esa prueba no puede ser valorada por el Juez, y por tanto no puede aparecer fundamentando la decisión judicial.

b. Regla de los frutos del árbol envenenado: Si se demuestra que una prueba ha sido obtenida en virtud de otra anterior que la dio origen, será ilegal, si la prueba originaria lo es. La prueba original es comparada al árbol, y la segunda, al fruto. La sanción es lógica pues de no ser por la primera no se hubiera podido obtener la segunda. Si se da valor a la segunda, se estaría de alguna forma legitimando la violación de derechos fundamentales.

c. Fuente independiente: Esta regla es aplicable para convalidar una prueba ilegal siempre y cuando dicha prueba se haya podido obtener a través de una fuente de prueba independiente (diferente).

d. Ponderación de intereses (*balancing approach*): tiende a convalidar una prueba ilegal, si con ello se ha logrado tutelar un bien jurídico mayor, al vulnerado con la obtención de dicha prueba.

b) La actuación probatoria y el derecho de defensa del imputado.

Se encuentra plenamente reconocido como una forma del derecho de acceso al proceso, *el derecho al conocimiento de la imputación*, de ahí que la actuación probatoria que deba realizar el juez, deba ser garantizando los principios de contradicción y de igualdad. Ello impone la necesidad, en primer termino, de que se garantice el acceso al proceso de toda persona a quien se le atribuya, mas o menos, fundadamente un acto punible y que dicho acceso lo sea en condición de imputada, para garantizar la plena efectividad del derecho a la defensa y evitar que puedan producirse contra ella, aun en la fase de instrucción judicial, situaciones de indefensión. Para ello, tan pronto como el juez instructor, tras efectuar una provisional ponderación de la verosimilitud de la imputación de un hecho punible contra persona determinada, cualquiera que sea la procedencia de esta, deberá considerarla imputada con mención expresa del hecho punible que se le atribuye para permitir su autodefensa, ya que el conocimiento de la imputación forma parte del contenido esencial del derecho fundamental a la defensa en la fase de instrucción. En segundo termino, exige también la necesidad de que todo proceso penal este presidido por la posibilidad de una efectiva y equilibrada contradicción entre las partes a fin de que puedan defender sus derechos, así como la obligación de que los órganos judiciales promuevan el debate procesal en condiciones que respeten la contradicción e igualdad entre acusación y defensa.

Lamentablemente en la etapa de instrucción de nuestro proceso vigente, no se puede garantizar el principio de igualdad y contradicción, pues es el juez penal quien tiene la dirección de la prueba, y quiérase o no, es quien tiene la obligación de probar el delito, por lo que el principio de contradicción se afecta y con el, el derecho de defensa.

En el proceso penal, además, la necesidad de la contradicción y equilibrio entre las partes esta reforzada por la vigencia del principio acusatorio -que también forma parte de las garantías sustanciales del proceso- que, entre otras exigencias, impone la necesidad de que la función de la acusación sea realizada por un sujeto distinto al órgano decisor (*nemo iudex sine accusatore*) y de que el objeto procesal sea resuelto por un órgano

judicial independiente e imparcial, para lo cual es imprescindible disponer de la posibilidad de conocer los argumentos de la otra parte y manifestar ante el juez los propios, así como poder acreditar los elementos fácticos y jurídicos que fundamentan las respectivas pretensiones.

Como ya se dijo, no es posible garantizar el principio de «igualdad de armas», lógico corolario de la contradicción, de donde se deriva la necesidad de que las partes cuenten con los mismos medios de ataque y de defensa, idénticas posibilidades y cargas de alegación, prueba de impugnación, sin que sean admisibles limitaciones a dicho principio, pues siendo el juez el director de la prueba y por ende el responsable de probar el delito, se viola el principio de igualdad, haciendo imposible la vigencia de la contradicción, pues la defensa no se hará contra la “otra parte” sino contra el juez, quien puede adoptar durante el proceso medidas coercitivas en contra del imputado, lo que a su vez genera, un marco de riesgo de indefensión del imputado.

De otro lado, la lógica consecuencia de que la acusación no pueda, exclusivamente desde un punto de vista subjetivo, dirigirse contra persona que no haya adquirido previamente la condición judicial de imputada, puesto que, de otro modo, se podrían producir, en la práctica, acusaciones sorpresivas de ciudadanos con la consiguiente apertura contra ellas del juicio oral, aun cuando no hubieren gozado de la más mínima posibilidad de ejercitar su derecho de defensa a lo largo de la fase instructora. En este sentido, no hay que olvidar que una de las funciones esenciales de la instrucción es la de determinar la legitimación pasiva en el proceso penal (en cuya virtud constituye objeto de las diligencias previas determinar “las personas que en él hayan participado”), función que en el proceso común se realiza a través del auto de procesamiento, pues, de lo contrario, las partes acusadoras, públicas o privadas, serían enteramente dueñas de dirigir la acusación contra cualquier ciudadano, confundiendo el principio acusatorio con el dispositivo, con sustancial merma de las garantías de la defensa, permitiéndose, en definitiva, que personas inocentes pudieran verse innecesariamente sometidas a la «penalidad» de la publicidad del juicio oral.

c) La actuación probatoria y la presunción de inocencia.

Sin duda que la actuación probatoria durante la instrucción tiene por principal objetivo, el acopiar la prueba que pueda sustentar una acusación fiscal y dar pie a la realización del juicio. Desde esa perspectiva, la actuación probatoria busca crear la certeza del delito y la responsabilidad penal, y con ello destruir el principio de inocencia. La doctrina del Tribunal Constitucional español sugiere que la actividad probatoria hábil para destruir la presunción de inocencia, debe tener las siguientes características:

a) En primer lugar, ha declarado el Tribunal Constitucional en múltiples ocasiones que, únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculan a los Tribunales en el momento de dictar sentencia las practicadas en el acto del juicio oral, que constituye la fase estelar y fundamental del proceso penal donde culminan las garantías de oralidad, publicidad, concentración, inmediación, igualdad y dualidad de partes, de forma que la convicción del Juez o Tribunal que ha de dictar sentencia se logre en contacto directo con los medios probatorios aportados a tal fin por las partes.

b) Ello conlleva que las diligencias practicadas en la Instrucción no constituyan, en sí

mismas, pruebas de cargo, sino únicamente actos de investigación cuya finalidad específica no es propiamente la fijación definitiva de los hechos, sino la de preparar el juicio, proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y para la defensa.

c) Sin embargo, esta doctrina no debe entenderse en un sentido tan radical que conduzca a negar toda eficacia probatoria a las diligencias instructoras, constituyendo también doctrina consolidada, que puede otorgarse valor probatorio a dichas diligencias sumariales siempre que se hayan practicado con todas las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen y que sean efectivamente reproducidas en el juicio oral en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción.

Lo que significa que se admite la eficacia probatoria de las diligencias sumariales en los casos de la prueba preconstituida y anticipada, que incluye por ejemplo, la posibilidad y licitud de reemplazar la prueba testifical que no puede practicarse en el juicio por la lectura de las declaraciones sumariales, en los casos en que el testigo haya fallecido o se encuentre en el extranjero, fuera de la jurisdicción del Juez, no siendo factible lograr su comparecencia, o bien cuando no se sabe su paradero, habiendo resultado infructuosas las diligencias practicadas para su citación en forma legal y fallidas las gestiones policiales realizadas para su localización.

Respecto a las declaraciones de los coimputados, la valoración como prueba de cargo de la declaración de un coacusado efectuado en la vista oral no vulnera la presunción de inocencia, ya que solo tendrán valor probatorio, si de dichos testimonios no se desprendan indicios de que las declaraciones inculpatorias hayan sido prestadas por animadversión, obediencia a terceras personas, ánimo de exculpación propio o de terceros u otros motivos espurios, pudiendo valorarse, en caso de contradicción, también las declaraciones sumariales.

De otro lado, como reitera la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 febrero 1995 (STC 51/1995), “a los efectos de la presunción de inocencia las declaraciones obrantes en los atestados policiales carecen de valor probatorio de cargo”. El Tribunal Constitucional recuerda su doctrina (SSTC 31/1981 y 9/1984, entre otras) acerca del valor de simple denuncia de los atestados policiales (matizada en cuanto a los datos objetivos y verificables), de modo que si no hubiese otra prueba de cargo la condena fundada exclusivamente en declaraciones obrantes en el atestado vulnera la presunción de inocencia (SSTC 3 noviembre 1989, o 18 mayo 1990). En definitiva, reitera la Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) de 23 febrero 1995, “**las declaraciones vertidas en el atestado policial carecen de valor probatorio si no son posteriormente ratificadas a presencia judicial por los particulares declarantes, o bien, en ausencia de lo anterior, confirmadas por los funcionarios policiales mediante su testimonio en el acto del Juicio oral**”.

Concretamente, por lo que se refiere a las declaraciones de un co-imputado prestadas únicamente en el atestado, y no ratificadas posteriormente, la citada sentencia del Tribunal Constitucional declara lo siguiente: “Es evidente, en primer lugar, que las declaraciones prestadas por un co-imputado en las dependencias policiales no pueden

ser consideradas como exponentes ni de prueba anticipada ni de prueba constituida, y no sólo porque su reproducción en el Juicio oral no se revela imposible o difícil..., sino fundamentalmente porque no se efectúan en presencia de la autoridad judicial, único órgano que, por estar institucionalmente dotado de independencia e imparcialidad, asegura la fidelidad del testimonio y su eventual eficacia probatoria. En segundo lugar, dichas declaraciones prestadas ante la policía tampoco pueden ser objeto de lectura en la vista oral a través de los cauces establecidos por los artículos 714 y 730 de la LECrim. por cuanto dichos preceptos se refieren exclusivamente a la reproducción de diligencias practicadas en la fase instructora propiamente dicha, es decir, en el período procesal que transcurre desde el auto de incoación del Sumario o de las diligencias previas y hasta el auto por el que se declara conclusa la instrucción, y no en la fase preprocesal que tiene por objeto la formación del atestado en la que, obviamente, no interviene la autoridad judicial sino la policial”.

En consecuencia concluye que una condena fundada exclusivamente como única prueba de cargo en la declaración inculpatoria de un co-acusado ante la policía, no ratificada en presencia judicial, sino desmentida, vulnera el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

d) La actividad coercitiva.

Si bien las medidas cautelares son consideradas medidas que tienden a asegurar los fines del proceso, en materia penal, dichas medidas toman el nombre de coerción procesal, en razón que por dichas medidas se emplea la fuerza pública (violencia) para lograr garantizar los fines del proceso penal. Las medidas de coerción procesal penal son el ejercicio de violencia estatal formalizada, dirigida a la restricción de las libertades y derechos de la persona humana del imputado. Su aplicación está regida por principios de jerarquía constitucional, y básicamente por el principio de excepcionalidad de la detención.

Las medidas de coerción no sólo tienen por finalidad asegurar el cumplimiento de una futura pena y la efectiva concurrencia del sujeto al juicio, sino que, además tienden a facilitar la actuación probatoria.

De manera general, la actividad coercitiva para que se pueda aplicar, debe tener los siguientes requisitos:

a. El *fumus bonis iuris* consiste en un juicio de probabilidad respecto de la responsabilidad del sujeto al que se le pretende aplicar la medida (en el aspecto referido a la pretensión punitiva), sobre su responsabilidad civil (en el caso de la pretensión resarcitoria) o sobre el hecho de que se pueda asegurar un medio probatorio de importancia para el proceso (en el caso de terceros no vinculados a la pretensión punitiva ni civil).

b. El *periculum in mora*: Es el peligro real que se cierne sobre la pretensión, y que de esperar la conclusión del proceso, corre el riesgo de hacerse imposible o inejecutable, por lo que debe el proceso garantizar dicho fin. Es considerada la justificación última de la imposición de la medida coercitiva.

Dada su alta sensibilidad para con los derechos fundamentales, las medidas

coercitivas deben ser aplicadas conforme los siguientes criterios:

- **Instrumentalidad:** Las medidas de coerción no constituyen un fin en sí mismas, no se aplican por tengan un valor propio, sino que se encuentran vinculadas necesariamente a los fines que debe alcanzar el proceso. Constituyen instrumentos para asegurar el éxito de los fines del proceso.
- **Provisionalidad:** Las medidas de coerción son siempre provisionales. Como máximo han de durar el tiempo en que permanezca pendiente el proceso principal. Durante el proceso pueden modificarse conforme a la intensidad del peligro procesal.
- **Homogeneidad:** Las medidas coercitivas poseen un contenido homogéneo, aunque no idéntico, según sea la naturaleza de la sanción o acto procesal cuyo cumplimiento se quiere asegurar.
- **Subsidiariedad:** La aplicación de las medidas coercitivas deben seguir un orden de prelación, desde el que comporte la menor coerción hasta el que se configure como la mayor coerción.

Las medidas de coerción se clasifican en: medidas coercitivas personales (detención), reales (embargo) y accesorias (allanamiento, secuestro, etc.).

La Detención : Es la medida coercitiva excepcional, por la cual se dispone el encarcelamiento del procesado, en razón de que además que se cumplen los requisitos formales para su procedencia (art. 135), resulta necesaria para afrontar un grave peligro procesal que no ha sido posible neutralizar con otra medida de coerción menos grave. En la actualidad existen 2 clases de detención judicial: la primera es la que se dicta dentro del proceso penal, con el auto de apertura; la segunda, la que se dicta durante la investigación preliminar a solicitud del MP en los delitos de corrupción de funcionarios.

- Detención preliminar: Conforme lo previsto en el art. 2 de la Ley 27379, en casos de estricta necesidad y urgencia, el MP solicitará al JP la detención preliminar del investigado por algún delito previsto en el art. 1 de la Ley 27379, siempre que existan pruebas suficientes del delito y que la persona presente peligro de fuga o de entorpecimiento probatorio.
- Detención judicial: Es la que se dicta conforme al art. 135 del CPP de 1991, y requiere de 3 elementos concurrentes: suficiencia probatoria del delito y la responsabilidad del imputado; que la pena a imponer supere los dos años de pena privativa de libertad; y, que exista peligro procesal.

b. La comparecencia:

Es la medida coercitiva que garantiza al imputado afrontar su proceso penal en libertad (fuera del encierro), y puede ser comparecencia simple o comparecencia con restricciones.

- Comparecencia simple: impone la obligación al imputado de comparecer al Juzgado cada vez que sea citado.
- Comparecencia con restricciones: Además del deber de comparecencia, se impone al

imputado otras obligaciones, las que se detallan en el art. 143 del CPP.

El embargo: Es la más representativa de las medidas de coerción real. Tiene por finalidad, garantizar la efectiva ejecución de la reparación civil. También se puede aplicar para garantizar la pena de multa. También se puede aplicar para garantizar la ejecución de las consecuencias accesorias. También tienen aplicación para la actuación probatoria. Se pueden aplicar al imputado, a terceros e incluso a personas jurídicas. Se trata de una medida coercitiva que se encuentra destinada a asegurar el pago de la reparación civil que se fije en la sentencia. Puede ser dispuesta de oficio o a pedido de parte.

El secuestro y la incautación: Esta medida coercitiva presenta una doble operatividad, puede ordenarse para asegurar el pago de la pena de multa o para asegurar el decomiso o pérdida de los efectos provenientes del delito (previstos en el art. 102 del C.P.) o puede emplearse para el aseguramiento de elementos de prueba, como cuando se ordena con respecto de las comunicaciones

Medidas contracautelares: Conocidas también como las medidas que dejan sin efecto el mandato de detención. Sinónimo de libertad provisional. En realidad este término es extraño al proceso penal, pues éste no puede dejar de aplicar coerción en ningún caso, y más bien, son medidas sustitutivas de coerción. Por ejemplo, frente a la detención judicial, podría considerarse "medida contracautelar", toda medida que deja sin efecto dicha detención, logrando el imputado recuperar su libertad. La detención judicial puede quedar sin efecto, por las siguientes medidas:

a) Revocación del mandato: Se obtiene esta medida por haberse declarado fundado el recurso de apelación. Lo ordena la Sala Penal Superior.

b) Variación de la medida: Esta medida se da cuando el Juez considera que los supuestos que motivaron la detención han cambiado a favor del imputado, por lo que se hace necesario variar el mandato de detención por el de comparecencia. También procede variar a la inversa, de la comparecencia a la detención. Procede de oficio.

c) Libertad provisional: Es la medida que se solicita ante el MP, y por el cual se solicita la libertad del imputado en razón que los elementos de prueba han hecho desvanecer el peligro procesal, que la pena ya no será mayor de 4 años, o ya no han prueba suficiente. Si el Juez la encuentra procedente, dispondrá la libertad del imputado, previo pago de una caución. Esta medida ha caído en desuso, dado que mayormente se recurre a la variación de la medida.

d) Libertad por exceso de detención: Es la libertad que se concede al imputado cuando han transcurrido más de 9 meses (proceso sumario) o más de 15 meses (proceso ordinario) de la detención judicial sin que se dicte sentencia de primera instancia. (art. 137 el CPP).

e) Libertad incondicional y por informes finales: Es cuando se ha acreditado la inocencia del imputado detenido. Auto de sobreseimiento.

c. Definición jurisprudencial de la detención.

Según el Tribunal Constitucional español, **«Debe considerarse como detención**

cualquier situación en que la persona se vea impedida u obstaculizada para autodeterminar, por obra de su voluntad, una conducta lícita, de suerte que la detención no es una decisión que se adopte en el curso de un procedimiento, sino una pura situación fáctica, sin que puedan encontrarse zonas intermedias entre detención y libertad y que siendo admisible teóricamente la detención pueda producirse en el curso de una situación voluntariamente iniciada por la persona.» (STC 98/1986).

Para el Tribunal Constitucional español, la adopción de la medida de detención judicial, deberá realizarse de acuerdo a la siguiente doctrina:

a) La finalidad esencial de la prisión provisional no puede ser otra que la de garantizar la presencia del inculpado en el acto del juicio oral, puesto que la prueba ha de surgir bajo la vigencia de los principios inherentes al proceso penal de inmediación, contradicción, oralidad, defensa, de tal manera que, si el acusado no está presente, el juicio no se puede celebrar, salvo supuestos muy excepcionales, que no son del caso, con grave daño de la justicia.

b) La resolución que decreta una prisión provisional ha de estar suficientemente motivada, tomando en consideración la trascendencia de la decisión en virtud de la cual se priva de libertad a una persona. Esta motivación, de acuerdo con la doctrina de este Tribunal (SSTC 56/1987, 128/1995 y 37/1996), ha de incidir especialmente en el examen ponderado de los valores igualmente importantes, en principio, de la libertad, como valor supremo de la persona y las exigencias legítimas de la justicia.

c) En orden a las diferentes situaciones que se dan según el momento en que la prisión provisional se acuerda, en función del peligro de fuga, hay que señalar que aun siendo cierto que a medida que pasa el tiempo aquel peligro puede disminuir, no siempre sucederá de esta manera, de tal forma que si el delito imputado es muy grave, puede justificarse la permanencia de la prisión provisional acordada.

d) Detención ilegal por exceso de plazo.

No sólo es ilegal la detención ordenada sin la observancia de los requisitos legales, sino también "... Las detenciones que, ajustándose originariamente a la legalidad, se mantienen o prolongan ilegalmente o tienen lugar en condiciones ilegales". Deviene en ilegal una detención, cuando ésta excede el plazo superior al señalado en las leyes, sin poner al detenido transcurrido el mismo, en libertad o a disposición del juez.

La "ilegalidad" de la detención ha de entenderse referida fundamentalmente a la inexistencia de supuestos que la justifican, a la prolongación de su *status* más allá de ese máximo tiempo permitido, sin la puesta a disposición de la autoridad judicial correspondiente, con la advertencia, respecto a lo primero, que ha de ser entendido con criterios de racionalidad y ponderación, sin tratar de llevar a este estadio preliminar y antijudicial, el rigor y técnica enjuiciadora de los hechos que el Juez o Tribunal pondrá a contribución al término del procedimiento, con vista al bagaje probatorio de que se disponga.

En nuestra legislación vigente, la detención se encuentra regulada en el art. 135 del CPP conforme ya se indicó anteriormente, mientras que su duración o plazo de duración

se encuentra prevista en el art. 137 del mismo texto legal. En este artículo se prevé que la detención judicial no durará más de 9 meses en el proceso sumario ó 15 meses en el proceso ordinario. En el caso de procesos de TID, terrorismo, espionaje y otros de naturaleza compleja, el plazo límite se duplicará. Cuando dichos plazos se hayan vencido sin que exista sentencia de primer grado, el imputado tendrá derecho a su excarcelación, salvo que por razón fundada, se prorrogue dicho plazo hasta por un plazo igual, según se trata de cada supuesto.

Pero si bien el problema del plazo de duración de la detención antes de la sentencia de primer grado puede generar problemas interpretativos, lo grave y violatorio de la Constitución lo constituye, la falta de un plazo de detención para quien ya tiene sentencia de primer grado, pero que ha sido impugnado, por lo que el proceso que se le sigue aun no ha concluido definitivamente. Pues de acuerdo al art. 330 del Código de Procedimientos Penales, la sentencia condenatoria efectiva se ejecuta, sin perjuicio de que se interponga contra ella, recurso de nulidad. Esta privación de libertad es ejecución de la condena o es una detención judicial?

Nosotros afirmamos que se trataría de detención judicial, pues ese es el único título por el cual se puede restringir la libertad al imputado durante el proceso penal.

Según el principio de presunción de inocencia, no se puede tratar al imputado como culpable, lo que implica que no se le puede aplicar ninguna medida que tenga el carácter de pena anticipada, pues de ser ello así, se violaría la Constitución que recoge este principio procesal. En consecuencia, el mandato contenido en el art. 330 del Código de Procedimientos Penales se trataría de una detención judicial, por consiguiente, debe estar igualmente limitada en el tiempo, a fin de evitar detenciones prolongadas, injustas e indebidas.

Recordemos que según ha quedado evidenciado, un recurso de nulidad puede ser resuelto hasta en dos años y medio ¹⁶⁵, lo que puede significar que una detención judicial, después de sentencia de primer grado, también deba ser regulada y limitada en su plazo máximo de duración.

f) Juez imparcial y las medidas coercitivas.

Respecto de la alegada vulneración del derecho a un Juez imparcial, considera la representación del recurrente, en esencia, que la decisión relativa a la prisión provisional, al afectar directamente al derecho a la libertad personal, debe ser adoptada por un Juez plenamente imparcial, sin que el de Instrucción pueda serlo por la propia contaminación que supone la dirección de la investigación en la que se enmarca la medida cautelar.

Ciertamente, entre las garantías constitucionales se encuentra, el derecho a un Juez imparcial, que constituye sin duda una garantía fundamental de la Administración de Justicia en un Estado de Derecho ¹⁶⁶. Forma parte del contenido del derecho fundamental, en la vertiente objetiva a la que se acoge la demanda, la proscripción de la acumulación en un mismo órgano judicial de funciones propiamente instructoras y decisorias. Esta concreción de la imparcialidad objetiva "se asienta sobre dos ideas esenciales: De un lado, que el hecho de haber estado en contacto con el material de

¹⁶⁵ Op.cit, ... "Diagnóstico integral de la Justicia Penal en el Perú". 1989.

hecho necesario para que se celebre el juicio puede hacer nacer en el ánimo del Juez o Tribunal sentenciador prejuicio y prevenciones respecto de la culpabilidad del imputado, quebrándose así la imparcialidad objetiva que intenta asegurar la separación entre la función instructora y la juzgadora; de otro, será en cada caso concreto donde habrá que determinar si se da o no la apariencia de imparcialidad, pues es la investigación directa de los hechos, con una función inquisitiva dirigida frente a determinada persona, la que puede provocar en el ánimo del instructor prejuicios e impresiones respecto del acusado que influyan a la hora de sentenciar.

Lamentablemente en nuestra legislación, el Juez Penal encargado de probar el delito y la responsabilidad del imputado, es el mismo que tiene que decidir la adopción de medidas coercitivas contra el imputado y los terceros durante la fase instructoria, por lo que su posición procesal viola flagrantemente la garantía de la imparcialidad, y por ende, el debido proceso, al momento de decidir la medida coercitiva. Es altamente probable, que el Juez en su ánimo inquisidor, pueda haber amparado su juicio al decretar la detención, en aspectos distorsionados por la carga de prueba que se le impone, y no en criterios objetivos e imparciales. Recordemos, que la detención es excepcional y absolutamente necesaria, pero por la falta de imparcialidad objetiva, estos criterios son desechados, así como también se influye negativamente, en los juicios de prueba suficiente, pena probable y peligro procesal.

Toda decisión trascendente del proceso penal, y que sea capaz de afectar los derechos fundamentales, debe ser dictada por un Juez imparcial. Sin duda que la detención judicial lo es, por tanto al igual que la sentencia debe ser dictada por un órgano diferente del que instruye, el mandato de detención también debe ser dictada, por un juez diferente del que instruye, como pasa en Italia, donde existe un Juez de instrucción y un Juez de medidas coercitivas.

Sin duda que este problema de legitimidad de las medidas coercitivas por violación del principio de imparcialidad se supera en el nuevo Código Procesal Penal, donde el Juez ya no tendrá a su cargo la carga de la prueba, sino el Fiscal, por lo que al momento de decidir la detención, lo hará completamente desprovisto de los efectos negativos y prejuiciosos que actualmente tiene.

g) La motivación de las medidas coercitivas.

Otra de las garantías importantes en cuanto se refiere a las medidas coercitivas es la fundamentación del mandato que las ordena. Al respecto, debe señalarse que al ser la detención una medida limitativa del derecho fundamental a la libertad personal debe controlarse su razonabilidad, y de esa manera, excluirse todo signo de arbitrariedad.

Según la doctrina jurisprudencial, la motivación de las resoluciones judiciales limitativas de derechos fundamentales es una exigencia formal del principio de proporcionalidad y persigue, como fin, hacer posible el debate y comprobación de la

¹⁶⁶ Aún cuando no está expresamente reconocida por nuestra Constitución, el principio de imparcialidad forma parte de la definición de juez legal y natural, y como tal se encuentra contenido en los Tratados sobre Derechos Humanos (en el Pacto y en la Convención), que al formar parte de nuestra legislación interna, y por ser parámetros a los que los Estados partes se obligan, tienen sin duda una naturaleza vinculante y de jerarquía constitucional.

legalidad y racionalidad de la restricción acordada. Para ello, el órgano judicial, en la resolución que adopte, debe efectuar necesariamente el juicio de ponderación entre el derecho o derechos fundamentales afectados y los intereses que tal afectación trata de proteger. Si los órganos judiciales no motivan dichas resoluciones judiciales, infringen ya, por esta sola causa, los derechos fundamentales.

Por ello, la motivación del acto limitativo, en el doble sentido de expresión del fundamento de Derecho en que se basa la decisión y del razonamiento seguido para llegar a la misma, es un requisito indispensable del acto de limitación del derecho.

La detención judicial se sitúa entre el deber estatal de perseguir eficazmente el delito y el deber estatal de asegurar el ámbito de libertad del ciudadano y por tratarse de una institución cuyo contenido material coincide con el de las penas privativas de libertad, pero que recae sobre ciudadanos que gozan de la presunción de inocencia, su configuración y aplicación como medida cautelar ha de partir de la existencia de indicios racionales de la comisión de una acción delictiva, ha de perseguir un fin constitucionalmente legítimo que responda a la necesidad de conjurar ciertos riesgos relevantes para el proceso que parten del imputado, y en su adopción y mantenimiento ha de ser concebida como una medida excepcional, subsidiaria, necesaria y proporcionada a la consecución de dichos fines.

La falta de fundamentación del mandato de detención, se encuentra sancionada en el art. 138 del Código Procesal Penal de 1991 (normas vigentes), ahí se establece que si el mandato no se fundamenta, procede interponer recurso de queja, y si el superior ampara el recurso, puede sancionar al Juez además que quitarle la competencia del caso.

Un tema de actualidad lo constituye la reciente sentencia del Tribunal Constitucional peruano recaída sobre la acción de hábeas corpus, interpuesta por el Alcalde (suspendido) de Miraflores. En dicho fallo, el TC peruano afirma que la detención judicial dispuesta en contra del referido funcionario es ilegal, por no reunir los requisitos exigidos por ley. Esta sentencia ha levantado serios cuestionamientos, pues hay quienes respaldan la sentencia del TC, pero otros, la mayoría al parecer, la cuestionan, pues el Tribunal no tiene competencia para revisar asuntos de la jurisdicción ordinaria.

Al respecto, la doctrina jurisprudencial española, sostiene que la competencia del TC para enjuiciar la legalidad de la detención, se circunscribe a constatar la suficiencia y adecuada motivación. Y esto en razón que, corresponde en exclusiva a la jurisdicción ordinaria la constatación y valoración de los antecedentes fácticos justificativos de la medida cautelar, ya se refieran a las sospechas de responsabilidad criminal, ya a los riesgos de fuga, a la obstrucción de la investigación, a la reincidencia o a otros requisitos constitucionalmente legítimos que pueda exigir la ley. Esto es así ya que, la propia lógica de dichas actividades exige una inmediatez a la que sólo pueden acceder los Tribunales ordinarios.

Al Tribunal Constitucional, en su tarea de protección del derecho fundamental a la libertad, tan sólo le corresponde supervisar la existencia de motivación suficiente -en el doble sentido de resolución fundada y razonada, a la que ya nos hemos referido- y su razonabilidad, entendiendo por tal que al adoptar y mantener esta medida se haya

ponderado la concurrencia de todos los extremos que justifican su adopción y que esta ponderación o, si se quiere, que esta subsunción, no sea arbitraria, en el sentido de que sea acorde con las pautas del normal razonamiento lógico y, muy especialmente, con los fines que justifican la institución de la prisión provisional. No corresponde, pues, al Tribunal Constitucional determinar en cada caso si concurren o no las circunstancias que permiten la adopción o el mantenimiento de la prisión provisional, sino únicamente el control externo de que esa adopción o mantenimiento se ha acordado de forma fundada, razonada, completa y acorde con los fines de la institución.

h) La detención judicial y la Alarma social.

No se puede justificar la adopción de un mandato de detención en la alarma social producida por el delito que se le imputa al procesado, pues la genérica alarma social presuntamente ocasionada por un delito constituye el contenido de un fin exclusivo de la pena (STC 98/1997). En el mismo sentido, ORE GUARDIA señala que las medidas cautelares se diferencian claramente de las penas y de las medidas de seguridad por cuanto no tienen función preventiva, protectora y resocializadora, ni mucho menos persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación, sino que están orientadas a asegurar el cumplimiento de los fines del proceso ¹⁶⁷.

i) Naturaleza de la libertad provisional.

La libertad provisional es una medida cautelar intermedia entre la prisión provisional y la completa libertad, que trata de evitar la ausencia del imputado, que queda así a disposición de la autoridad judicial y a las resultas del proceso, obligándose a comparecer periódicamente.

En nuestra legislación, la institución de la “variación de la medida”, ha producido una disminución en el número de las solicitudes de libertad provisional, pues en el primero, el pago previo de la caución ya no es óbice para excarcelar al imputado detenido, en tanto que para el segundo sí lo es. Otra razón es la brevedad con que se puede resolver la “variación”, a diferencia del trámite de la libertad provisional, que puede alargar la situación de detención.

j) Libertad del imputado y derecho de defensa.

Es deber de los órganos judiciales de emplazar a quienes hayan de comparecer en juicio como partes, si bien es exigible en todo tipo de procesos, resulta reforzado y ha de ser cumplimentado con especial rigor en el ámbito del proceso penal y en todo lo referente al imputado, pues aquí los futuros efectos materiales de la cosa juzgada pueden seriamente incidir en su derecho fundamental a la libertad. Ello es así por que debe garantizarse el derecho de defensa, en su versión del derecho que todos tienen a ser informados de la acusación formulada en su contr. De ahí la transcendencia que, con mayor relevancia en el proceso penal, requiere la corrección del llamamiento al proceso de su sujeto pasivo, ya que de él depende el conocimiento por el imputado de la existencia del proceso y, en su caso, del recurso, a la vez que hace posible su intervención en el mismo con el consiguiente ejercicio del derecho de defensa frente a la acusación que se le dirige. Por ello, el emplazamiento o la citación, en el proceso penal,

¹⁶⁷ ORE GUARDIA, Arsenio...Op.cit. p. 326.

es un derecho para el imputado y una correlativa obligación del órgano judicial que ha de llevar a cabo con todo cuidado y diligencia, la cual no puede reducirse a una mera formalidad prevista en la Ley para proceder a la realización de los subsiguientes actos procesales, sino que es preciso, además, que el órgano judicial asegure, en la medida de lo posible, su efectividad real, acudiendo a la citación personal en aquellos actos de los que dependa la comparecencia del imputado en el proceso y siempre que pueda frustrarse dicho conocimiento a través de otros medios más rápidos de comunicación, a fin de que aquél pueda comparecer en el momento fijado y adoptar la conducta procesal que estime oportuna en defensa de sus derechos e intereses.

Sin duda, que uno de los principales intereses que tendrá el imputado al enterarse que pesa sobre él un mandato de detención, será buscar la revocatoria de dicha medida, pues es derecho fundamental la preservación de la defensa, y ello se logra mejor estando en libertad.

Lamentablemente estos derechos se vulneran sistemáticamente en nuestro proceso penal, pues la mayoría de veces se hace uso de meros formalismos para emplazar al imputado, cuando en no pocos otros casos, simplemente no se realizan. Esto genera una violación al derecho de defensa, y específicamente al derecho de conocer la imputación que se le hace. Ha pasado en muchos casos, además de las otras violaciones constitucionales, que el procesado recién se entera de la imputación luego que ha sido detenido y antes que se le dicte sentencia, reduciendo así la posibilidad de su defensa. Por ello, que la regulación sobre notificación del imputado y los apremios que existen, así como el procedimiento previsto para los reos ausentes deben ser modificados .

k) No se puede acusar a quien no ha sido oído por el juez.

Siguiendo la línea anterior, el imputado que no ha sido eficazmente emplazado o notificado de la imputación, no puede ser materia de una acusación, pues, en primer lugar, el Juez de instrucción, en cualquier caso, está siempre obligado a determinar dentro de la fase instructora (haya dirigido *ab initio* o no las diligencias previas) quién sea el presunto autor del delito, a fin de citarlo personalmente de comparecencia, comunicarle el hecho punible cuya comisión se le atribuye, ilustrarle de la totalidad de los derechos que integran la defensa (de modo especial, de su derecho a la designación de Abogado) y tomarle declaración con el objeto de indagar, no sólo dicha participación, sino también permitir que el imputado sea oído por la autoridad judicial y pueda exculparse de los cargos contra él existentes con independencia de que haya prestado declaración ante otras autoridades que hayan intervenido en el sumario.

De la anterior afirmación se desprende, en segundo lugar, la lógica consecuencia de que la acusación no pueda, exclusivamente desde un punto de vista subjetivo, dirigirse contra persona que no haya adquirido previamente la condición judicial de imputada, puesto que, de otro modo, se podrían producir, en la práctica, acusaciones sorpresivas de ciudadanos con la consiguiente apertura contra ellas del juicio oral, aun cuando no hubieren gozado de la más mínima posibilidad de ejercitar su derecho de defensa a lo largo de la fase instructora. Según la doctrina jurisdiccional española, "... la vigencia del derecho constitucional de defensa en el ámbito del proceso penal abreviado conlleva una triple exigencia: a) en primer lugar, y a fin de evitar acusaciones sorpresivas de ciudadanos en el juicio oral sin que se les haya otorgado posibilidad de participación

alguna en la fase instructora, la de que nadie puede ser acusado sin haber sido, con anterioridad, declarado judicialmente imputado, de tal suerte que la instrucción judicial ha de seguir asumiendo su clásica función de determinar la legitimación pasiva en el proceso penal, para lo cual ha de regir también en este proceso ordinario, una correlación exclusivamente subjetiva entre la imputación judicial y el acto de acusación; b) en segundo y, como consecuencia de lo anterior, nadie puede ser acusado sin haber sido oído por el Juez de Instrucción con anterioridad a la conclusión de las diligencias previas, garantía que ha de reclamarse en este proceso penal como consecuencia de la supresión del Auto de procesamiento y que se plasma en la necesidad de que no pueda clausurarse una instrucción (a salvo, claro está, que el Juez adopte una resolución de archivo o de sobreseimiento) al menos sin haber puesto el Juez en conocimiento del imputado el hecho punible objeto de las diligencias previas, haberle ilustrado de sus derechos y, de modo especial, de la designación de Abogado defensor y, frente a la imputación contra él existente.; y c) no se debe someter al imputado al régimen de las declaraciones testimoniales cuando, de las diligencias practicadas, pueda fácilmente inferirse que contra él existe la sospecha de haber participado en la comisión de un hecho punible, bien por figurar así en cualquier medio de iniciación del proceso penal, por deducirse del estado de las actuaciones o por haber sido sometido a cualquier tipo de medida cautelar o acto de imputación formal ya que la imputación no ha de retrasarse más allá de lo estrictamente necesario, pues, estando ligado el nacimiento del derecho de defensa a la existencia de la imputación, se ha de ocasionar la frustración de aquel derecho fundamental si el Juez de Instrucción retrasa arbitrariamente la puesta en conocimiento de la imputación, razón por la cual dicha actuación procesal habría de estimarse contraria al art. 24 CE y, por ende, acreedora de la sanción procesal de la “prueba prohibida” .

Lo anterior no hace sino insistir en la necesidad de modificar la legislación contra reos ausentes, y también demandar al Poder Judicial, la implementación de un eficaz mecanismo de emplazamiento en materia penal. Sobre lo primero, la prohibición de condena en ausencia, debe extenderse al momento de la acusación, de tal manera que el ausente o no emplazado adecuadamente, no pueda ser acusado ni condenado a sus espaldas. De esta manera se estará garantizado mejor el derecho de defensa del imputado durante la etapa instructora.

2.3. Conclusión de la instrucción.

La instrucción concluye por vencimiento del plazo o por que ya ha logrado concretar los fines de la instrucción. El trámite difiere según se trate de un proceso ordinario o un proceso sumario.

Si es el primero, da lugar al informe final del Juez Penal, previo dictamen final del Fiscal Provincial, luego de lo cual, con los alegatos de defensa que se presenten, sea elevado el proceso a la Sala Penal Superior y se continúe con el juicio oral si así corresponde. Lo más trascendente de este procedimiento, lo constituye la libertad por informes finales, cuando se ha acreditado la inocencia del imputado y existe coincidencia entre el Juez Penal y el Fiscal Provincial.

En el caso del proceso penal sumario, concluida la instrucción, el expediente es remitido al Fiscal para que emita acusación.

3. LA FASE INTERMEDIA Y LA ETAPA DEL JUZGAMIENTO.

3.1. Fase intermedia.

Es característico del proceso ordinario mixto. Consiste en el conjunto de actos procesales y administrativos, que se realizan entre la instrucción y el juicio oral. Se inicia cuando el proceso ingresa a la mesa de partes de la Sala Penal Superior hasta antes de la instalación de la audiencia. Una vez que el proceso llega a la Sala, es remitido al Fiscal Superior en lo penal, quien puede opinar por:

- Plazo ampliatorio: Cuando el Fiscal Superior considera que la investigación está incompleta, y no se puede pronunciar, pues faltan pruebas importantes. La Sala suele acceder a la solicitud del plazo, ordenando un plazo de prórroga de la instrucción.
- No haber lugar a juicio oral: También el Fiscal Superior puede ser de la opinión que no está probado el delito, por lo que solicita el archivamiento definitivo del proceso. Si la Sala está de acuerdo con dicho dictamen, expedirá el auto de sobreseimiento definitivo. En caso de no estar de acuerdo, elevará el proceso al Fiscal Supremo en lo Penal. También existe la figura del archivamiento provisional, en el caso que esté probado el delito, más no la responsabilidad del imputado.
- Acusación Escrita: Es cuando el Fiscal Superior considera que está probado el delito y la culpabilidad del imputado, por lo que lo acusa ante la Sala Penal, y solicita se le imponga una pena y un monto determinado de reparación civil.
- Clases de Dictamen Acusatorio: Hay 2 clases de acusación fiscal: Acusación sustancial y Acusación formal. Ambas de plantearse, dan lugar a la realización inevitable del juicio oral, con la diferencia, que en el caso de la acusación formal, que simultáneamente a la realización del juicio, se conceden facultades instructoras excepcionales a la Policía Nacional, a fin de despejar la duda que pesa sobre la responsabilidad del acusado. Generalmente, una acusación formal concluye con sentencia absolutoria, por imposibilidad de la Sala de condenar en caso de duda. Se sostiene válidamente que la acusación formal es inconstitucional, por violar las garantías penales y el principio de la exclusividad de la función jurisdiccional. Tiene poca eficacia, por lo que existe el consenso de derogarla, de ahí proviene que hoy en día sea poco usada. El Nuevo CPP ya no contempla la acusación formal.

En la fase intermedia no sólo se tiende a dar oportunidad para que se complete el material instructorio que permita la adecuada preparación y depuración de la pretensión

punitiva, sino que es el momento de determinar si concurren o no los presupuestos necesarios para la apertura del juicio oral. Y quienes estén procesados tienen un indudable interés en ambos aspectos, por lo que no puede prescindirse de su intervención, pues *el derecho de defensa del imputado se ostenta en todas las fases del proceso, incluida expresamente la fase intermedia*.

3.2. EL JUICIO ORAL.

Esta etapa es considerada la etapa principal del proceso penal ordinario, y consiste en una audiencia oral, pública y contradictoria, donde se debaten los fundamentos de la acusación fiscal, a fin de determinar si se declara fundada la pretensión punitiva del Estado o si se absuelve al acusado.

Aun cuando esta etapa fue considerada históricamente como una garantía del ciudadano acusado del delito, lo fue si tomamos en cuenta, lo oprobioso del proceso inquisitivo. Sin embargo, con el transcurso del tiempo, se ha constatado que el llamado modelo mixto, no fue sino una mera reforma del proceso inquisitivo, y que el juzgamiento oral se ha visto desnaturalizado por los caracteres inquisitivos de la instrucción. De ahí que Binder sostenga que se trata de un proceso inquisitivo reformado.

Esto, aparte de ser una contradicción en la evolución de los sistemas procesales penales, constituye evidentemente un grave problema en el sistema de garantías que diseña la Constitución para un debido proceso penal.

Como se sabe, la construcción dogmática del juicio oral le debe su espectro garantista, a un conjunto de principios¹⁶⁸ que orientan su desarrollo, sin embargo como veremos, ellos son violados sistemáticamente, por lo que cabría reafirmar que el juicio oral, al menos en nuestra legislación, no cumple con ser la garantía de una sentencia justa e imparcial.

Con la finalidad de resaltar lo inconstitucional del juicio oral, vamos a seguir la secuencia de los pasos de la audiencia, pues como sabemos, el juicio oral tiene un orden

¹⁶⁸ a) El Principio Acusatorio: No hay juicio sin acusación. Sólo se juzga el hecho punible que ha sido materia de acusación. Sólo se juzga a la persona que ha sido acusada. Si durante el juicio surge un nuevo hecho punible que vincula al acusado, o una nueva persona responsable del hecho punible, no se podrá juzgar, debiendo en dichos casos remitir copias al Fiscal provincial penal de turno. b) Principio de Inmediación: Es la relación directa que existe entre la contradicción probatoria y los jueces del juicio, y que les permite un conocimiento directo y progresivo sobre el objeto del juicio, necesarios para la formación de la convicción judicial. c) Principio de unidad y continuidad del juzgamiento: Permite que el debate probatorio se realice preferentemente en un juicio de una sola audiencia o con un mínimo de suspensiones, a fin de permitir una máxima utilidad del principio de inmediación. d) Principio de identidad física del juzgador: Garantiza que los mismos jueces que realizan el juzgamiento sean los mismos que dicten la sentencia. Esto es así para garantizar la inmediación. Sólo puede sustituirse un vocal, si son dos, el juicio se anula y debe iniciarse de nuevo. e) Principio de contradicción: Garantiza que frente a cada argumento acusatorio, deba permitirse el argumento de defensa. La predominancia de la oralidad, facilita la contradicción procesal. Otra condición de la contradicción es la igualdad procesal. Principio de congruencia: Garantiza que la sentencia se pronuncie sobre los hechos materia de juzgamiento, que a su vez también son materia de la acusación. Este principio complementa al principio acusatorio. Principio de publicidad: Garantiza la publicidad de los juicios.

de actos procesales, los mismos que se encuentran informados por el principio de preclusión. Los más importantes actos procesales del juicio son:

a. La instalación de la audiencia:

Es un acto formal, donde se verifica la concurrencia de los sujetos procesales, de los testigos y peritos. Aquí no existe mayor problema de orden constitucional.

b. Lectura de la acusación:

El director de debates dispone que se de lectura a la acusación. Este acto procesal tiene por finalidad dar a conocer al acusado y al público presente, las razones por las cuales se va a realizar el juicio oral. Aquí tampoco existe mayor problema de orden constitucional en cuanto a la exigencia de la lectura de la acusación, sin embargo, cuando se trata de una pluralidad de acusados, debe señalarse con la precisión necesaria, los cargos específicos que se le atribuyen a cada uno de los acusados, y no de forma general y hasta ambigua, como se hace. No olvidemos que la lectura de los cargos de la acusación fiscal al imputado, tiene por finalidad hacer conocer la imputación penal, para así permitir al procesado el ejercicio de su defensa; y, que la prueba reunida durante la investigación, la misma que ha servido de base a la acusación, debe permitir la atribución de cargos específicos a cada uno de los acusados, y ello a su vez, facilitar la correcta lectura de la acusación fiscal en el juicio oral, y garantizar el derecho de defensa.

c. El Interrogatorio del acusado:

Este acto procesal es el primer rezago inquisitivo y el primer factor que tiende a desnaturalizar las garantías del juicio oral. Veamos, en el proceso inquisitivo la declaración del imputado era la diligencia más importante, donde se interrogaba al acusado para obligarlo a confesar su culpabilidad, y prácticamente todo el procedimiento giraba en torno a ella. En nuestro ordenamiento procesal, el juicio oral no deja de tener como principal acto procesal, al interrogatorio del acusado, pues es el primer paso importante de la audiencia que se realiza, y es el que motiva, la vulneración de los principios de igualdad procesal, contradicción, imparcialidad y defensa. El principio de igualdad se quiebra cuando el art. 247° del Código de Procedimientos Penales vigente, establece que el interrogatorio del acusado por parte del Fiscal y el Tribunal será directo, mientras que para los Abogados Defensores será indirecto¹⁶⁹. Aquí comienza la inconstitucionalidad del juicio oral, pues sin igualdad procesal, no pueda haber contradicción ni debido proceso penal.

Respecto a la vigencia del principio de contradicción debemos recordar, que éste se cimienta sobre la plena vigencia del principio acusatorio y del principio de defensa¹⁷⁰. Además supone, la existencia de un Tribunal imparcial ajeno al conflicto, que luego de apreciar el debate y la contradicción, deberá resolver por la condena o la absolución del acusado. Lamentablemente, el carácter inquisitivo de la legislación procesal penal

¹⁶⁹ El interrogatorio directo es más ventajoso para la defensa, pues el contacto directo e inmediato con el interrogado, permite y garantiza una mayor espontaneidad y sinceridad en las respuestas, a lo cual se debe agregar, el factor psicológico y la apreciación de los gestos y movimientos corporales, que denotan sinceridad o falsedad durante la declaración. En el indirecto todo esto se pierde, pues la eficacia del interrogatorio de los abogados queda expuesta, a la atención, interés o cansancio de los Magistrados, quienes bajo esa fórmula, deberán repetir la pregunta, y a su vez trasladar la respuesta.

peruana, le otorga al Tribunal, facultades instructoras sobre el objeto del proceso, que se superponen a las conferidas al Fiscal por efecto del principio acusatorio. Efectivamente, el Tribunal penal, lejos de ser un órgano director del debate e imparcial, asume por efecto de la Ley vigente, facultades instructoras como, las conferidas por los artículos 244°, 245°, 246°, 247°, 251°, en donde asumen el rol de verdaderos jueces inquisidores, tratando de arrancar la verdad, a costa de hacer entrar en contradicción al declarante, y en otras, haciéndolo sentir culpable. Estas normas son contrarias a la idea de un proceso justo e imparcial, pues siembran en el Tribunal juzgador, elementos subjetivos de culpabilidad, los que por efecto de las facultades instructoras, se extienden durante todo el juicio, y de los cuales, no pueden despojarse al momento que deben sentenciar. A ello hay que agregar, la violación del principio de igualdad procesal durante el interrogatorio del acusado, la vulneración del principio acusatorio, al asumir el Tribunal facultades instructoras, la violación consiguiente del principio de imparcialidad, y finalmente, la violación del derecho de defensa, pues, al no tener las mismas armas (igualdad procesal), al vulnerarse la contradicción y la igualdad procesal, por no saber contra quien opone la defensa, contra el Fiscal o contra el Tribunal, el acusado se ve sensiblemente afectado en su derecho fundamental a la defensa.

En el mismo sentido valga precisar que el principio acusatorio admite y presupone el derecho de defensa del imputado y, consecuentemente, la posibilidad de 'contestación' o rechazo de la acusación. Provoca en el proceso penal la aplicación de la contradicción, o sea, el enfrentamiento dialéctico entre las partes, y hace posible el conocer los argumentos de la otra parte, el manifestar ante el Juez los propios, el indicar los elementos fácticos y jurídicos que constituyen su base, y el ejercitar una actividad plena en el proceso. Así pues, "nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria, estando, por ello, obligado el Juez o Tribunal a pronunciarse dentro de los términos del debate, tal y como han sido formulados por la acusación y la defensa, lo cual, a su vez, significa en última instancia que ha de existir siempre correlación entre la acusación y el fallo de la Sentencia. De lo que se desprende que el debate procesal en el proceso penal vincula al juzgador, impidiéndole excederse de los términos en que viene formulada la acusación o apreciar hechos o circunstancias que no han sido objeto de consideración en la misma, ni sobre las cuales, por lo tanto, el acusado ha tenido ocasión de defenderse'.

d. Examen de la parte civil con concurrencia obligatoria:

Es el interrogatorio del agraviado. Es frecuente que de existir contradicción con la declaración del acusado, se realizan confrontaciones. Aquí también tiene lugar la intervención instructora del Tribunal.

e. Fase probatoria:

¹⁷⁰ Forman parte indudable de las garantías que derivan del principio acusatorio las que son contenido del derecho a ser informado de la acusación; también, ahora en el ámbito del derecho de defensa, la garantía de que nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le acusaba y de la que, por lo tanto, podía defenderse. Por "cosa" en este contexto no puede entenderse únicamente un concreto devenir de acontecimientos, un factum, sino también la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, pues el debate contradictorio recae "no sólo sobre los hechos sino también sobre su calificación jurídica".

Integrada por el examen de testigos, el examen de peritos, confrontaciones, y la oralización de medios de prueba. El examen se realiza a través del interrogatorio, mientras que la oralización de medios de prueba, consiste en dar lectura a un acto de investigación introducida durante la instrucción o fase preliminar, a fin de expresar públicamente su valor probatorio para con la pretensión que se está defendiendo y someterlo a la contradicción procesal. Lamentablemente, debido a la dependencia y apego a la escrituralidad del modelo inquisitivo, y también al anquilosamiento del actual modelo procesal, la actuación oral y contradictoria de las pruebas, aporte trascendental para la formación de la convicción judicial, se deja de lado, se posterga con la mal llamada expresión “tenga por leída”, perdiéndose así la valiosa oportunidad de apreciar la pureza de un debate probatorio de forma oral y pública. Pero lo más grave es, que los actos de investigación introducidos durante la investigación policial o judicial, son “aparentemente” transformados mágicamente en “actos de prueba”, por aquella acostumbrada frase de “téngase por leído”. Esto genera una sistemática violación del debido proceso en su esencia más crítica.

El Fiscal y el Tribunal, quedan sometidos así a la influencia del proceso inquisitivo, cuando al momento de la realización de la acusación oral y de la sentencia, respectivamente, se remiten al expediente, dejando de lado (como si no tuviese valor o estar acostumbrados), lo debatido en la audiencia oral.

Otro aspecto importante que atenta contra la correcta valoración de la prueba durante el juicio oral, esta referido a la violación del principio de inmediación. Si bien en teoría, la inmediación permite la formación de la convicción del juzgador, la falta de contradicción probatoria, las facultades instructoras del Tribunal, así como la generalización de las mini audiencias, terminan por destruir el principio de inmediación.

f. **Acusación oral:** Es el momento en que el Fiscal Superior, sobre la base de lo que se ha debatido durante el juicio, decide ratificar su acusación escrita, modificarla o retirarla. La modifica cuando se demuestra durante el juicio que el acusado ha cometido otro hecho más grave, por lo cual se suspende el juicio, a fin que el Fiscal emita nueva acusación. La retira, cuando se acredita que el hecho por el cual se ha acusado, no es delito. Adjuntará por escrito las conclusiones sobre hechos.

g. **Alegatos de Abogados:** Son los alegatos orales que realizan los Abogados de la Parte Civil, del Acusado y del Tercero civilmente responsable, en ese orden. Adjuntarán por escrito sus conclusiones de hecho.

h. **Auto defensa del acusado:** Es la defensa sobre hechos que realiza el propio acusado.

i. **Suspensión de la audiencia para sentencia. La Sentencia:** Concluido los alegatos de defensa y acusatorios, la audiencia se suspende para que se discuta la sentencia. Este paso no es obligatorio, pues la Sala puede dictar la sentencia sin suspender la audiencia. La sentencia es el acto procesal que contiene la decisión judicial sobre los hechos debatidos en el juicio. Si el debate probatorio del juicio ha generado convicción (certeza) que la acusación tiene fundamento, la sentencia será condenatoria. Por el contrario si no la tiene por que existe una duda razonable, o se ha acreditado la inocencia del acusado, se dictará una sentencia absolutoria. La sentencia en su forma,

tiene la estructura de un silogismo: Premisa mayor (Ley aplicable), Premisa menor (hechos probados); Conclusión (subsunción). Tiene también sus fundamentos fácticos y sus fundamentos jurídicos.

Se sabe muy bien, que el Juez no puede estar absolutamente sujeto a la acusación, e impedir (conforme al principio de legalidad penal material) que el órgano judicial corrija la calificación de los hechos enjuiciados en el ámbito de los elementos que han sido o han podido ser objeto del debate contradictorio. No existe infracción constitucional si el Juez valora los hechos “y los califica de modo distinto a como venían siéndolo, siempre, claro, que no se introduzca un elemento o dato nuevo al que la parte o partes, por su lógico desconocimiento, no hubieran podido referirse para contradecirlo en su caso. En este sentido, el órgano judicial, si así lo considera, no está vinculado por la tipificación que en la acusación se deduzca.

A esto es a lo que se refieren los conceptos de identidad fáctica y de homogeneidad en la calificación jurídica: A la existencia de una analogía tal entre los elementos esenciales de los tipos delictivos que la acusación por un determinado delito posibilita también *per se*, la defensa en relación con los homogéneos respecto a él. En suma, el apartamiento del órgano judicial de las calificaciones propuestas por la acusación “requiere el cumplimiento de dos condiciones: Una es la identidad del hecho punible, de forma que ‘el mismo hecho señalado por la acusación, que se debatió en el juicio contradictorio y que se declaró probado en la Sentencia de instancia, constituya el supuesto fáctico de la nueva calificación’. La segunda condición es que ambos delitos, sean homogéneos, es decir, tengan la misma naturaleza porque el hecho que configure los tipos correspondientes sea sustancialmente el mismo.

En consecuencia, no hay indefensión si el condenado tuvo ocasión de defenderse de todos y cada uno de los elementos de hecho que componen el tipo de delito señalado en la Sentencia, siendo inocuo el cambio de calificación si existe homogeneidad, entendida como identidad del bien o interés protegido en cuanto haya una porción del acaecer concreto o histórico común en la calificación de la acusación y en la de la Sentencia.

Otro aspecto importante en la sentencia, es la apreciación de las pruebas para formar convicción en el Juzgador. Para ello hay que tener en cuenta que el derecho constitucional a *la presunción de inocencia* es la primera y principal garantía que el procedimiento penal otorga al ciudadano acusado. Constituye un principio fundamental de la civilización que tutela la inmunidad de los no culpables pues en un Estado Social y Democrático de Derecho es esencial que los inocentes estén en todo caso protegidos frente a condenas infundadas, mientras que es suficiente que los culpables sean generalmente castigados. La condena de un inocente representa una quiebra absoluta de los principios básicos de libertad, seguridad y justicia que fundamentan el contrato social y es por ello por lo que el derecho constitucional a la presunción de inocencia constituye el presupuesto básico de todas las demás garantías del proceso.

Sin embargo, el principio de presunción de inocencia debe ser destruido, en términos de acreditarse fehacientemente el delito la responsabilidad penal dentro de un proceso con garantías, para así dar pase, a la aplicación de las sanciones penales.

En tal sentido, como regla del juicio, el principio de presunción de inocencia impone a

la acusación la carga de la prueba por encima de cualquier duda razonable. Es decir, se debe constatar la concurrencia de una suficiente prueba de cargo, lícitamente practicada. Y como sabemos, únicamente pueden considerarse auténticas pruebas-que vinculan al juzgador en la Sentencia-, las practicadas en el acto del juicio oral, que constituye la fase estelar y fundamental del proceso penal donde culminan las garantías de oralidad, publicidad, concentración, inmediación, igualdad y dualidad de partes, de forma que la convicción del Juez o Tribunal que ha de dictar Sentencia se logre en contacto directo con los medios probatorios aportados a tal fin por las partes. Lo que a su vez da a entender, que las diligencias practicadas en la Instrucción no constituyan, en sí mismas, pruebas de cargo, sino únicamente actos de investigación cuya finalidad específica no es propiamente la fijación definitiva de los hechos, sino la de preparar el juicio proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y para la defensa, claro esta, con excepción de las pruebas preconstituidas y las pruebas anticipadas ¹⁷¹, siempre que se hayan practicado con todas las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen y que sean efectivamente reproducidas en el juicio oral en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción.

La declaración de la víctima.

Sin embargo, es muy frecuente que el Juzgador enfrente un déficit probatorio, que por la naturaleza del delito, sólo pueda contar con la versión de la parte agraviada, consiguientemente, cuál debe ser la solución: darle valor probatorio a la versión de la víctima y condenar al acusado, o por otro lado, absolverlo. Sin duda, que esta situación crea un riesgo para el derecho constitucional de presunción de inocencia, pues enfrenta como única prueba de cargo, a la declaración de la supuesta víctima del delito. Y, este riesgo se hace extremo si la supuesta víctima es precisamente quien inició el proceso, mediante la correspondiente denuncia, pues en tal caso se constituye en única prueba de la acusación.

El problema constitucional que genera este supuesto límite radica, en que basta con formular la acusación y sostenerla personalmente en el juicio, para desplazar aparentemente la carga de la prueba sobre el acusado, obligándole a ser él quien demuestre su inocencia, frente a una prueba de cargo integrada únicamente por la palabra de quien le acusa. Pero aún existe un supuesto más extremo, como lo es el caso en que la declaración del acusador no sólo es única prueba de la supuesta autoría del acusado sino también de la propia existencia del delito, del cual no existe acreditación alguna, fuera de las manifestaciones de quien efectúa la acusación; llegándose el grado máximo de indefensión para el acusado cuando la acusación fundada exclusivamente en la palabra del acusador es tan imprecisa en su circunstancia o en el tiempo que no hay

¹⁷¹ La doctrina del Tribunal Constitucional español ha admitido la eficacia probatoria de las diligencias sumariales en los casos de la prueba preconstituida y anticipada, que incluye en determinados supuestos la posibilidad y licitud de reemplazar la prueba testifical que no puede practicarse en el juicio por la lectura de las declaraciones sumariales: se trata de los casos en que el testigo haya fallecido, o se encuentre en el extranjero, fuera de la jurisdicción del Tribunal, no siendo factible lograr su comparecencia, o bien cuando se encuentra en ignorado paradero, habiendo resultado infructuosas las diligencias practicadas para su citación en forma legal y fallidas las gestiones policiales realizadas para su localización.

prácticamente posibilidad alguna de prueba en contrario.

De ahí que la doctrina y la jurisprudencia hayan volcado su atención para fijar que, en principio, la declaración de la víctima puede ser hábil para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, atendiendo a que el marco de clandestinidad en que se producen determinados delitos, significadamente contra la libertad sexual, impide en ocasiones disponer de otras pruebas, ha de resaltarse que para fundamentar una sentencia condenatoria en dicha única prueba es necesario que se valore expresamente la comprobación de la concurrencia de los siguientes requisitos:

1° Ausencia de incredibilidad subjetiva, derivada de las relaciones acusador/acusado que pudieran conducir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier índole que prive a la declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre;

2° Verosimilitud, es decir constatación de la concurrencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo, que avalen lo que no es propiamente un testimonio-declaración de conocimiento prestada por una persona ajena al proceso- sino una declaración de parte, en cuanto que la víctima puede personarse como parte acusadora particular o perjudicada civilmente en el procedimiento; en definitiva es fundamental la constatación objetiva de la existencia del hecho;

3° Persistencia en la incriminación: ésta debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones, pues constituyendo la única prueba enfrentada a la negativa del acusado, que proclama su inocencia, prácticamente la única posibilidad de evitar la indefensión de éste es permitirle que cuestione eficazmente dicha declaración, poniendo de relieve aquellas contradicciones que señalen su falsedad.

La declaración del testigo referencial.

Cuando el juicio versa sobre delincuencia organizada, es muy frecuente la presencia de este tipo prueba testimonial, ya que constituye uno de los actos de prueba que los Jueces pueden tener en consideración para fundar la condena, pues no se excluye su validez y eficacia. Sin embargo, la prueba testifical indirecta no puede llegar a desplazar o sustituir totalmente a la prueba testifical directa, salvo en el caso de prueba sumarial anticipada o de imposibilidad material de comparecencia del testigo presencial a la llamada del juicio oral, pues cuando existan testigos presenciales de los hechos el órgano judicial debe oírlos directamente en vez de llamar a declarar a quienes oyeron de ellos. Esta doctrina tiene su antecedente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha declarado como contraria a lo dispuesto en el art. 6 del convenio Europeo de Derechos Humanos, la sustitución del testigo directo por el indirecto sin causa legítima que justifique la inasistencia de aquél al juicio oral.

Valor probatorio del Atestado Policial.

Sólo puede concederse al atestado valor de auténtico elemento probatorio si es reiterado y ratificado en el juicio oral, normalmente mediante la declaración testifical de los agentes de policía firmantes del mismo. En consecuencia, vulnera el derecho a la presunción de inocencia la sentencia condenatoria que se dicte sobre la única base del atestado policial no ratificado. No obstante lo anterior, el atestado tiene virtualidad

probatoria propia cuando contiene datos objetivos y verificables, pues hay partes del atestado, como pueden ser croquis, planos huellas, fotografías que, sin estar dentro del perímetro de la prueba preconstituida o anticipada, pueden ser utilizados como elementos de juicio coadyuvantes, siempre que sean introducidos en el juicio oral como prueba documental a fin de posibilitar su efectiva contradicción por las partes.

Asimismo, cuando los atestados contienen determinadas pericias técnicas realizadas por los agentes policiales -por ejemplo, el test alcoholimétrico-, y que no pueden ser reproducidas en el acto del juicio oral, es posible considerar dichas pericias como actividad probatoria, a título de prueba pericial preconstituida, siempre y cuando el atestado se incorpore al proceso y sea debidamente ratificado. Por lo mismo, las pericias técnicas que se adjuntan al atestado -como puede ser el certificado del Médico Forense- no pierden por ello su propio carácter y constituyen pruebas preconstituidas que despliegan toda su validez probatoria si son incorporadas debidamente al proceso.

Por último, en cuanto al carácter de prueba documental del atestado policial, cabe precisar que el atestado, con independencia de su consideración material de documento, no tiene, como regla general, el carácter de prueba documental, pues incluso en los supuestos en los que los agentes policiales que intervinieron en el atestado presten declaración en el juicio oral sus declaraciones tienen la consideración de prueba testifical. Sólo en los casos antes citados -verbigracia, croquis, planos, test alcoholimétrico, certificados médicos, etc.- el atestado policial puede tener la consideración de prueba documental, siempre y cuando, como hemos subrayado, se incorpore al proceso respetando, en la medida de lo posible, los principios de intermediación, oralidad y contradicción.

Valoración de la Prueba indiciaria.

El derecho constitucional a la presunción de inocencia impone constatar que la sentencia condenatoria se fundamente en auténticos actos de prueba así como que la actividad probatoria de cargo sea suficiente, para lo cual se hace necesario que los medios probatorios legítimamente utilizados proporcionen un resultado suficientemente revelador tanto del hecho punible como de la responsabilidad del acusado.

En la doctrina del Tribunal Constitucional español se ha declarado reiteradamente que el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal pueda formarse sobre la base de una prueba de carácter indiciario, pero para que ésta pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer, al menos, dos exigencias básicas:

1º Los hechos base o indicios deben estar plenamente acreditados, no pudiendo tratarse de meras sospechas.

2º El Órgano jurisdiccional debe explicitar el razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios, ha llegado a la convicción sobre el acaecimiento del hecho punible y la participación en el mismo del acusado. En otras palabras debe establecerse la relación entre los indicios probados y el hecho determinante de la responsabilidad criminal del acusado, de acuerdo con las reglas de la experiencia y de la lógica, y llegar a la conclusión de que, si son ciertos los indicios, ha de serlo también el hecho determinante de la culpabilidad de cuya fijación se trate. No siempre se podrá acreditar el

delito con prueba directa, de ahí que la importancia de la prueba indiciaria en el procedimiento penal radica en que, en muy varios supuestos, es el único medio de llegar al esclarecimiento de un hecho delictuoso y al descubrimiento de sus autores. De ahí que la doctrina haya desarrollado algunos criterios para valorar adecuadamente la prueba indiciaria, sobre todo cuando una sentencia condenatoria basada en prueba indiciaria, ha sido objeto de recurso de casación ¹⁷², con la finalidad de cautelar el respeto del derecho constitucional a la presunción de inocencia. Sin invadir las facultades valorativas del Tribunal Ad Quo. Estos requisitos son:

1.º Desde el punto de vista formal:

a) Que en la sentencia se expresen cuáles son los hechos base o indicios que se estiman plenamente acreditados y que van a servir de fundamento a la deducción o inferencia.

b) Que la sentencia haga explícito el razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios, se ha llegado a la convicción sobre el acaecimiento del hecho punible y la participación en el mismo del acusado, explicitación que -aún cuando pueda ser sucinta o escueta- se hace imprescindible en el caso de la prueba indiciaria, precisamente para posibilitar el control casacional de la racionalidad de la inferencia.

2.º Desde el punto de vista material es necesario cumplir unos requisitos que se refieren tanto a los indicios, en sí mismos, como a la deducción o inferencia. En cuanto a los indicios es necesario:

a) Que estén plenamente acreditados.

b) Que sean plurales, o excepcionalmente único pero de una singular potencia acreditativa.

c) Que sean concomitantes al hecho que se trata de probar.

d) Que estén interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí. Y en cuanto a la inducción o inferencia es necesario que sea razonable, es decir que no solamente no sea arbitraria, absurda o infundada, sino que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de manera que de los hechos base acreditados fluya, como conclusión natural, el dato precisado de acreditar, existiendo entre ambos un

¹⁷² Sin embargo, esta función casacional de la prueba indiciaria tiene límites: Por la propia naturaleza de este recurso no cabe entrar en la valoración de las pruebas directas practicadas para la demostración de cada uno de los indicios o hechos base, al corresponder ese juicio valorativo al Tribunal de instancia (art. 741 LECrim.). Es decir: debe constatarse si cada indicio o hecho base se afirma como cierto sobre una verdadera prueba objetiva de cargo. Pero constatada su existencia, no cabe entrar en una nueva valoración de la prueba directa practicada sobre cada hecho base o indicio. Queda fuera del ámbito del recurso de casación la valoración por el Tribunal sentenciador del peso de los indicios incriminatorios en relación con las pruebas de descargo practicadas -que el tribunal valora con inmediatez otorgándoles o no credibilidad- o con las manifestaciones exculpatorias del acusado, cuya versión fáctica alternativa el Tribunal puede estimar convincente, o bien inverosímil por su incoherencia interna, falta de consistencia, contradicción con datos objetivos debidamente acreditados, etc. Ponderación de elementos incriminatorios y de descargo que debe ser respetada, pues constituye el núcleo de la función enjuiciadora del Tribunal de instancia siempre que responda a las reglas de la lógica y del criterio humano (Sentencias de 23 de mayo y 5 de octubre de 1997; 14 de mayo, 8 de junio y 30 de noviembre de 1998).

“enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano”

j. Lectura de la sentencia: Es la fase culminante de la etapa del juicio oral, y es el acto por el cual se pone fin a la instancia. Una vez leída la sentencia, si es condenatoria, se consultará al acusado si está conforme o ejerce su derecho a la impugnación, luego a los demás sujetos procesales. Si es absolutoria, se consulta al MP y luego a los demás sujetos procesales.

Motivación de la sentencia

La motivación de una sentencia ha de ser la conclusión de una argumentación ajustada al tema o temas en litigio, para que el interesado, destinatario inmediato, pero no único, y los demás, los órganos judiciales superiores y también los ciudadanos, puedan conocer el fundamento, la *ratio decidendi* de las resoluciones.

La motivación de las sentencias se convierte así en una garantía esencial del justiciable mediante la cual, sin perjuicio de la libertad del Juez en la interpretación de las normas, se puede comprobar que la solución dada al caso es consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no el fruto de la arbitrariedad.

Lamentablemente, como ya lo adelantáramos, esta obligación fundamental se haya descuidada en nuestra jurisprudencia, tal vez la excesiva carga procesal, la falta de una política de racionalización de procesos, se sumen a los defectos propios del sistema procesal, para que no se logre una correcta fundamentación de las sentencias. Y en esa línea, uno de los temas importantes, pero lamentablemente olvidado por nuestra jurisprudencia, es lo que se refiere a la *motivación de la pena, que es una total ausencia en las sentencias condenatorias de nuestro país. Por lo que puede resultar amparable en vía de casación, la falta de motivación en este extremo.*

4. LA IMPUGNACIÓN.

La impugnación entendida como actividad procesal, comprende una serie de actos que se inician con el recurso que abre el procedimiento propiamente impugnativo, y que concluye con la resolución definitiva que confirma o revoca el acto impugnado. La impugnación es un derecho procesal de los sujetos que son parte en el proceso, y excepcionalmente de terceros que demuestren su interés legítimo. La impugnación como derecho se materializa con el recurso o medio de impugnación.

4.1. Elementos de la impugnación:

Son objeto impugnable, medio impugnatorio y sujeto impugnante. El primero lo constituyen las resoluciones; el segundo los recursos; y el tercero, los sujetos procesales legitimados para ello. Además de la condición de sujeto procesal, debe la resolución causarle agravio, perjuicio.

4.2. Clases de recursos:

Son de 3 clases: los recursos ordinarios son los que deben interponerse durante el procedimiento a fin de dar lugar a un nuevo examen de todo lo decidido (doble instancia). Los recursos ordinarios regulados por la ley procesal son la apelación, la reposición y la queja; Los recursos extraordinarios son los que se interponen una vez agotado el proceso ordinario, luego de agotarse la doble instancia. En nuestra legislación el recurso extraordinario es el de casación, el mismo que no constituye una tercera instancia; Los recursos excepcionales: se interponen contra resoluciones judiciales pasadas a autoridad de cosa juzgada, como es el caso del recurso de revisión.

4.3. Efectos de los recursos: Pueden ser de tres clases: devolutivos, suspensivos y extensivos:

- Efecto devolutivo.- El efecto devolutivo hace que la resolución impugnada sea resuelta por el superior jerárquico.
- Efecto suspensivo.- Se suspende la ejecución de la resolución impugnada entre tanto no se resuelva al recurso.
- Efecto Extensivo.- Se da el efecto extensivo cuando la interposición de un recurso por un procesado, favorece al que lo interpuso, como a los demás co-imputados, salvo que el motivo en que se sustenta el recurso sea exclusivamente personal.

4.4. Clases de recursos.

a. Recurso de reposición: Es un medio impugnativo que procede contra un decreto. Debe ser interpuesto en el plazo de un día de notificado o de conocida la resolución.

b. Recurso de apelación: Es el medio impugnatorio que busca la revisión de una resolución judicial, por parte del superior jerárquico. Es el recurso que permite la doble instancia, por lo que el superior jerárquico tendrá la competencia que el juez inferior, es decir, de pronunciarse sobre los hechos y el derecho. Este recurso debe ser interpuesto en el plazo de 3 días. La excepción, es la apelación en el trámite de la libertad provisional, el plazo es de dos días (art. 185 del CPP).

c. Recurso de Casación: Es un medio de impugnación que tiene por finalidad controlar la legalidad del proceso penal. Procede contra una resolución que ha aplicado de manera errónea el derecho sustantivo o procesal. Se distinguen dos clases de casación:

- Casación de forma.- Cuando se aplica incorrectamente la ley procesal. Si se declara fundada la Casación, el proceso se anula, hasta el momento en que incurrió el vicio procesal, para lo cual se reenvía el proceso a la instancia correspondiente.
- Casación de fondo: Cuando se aplica incorrectamente la ley sustantiva. Si se declara

fundada la casación se anula la resolución impugnada, debiendo la Corte Suprema emitir nuevo fallo, o reenviar el proceso si es necesaria la contradicción procesal.

d. Recurso de Revisión: Es un medio impugnativo excepcional que se interpone ante la Corte Suprema contra sentencias que han obtenido la calidad de cosa juzgada. En nuestro sistema la revisión sólo procede contra sentencias condenatorias.

e. Recurso de Nulidad: Es el recurso previsto en el C. De PP para impugnar las resoluciones emitidas por la Sala Penal Superior dentro de un proceso ordinario. Por intermedio de este recurso se accede a la doble instancia, y por lo cual tiene las mismas características de un recurso de apelación. En el nuevo CPP se le llama apelación suprema. Sin embargo, en los procesos sumarios, este recurso es empleado como si fuera casación, a pesar que se le llame recurso de nulidad extraordinario, pues tiene los mismo efectos de un verdadero recurso de casación.

f. Recursos contra las resoluciones fiscales: En el nuevo CPP se prevé la existencia de recursos contra resoluciones fiscales. La nueva legislación propone que el Juez en su nueva función de director de la primera etapa del proceso penal, tendrá que emitir decretos y autos, por lo que se prevé contra ellos, los recursos de reposición y apelación.

4.5. La impugnación en la doctrina constitucional.

La tutela judicial efectiva se extiende al derecho al recurso o recursos que las leyes establecen contra las resoluciones judiciales, a favor de la parte o partes que, con interés legítimo y entendiendo que su derecho ha sido desconocido o limitado, las impugnen en forma. El recurso constituye así una prosecución del proceso y, al tiempo, una revisión del mismo por un órgano superior, que ha de decidir conforme a lo alegado críticamente por las partes, oídas contradictoriamente.

Es doctrina constitucional que los sistemas de recursos establecidas por las leyes de enjuiciamiento de cada orden jurisdiccional, el derecho al recurso pasa a formar parte del contenido de la tutela judicial, tal y como se regula en ellas y por tanto puede resultar menoscabada si se impide el acceso a las instancias supraordenadas, arbitrariamente o con fundamento en un error material.

4.6. Principio de *reformatio in peius*

Por lo que respecta a la *reformatio in peius*, o reforma peyorativa, en cuanto constituye una modalidad de incongruencia procesal, la misma tiene lugar cuando el recurrente, en virtud de su propio recurso, ve empeorada o agravada la situación creada o declarada en la resolución impugnada, de modo que lo obtenido con la resolución que decide el recurso es un efecto contrario del perseguido por el recurrente, que era, precisamente, eliminar o aminorar el gravamen sufrido con la resolución objeto de impugnación. Razón por la cual la interdicción de la *reformatio in peius* es una garantía procesal del régimen de los recursos que encuentra encaje en el principio dispositivo y en la interdicción de la indefensión, pues de admitirse que los órganos judiciales pueden modificar de oficio, en perjuicio del recurrente, la resolución impugnada por éste, se introduciría un elemento

disuasorio para el ejercicio del derecho constitucional a los recursos legalmente establecidos en la Ley, *que es incompatible con la tutela judicial efectiva* sin resultado de indefensión, que vienen obligados a prestar los órganos judiciales, lo que no ocurre, cuando la situación del recurrente se ve agravada en virtud de la estimación de los recursos o de la impugnación formulada, por las otras partes procesales.

La prohibición de la *reformatio in peius* es una manifestación de la interdicción de indefensión que reconoce la Constitución y una proyección de la congruencia en la segunda instancia, la cual incluye la prohibición de que el órgano judicial *ad quem* exceda los límites en que viene formulada la apelación acordando una agravación de la sentencia recurrida que tenga origen exclusivo en la propia interposición del recurso. De esta manera, el recurso de apelación delimita la pretensión concreta de la segunda instancia, con la previsión de los temas o puntos que plantea que enmarcan y predeterminan el alcance de la decisión del Juez superior, fuera de lo cual no puede actuar éste agravando la situación del apelante salvo que frente a la pretensión del mismo se hayan sostenido otras pretensiones de la parte apelada, dentro de cuyos límites objetivos y subjetivos de las pretensiones y ambas partes, apelante y apelada, ha de quedar delimitada la actividad decisoria del órgano Jurisdiccional *ad quem*, quien no podrá gravar más la situación del recurrente de lo que ya lo estaba en la primera instancia.

CAPÍTULO V: EVALUACIÓN SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL PROCESO PENAL SUMARIO.

1. CONSIDERACIONES PREVIAS.

Hasta Noviembre de 1996, eran dos las principales vías con que el Estado contaba para materializar su pretensión punitiva en los delitos perseguibles por ejercicio público de la acción penal.

Se tenía el proceso penal “ordinario” -que fue creado por el legislador de 1939 como la única vía que se habría de utilizar para impartir la justicia penal en los delitos de persecución pública- juntamente con el proceso sumario, proceso que, habiendo surgido como una excepción, de a pocos fue ampliando su ámbito de proyección hasta llegar a ocupar un lugar de privilegio en el sistema de impartición de la justicia criminal.

Hasta el año de 1963¹⁷³ sólo se conocía el proceso penal ordinario. El Decreto Ley N° 17110 introduce el proceso sumario para ocho delitos. Posteriormente, en el año de

¹⁷³ En la LOPJ de 1963, se le concedió a los jueces instructores la facultad de fallo en los procesos especiales por acción privada.

1981 el Decreto Legislativo N° 124 da inicio a su predominio, ampliando el número de delitos que se deberían tramitar conforme a sus normas ¹⁷⁴. Luego, mediante el Decreto Ley N° 26147 acondiciona al nuevo Código Penal de 1991 la gama de delitos a los que les corresponde el proceso penal sumario y “ordinariza” algunos. Finalmente, con la puesta en vigencia de la Ley N° 26689, desde el mes de diciembre de 1996, el proceso penal sumario pasa a consolidarse como la vía hegemónica para la impartición de la justicia penal en nuestro país, reservándose las normas del proceso penal ordinario para un reducido grupo de delitos. Cuantitativamente, el proceso sumario ha pasado a ser “vía ordinaria”, relegándose el proceso penal ordinario a “vía especial”.

2. EL PROCESO PENAL SUMARIO: GENERALIDADES Y CRÍTICA.

2.1. Fundamentos político-jurídicos.

Con mucha atención hemos venido esperando la reforma del control penal en nuestro país a partir de la década de los `90, especialmente la referida al proceso penal. Es así, por ejemplo que a partir del Proyecto Alternativo de Código de Procedimientos Penales ¹⁷⁵ -precedente del Código Procesal Penal de 1991(en vacación legal y con algunos artículos vigentes) y del actual Proyecto de 1997-, se apuesta al cambio estructural del actual proceso penal ¹⁷⁶, proponiendo un modelo procesal acorde con las necesidades sociales a una prestación de justicia penal más humanitaria y eficiente.

Los principales actores de la reforma, abogados y magistrados, así como la colectividad en general, convencidos de los importantes avances logrados en la propuesta legislativa han venido esperando con expectativa, la entrada en vigencia del Modelo Acusatorio. Organismos internacionales como la USAID y el Banco Mundial, han prestado su concurso en el nivel de la capacitación de Jueces y Fiscales durante estos

¹⁷⁴ Tan es así que, ya en 1987, Hurtado señalaba que la mayoría de los delitos previstos en el Código Penal de 1924 eran de trámite sumario, que el procedimiento ordinario había sido transformado en un **proceso excepcional**. HURTADO POZO, José. **Manual de Derecho penal. Parte general**. Lima - Perú: EDDILI, Reimpresión de la segunda edición, 1987, pág. 81. Por su parte, Arsenio Oré sostiene que mediante el D. Leg. N° 124 se dispuso que se tramitaran por proceso sumario aproximadamente el 80% de los delitos previstos en el Código Penal. ORE GUARDIA, Arsenio. **Manual de Derecho procesal penal**. Lima - Perú: Alternativas, 1996, pág. 358 (nota 1).

¹⁷⁵ El Proyecto Alternativo fue publicado el 16 de noviembre de 1990, y en él participaron reconocidos especialistas en el tema, tales como Florencio Mixán Mass, Arsenio Oré Guardia, César San Martín Castro y Germán Small Arana. La importancia de este Proyecto está, en que sienta los fundamentos del Modelo que sus autores denominaron Acusatorio Garantista.

¹⁷⁶ También habría que tener en cuenta los Proyectos publicados el 28 de noviembre de 1989 y el 27 de agosto de 1990, que ya proponían el modelo acusatorio.

años. En las Facultades de Derecho de todas las Universidades del país, el dictado del curso de Derecho Procesal Penal se ha venido y viene haciéndose con obligatoria remisión al modelo acusatorio. De tal modo, que todo el país ya está comprometido con la reforma, esperando tan solo la decisión política de poner en vigencia el Modelo Acusatorio Garantista.

Sin embargo, el Gobierno, contra todo pronóstico, promulga la Ley 26689¹⁷⁷, que amplía la competencia del proceso penal sumario, suprimiendo la garantía del juicio -que quizá sea lo único que posea el actual proceso penal- a la mayoría de los delitos que se cometan a partir del 31 de noviembre de 1996.

Si en un afán de investigación rigurosa quisiéramos averiguar en que contexto socio-cultural aparecieron y tuvieron vigencia los rasgos que de manera principal caracterizan al proceso penal sumario, nos vamos a dar con la sorpresa que es necesario remontarnos al proceso inquisitivo de la Edad Media¹⁷⁸, el sumario se encuentra configurado conforme a las concepciones político-jurídicas vigentes en dicha época. En este sentido, su diseño se encuentra bastante alejado de lo que debe ser la impartición de justicia criminal en un Estado social y democrático de Derecho, de los derechos, principios y garantías que impone la consideración de la persona humana y el respeto de su dignidad como fin supremo de la sociedad y el Estado. Se trata, por el contrario, de un proceso altamente lesivo de las consideraciones mencionadas, tanto en el ámbito de formulación normativa como de la operatividad real.

Nos encontramos con un modelo procesal que en Europa fue abandonado hace más de un siglo¹⁷⁹. En Alemania el proceso inquisitivo fue abolido en 1800¹⁸⁰. En España en 1882¹⁸¹, por la Ley de Enjuiciamiento Criminal actualmente vigente¹⁸².

2.2. Características más importantes del sistema procesal penal inquisitivo.

En el siglo XXI; el proceso penal sumario en el Perú responde a un sistema de

¹⁷⁷ Publicada en el Diario Oficial El Peruano, el 30 de noviembre de 1996.

¹⁷⁸ Conforme lo señala Maier: "el advenimiento y la implantación del sistema inquisitivo como modo de enjuiciamiento penal en el Derecho laico recorre seis siglos de la historia de Europa Continental, desde el siglo XIII, época en la que comienza a arraigarse, hasta el siglo XVIII, momento de su decadencia". MAIER, Julio B. J. **Derecho...**, pág. 52.

¹⁷⁹ Señala Maier: el siglo XIX marca la **desaparición definitiva**, en Europa, del proceso penal inquisitivo. MAIER, Julio B. J. **Derecho...**, pág. 52.

¹⁸⁰ Cfr. GOMEZ COLOMER, Juan - Luis. **El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas**. Barcelona - España: Bosch, 1985, pág. 31.

¹⁸¹ Conteniendo, además, la transcripción de una parte de la Exposición de Motivos de la LECRIM, en la que se expresa los principales argumentos que llevaron a abandonar el proceso inquisitivo, VIVES ANTON, Tomás. **II La reforma del proceso penal. Comentarios a la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal**. Valencia - España: Tirant lo blanch, 1992, págs. 104 y ss.

enjuiciamiento penal inquisitivo, propio de la Edad Media.

El proceso penal inquisitivo, históricamente surge con la instauración de las formas de estado totalitario, a partir de la caída de la Democracia de las Ciudades-Estado Griegas y de la República Romana, extendiendo su vigencia durante toda la Edad Media, siguiendo las concepciones filosóficas y jurídicas en ella vigentes. Era propio de ese sistema por ejemplo, la instrucción secreta, el lenguaje escrito, y la falta de contradicción en el proceso; del mismo modo, era característico, la tortura y la falta de garantías e imparcialidad.

Al proceso penal sumario -actualmente hegemónico en nuestro país-, sólo se le ha excluido la tortura, después, el resto de características son las mismas. Por lo que desde la perspectiva dinámica del Derecho, el proceso penal sumario, ha quedado desfasado respecto a las demandas de la sociedad moderna y de un Estado de Derecho, por una justicia penal eficiente y garantista.

En este tipo de proceso el interés público (Estado) resultó predominante frente a la dignidad de la persona humana. Como consecuencia de ello apareció el Juez inquisitorial, quien monopolizaba la función acusadora y la función decisoria, dando origen así a un modelo procesal que estructuralmente no garantizaba una sentencia justa, pues exista un alto grado de parcialización subjetiva y objetiva. De otro lado, el proceso era una sola etapa de carácter escrito, secreto y no contradictorio, en donde sucumbían las más importantes garantías del proceso penal contemporáneo, como el principio de inocencia, el derecho de defensa, la igualdad procesal, etc. Además con la injerencia de la Iglesia se introdujeron al proceso una serie de motivaciones subjetivas que hicieron de la prueba y del proceso penal imperante en aquella época, en un estadio que era más temido que la propia pena de muerte. Al decir de LETELIER¹⁸³, ***“lo que ha hecho execrable para la conciencia humana el tribunal de la Inquisición, es la delación, es la tortura, es la hoguera, es la ocultación de los denunciantes y de los testigos, es la imprecisión de los cargos, es la obligación de delatarse recíprocamente que imponía a personas unidas por los vínculos de sangre y del afecto, es el sistema de preguntas capciosas, es el estado de indefensión en que dejaba al reo durante años, mientras le debilitaba mediante el ayuno, para***

¹⁸² No obstante, no se puede hablar de un abandono total del inquisitivo. El sistema procesal que vino a ocupar su lugar -conocido en la doctrina como “mixto”- representa un compromiso entre el sistema inquisitivo y su opuesto, el sistema de enjuiciamiento acusatorio (Cfr. MAIER, Julio B. J. **Derecho...**, págs. 213 y ss. VIVES ANTON, Tomás. **II La reforma...**, pág. 104) Es en este sentido que Binder señala: “Se debe tener en cuenta que el llamado “procedimiento mixto ... no representa otra cosa que la pervivencia del sistema inquisitivo atemperado por el paso del tiempo y las exigencias políticas de la generación de la revolución francesa”. BINDER, Alberto M. **“Crisis y transformación de la justicia penal en latinoamérica”**, en AA.VV. **Reformas procesales en América Latina: la oralidad en los procesos**. Santiago - Chile: CPU, 1993, pág.89. Es en razón a este predominio que Karl - Heinz Gossel ha sostenido que al sistema mixto le convendría más el nombre de *sistema de enjuiciamiento inquisitivo reformado* (Cnf. cita MAIER, Julio B. J. **“Balance y propuesta del enjuiciamiento penal del siglo XX”**, en BERGALLI - BUSTOS (Directores y compiladores). **El poder penal del Estado. Homenaje a Hilde Kaufmann**. Buenos Aires - Argentina: Depalma, 1985, págs. 274 y s.

¹⁸³ Citado por Tiberio Quintero Ospina, en “Lecciones de Procedimiento Penal Colombiano”. T. I. Bogotá, 1992. Pág. 22.

arrancarle confesiones de delitos que acaso nunca había cometido”.

2.3. Crisis de la impartición de justicia criminal y necesidad de reforma.

En los países en que se ha mantenido un proceso inquisitivo (incluso, atenuado) han sido frecuentes las referencias a “un sentimiento social extendido de crisis y agotamiento ¹⁸⁴”. El proceso sumario, obsoleto y superado hace bastante tiempo en el panorama mundial, no más que una parte de la historia de “lo que fue” el Derecho procesal penal, no es capaz de responder a las expectativas que las sociedades contemporáneas cifran en su sistema de impartición de justicia criminal. No se logra eficacia en la persecución. No se respeta los derechos fundamentales y dignidad de la persona humana a la que se persigue, el imputado. Ni la víctima consigue una efectiva satisfacción de sus intereses afectados.

La necesidad de una reforma del sistema de enjuiciamiento criminal es reclamada con insistencia. Conforme señala Bustos ¹⁸⁵, se presenta como la tendencia actual: eliminar las características de un proceso inquisitivo, que es abiertamente contrario a las garantías y derechos reconocidos por la Constitución Política; la necesidad de diferenciar funciones y, por tanto, dejar al juez exclusivamente aquellas jurisdiccionales; así como la exigencia de otorgar al proceso mayor eficacia y prontitud.

Cuando se creía que la reforma del proceso penal era inminente, tanto por la crisis en que se encuentra sumido nuestro sistema de justicia criminal, como por la necesidad de adecuar nuestro proceso penal a las exigencias constitucionales; el legislador nos dio una ingrata sorpresa, mediante la Ley N° 26689, optó por la “involución”, presentando al proceso sumario como la panacea que llega para calmar los males que aquejan a nuestra justicia penal ¹⁸⁶; incluso, recurre a la autoridad de los profesores César San Martín Castro y Florencio Mixán Mass para justificar su decisión ¹⁸⁷.

A pesar que el proceso penal inquisitivo se ha revelado como **anacrónico**, **inconstitucional y lesivo de los derechos humanos** ¹⁸⁸; existe una suerte de **conformismo evasor o silencio cómplice** en virtud del cual nadie parece darse cuenta

¹⁸⁴ BINDER, Alberto. “Funciones y disfunciones del Ministerio Público Penal”, en AA.VV. **El Ministerio Público. Para una nueva justicia criminal**. Santiago - Chile: CPU, 1994, pág. 67.

¹⁸⁵ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. “La configuración institucional y orgánica del Ministerio Público”, en AA. VV. **El Ministerio...**, pág. 173 (la cursiva es nuestra).

¹⁸⁶ Sorprende que el legislador piense que los problemas más graves de la impartición de justicia criminal se solucionan sólo: “colaborando con la simplificación y celeridad de los trámites procesales a fin de reducir la carga procesal” (conforme lo sostuvo Oscar Medelius, presidente de la Comisión de Justicia del Congreso de la República. Vid. **Economía y Derecho. Suplemento del Diario Oficial El Peruano**. Lima, miércoles 6 de noviembre de 1996, pág. B-12), o que, en todo caso, otorguen una preferencia unilateral a esta alternativa, con desmedro de los derechos y libertades de las personas involucradas en el proceso.

¹⁸⁷ Vid. **Derecho y Economía. Suplemento...**, conforme a la nota anterior.

de lo que está sucediendo. Han pasado ya varios años de la entrada en vigencia de la Ley N° 26689 y no es mucho lo que se ha dicho; por el contrario, se actúa como si nada estuviese pasando; como si todo estuviese de lo más normal. Tal vez porque, conforme lo señala **Binder**¹⁸⁹; la convivencia genera una pérdida de sensibilidad respecto de las violaciones de los derechos de las personas; o quizás porque los intereses en juego no son relevantes para los sujetos que por lo general se constituyen en los “baluartes” de los reclamos por el respeto de la constitucionalidad y los derechos humanos¹⁹⁰; lo cierto es que no hemos constatado ningún pronunciamiento serio respecto a la Ley N° 26689¹⁹¹.

3. INCONSTITUCIONALIDAD DEL PROCESO PENAL SUMARIO.

No obstante la importancia de los cuestionamientos glosados en el apartado anterior, la principal crítica que se le puede realizar al proceso penal sumario es su inconstitucionalidad, como se verá a continuación, sus normas reguladoras contravienen expresamente las exigencias que nuestra Ley Fundamental dirige al proceso penal peruano¹⁹².

3.1. Reunión en una sola mano de las funciones de investigación y juzgamiento.

¹⁸⁸ .Debemos recordar que, por ejemplo, la **Declaración Universal de los Derechos Humanos** contiene las siguientes prescripciones: “Art. 10°.- Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, de 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”. “Art. 11.- Inc. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio en el que se le haya asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”

¹⁸⁹ .Véase; Binder, Alberto M. Independencia judicial y delegación de funciones: el extraño caso del dr. Jekyll y Mr. Hyde. en; Justicia Penal y Estado de Derecho. Ad-hoc. Buenos Aires, 1993. pág.78.

¹⁹⁰ Me refiero con todo respeto a nuestros Congresistas o padres de la Patria.

¹⁹¹ A excepción del Acuerdo del Pleno Jurisdiccional Penal realizado en 1998.

¹⁹² Además, aunque usualmente no se tome en cuenta, el proceso penal sumario resulta lesivo de los derechos humanos. En este sentido, téngase en cuenta las siguientes prescripciones de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: Art. 10° : “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, de 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.” Art. 11°. Inc 1°: “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a ley y en juicio en el que se le haya asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”

El proceso penal sumario presenta como carácter esencial la concentración en una sola persona de las funciones de investigación y juzgamiento ¹⁹³. Este monopolio resulta lesivo de la Constitución, fundamentalmente por las siguientes razones:

a. Falta de imparcialidad.

Imparcialidad significa neutralidad o ausencia de predisposición en favor o en contra de cualquiera de los contendientes en un proceso. El Juez que resuelve cualquier incidencia o dicta sentencias debe ser imparcial, es decir, ajeno tanto a filias como fobias hacia las partes contendientes -imparcialidad subjetiva-, cuanto a la existencia de prejuicios que puedan suponer obstáculos para una decisión neutral y justa -imparcialidad objetiva-, supuesto este último que acaece cuando el órgano que enjuicia y falla a tenido previa intervención en la instrucción de la causa. Tanto la imparcialidad subjetiva como en la objetiva forman parte de un concepto más amplio, que es el de compatibilidad a la hora de entender un órgano jurisdiccional sobre determinado asunto; si surgen meras sospechas de parcialidad, tanto objetiva como subjetiva, la persona que encarna el órgano jurisdiccional aparece como incompatible para enjuiciar o fallar dicha causa; y como dice el Tribunal Constitucional se entiende por parcialidad objetiva, aquella cuyo posible quebrantamiento no deriva de la relación que el Juez haya tenido o tenga con las partes, sino de su relación con el objeto del proceso.

Conforme ha señalado Moreno Catena ¹⁹⁴, uno de los requisitos que debe cumplir necesariamente cualquier juez o tribunal, para poder ser considerado como tal, es el carácter o condición de tercero ajeno al conflicto que ante él se plantea.

La imparcialidad del juzgador es incompatible o, al menos, queda gravemente comprometida cuando se le encarga la dirección de la investigación ¹⁹⁵. El peligro de un prejuzgamiento respecto de la responsabilidad del procesado es señalado con insistencia. Además, en su función de director de la investigación, el juez penal se convierte en el responsable del éxito o fracaso de la persecución; responsabilidad que genera el peligro de una resolución final parcializada, debido a que la sentencia aparece como una suerte de calificación de la manera en que se ha realizado la investigación.

Como sabemos, la institución procesal de la recusación es un **mecanismo para garantizar la imparcialidad del juez** ¹⁹⁶ que ha de conocer la causa; por lo que resulta

¹⁹³ En este sentido, BAUMANN, Jürgen. **Derecho procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de casos.** Buenos Aires - Argentina: Depalma, Traducción de la tercera edición alemana, 1986, pág. 49. CARRIO, Alejandro D. **Garantías constitucionales en el proceso penal.** Buenos Aires - Argentina: Hammurabi, 1994, pág. 34 (nota 3).

¹⁹⁴ MORENO CATENA, Víctor - CORTES DOMÍNGUEZ, Valentín - GIMENO SENDRA, José. **Introducción al Derecho procesal penal.** Valencia - España: Tirant lo blanch, Segunda edición, 1995, pág. 80.

¹⁹⁵ Fue en base a este fundamento que el Pleno del Tribunal Constitucional Español, en su sentencia 145/1988, de 12 de Julio, declaró la inconstitucionalidad del párrafo segundo del artículo 2º de la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de Noviembre, en el que se contenía la acumulación -en favor del juez penal- de las funciones instructora y decisora. Cfr. FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús. **“Los principios procesales y procedimentales de la Ley Orgánica 7/1988,** en AA.VV. **La reforma del proceso penal.** Madrid - España: Tecnos, 1990, pág. 17

absurdo que nuestro Código de Procedimientos Penales se prevea en el inciso 7° del artículo 29° como causal de recusación para el proceso penal ordinario, el hecho de que el juez haya intervenido en la instrucción como juez inferior o fiscal; y no se diga nada para el proceso sumario.

Si analizamos con detenimiento el inc. 7 del art. 29, vamos a descubrir que nuestro Código de Procedimientos Penales, acoge el principio de que “el juez que investiga no puede ser el mismo que juzgue”. Efectivamente, en el diseño del proceso ordinario, se distinguen dos etapas procesales, la instrucción y el juicio oral. La primera etapa está a cargo del Juez Penal, y la segunda, a cargo de una Sala penal compuesta por 3 Magistrados, llamados vocales superiores. Dentro de este esquema procesal, es probable que un juez penal pueda ser promovido y ascienda al cargo de Vocal Superior, pero si llega a conocer el juzgamiento de un caso, en el que ha intervenido como Juez penal, estará impedido de participar en el juicio oral de dicho caso, pues tal supuesto es una causal de recusación.

Sin embargo, en el proceso penal sumario, que como ya quedó señalado es la vía procesal que se aplica a más del 90% de los delitos del CP, el mismo juez penal que investiga es el que va sentenciar. Suena, por decir lo menos gracioso que en el proceso penal ordinario, por la necesidad de imparcialidad, el juez que ha instruido no pueda integrar la Sala para sentenciar y que, conforme lo ha concebido el **legislador inquisitivo**, el problema (aparentemente) desaparezca cuando se trata de un proceso sumario.

Al decir del Tribunal Constitucional español, las infracciones a la imparcialidad del juzgador han de subsumirse en infracciones al derecho al Juez legal y que, en concreto, “el derecho a ser juzgado por el Juez predeterminado por la Ley comprende recusar a aquellos funcionarios en quienes se estimen concurren las causas legítimamente tipificadas como circunstancias de privación de idoneidad subjetiva o de las condiciones de imparcialidad y de neutralidad” (STC 47/1982).

El derecho a un Juez imparcial, como señala entre otras la STC 145/1988, constituye una garantía que, aunque no se cita de fortuna expresa en el art. 24.2 de la Constitución, debe considerarse incluida entre ellas, ya que es un elemento organizativo indispensable de la Administración de Justicia en un Estado de Derecho; en este marco, la prohibición de que un mismo Juez sea competente para la instrucción y fallo de las causas, busca preservar la llamada imparcialidad «objetiva»; es decir, aquella que se deriva no de la relación del Juez con las partes sino de su relación con el objeto del proceso, y a asegurar esa imparcialidad tienden, en general, las causas de abstención y recusación que figuran en las leyes y, en particular, la establecida en el art. 54.12 de la LECrim., que establece como causa legítima de recusación haber sido instructor de la causa.

Por su parte, el Tribunal Europeo ha establecido en el art. 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 4.11.1950, que

¹⁹⁶ .Así; Oré Guardia, Arsenio. Ob cit. pág. 126 . Binder, Alberto. Introducción... pág 299. Es tanta la importancia que de acuerdo al diseño primigenio del proceso penal posee la imparcialidad de juzgador que nuestro Código de Procedimientos Penales prevé en su artículo 31° : “También podrá ser recusado un juez, aunque no concurren las causales indicadas en el art. 29°, siempre que exista un motivo fundado para que pueda dudarse de su imparcialidad”.

“toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente dentro de un plazo razonable por un Tribunal independiente e imparcial establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el funcionamiento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella”.

El citado Tribunal Europeo de Derechos Humanos, interpretando aquel precepto del Convenio de que se hizo mención, ha venido manteniendo la doctrina, entre otras en su S. 1.10.1982, dictada en el caso Piersack, que “la imparcialidad se define ordinariamente por la ausencia de prejuicios o parcialidades”, a lo que se añade que, “su existencia puede ser apreciada de distintas maneras. Se puede distinguir así entre un aspecto subjetivo, que trata de averiguar la convicción personal de un Juez determinado en un caso concreto, y un aspecto objetivo, que se refiere a si éste ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable al respecto”. Tan confusa redacción, no clarificada en otros fallos del propio Tribunal, lo que viene a establecer, puesto que la imparcialidad de los Jueces y Magistrados se da por supuesta en principio salvo prueba en contrario, es que los justiciables puedan tener la preocupación de que su asunto no sea enjuiciado con neutralidad por un Tribunal concreto si concurren, en quien forma parte de él, determinados condicionamientos, de índole subjetivo u objetivo, de los que el justiciable infiera o deduzca su parcialidad. Fijada la cuestión en tales términos es claro que no hay más que una única clase de imparcialidad, la objetiva, ya que sólo *datos objetivos* -bien sean los que nazcan de la relación personal del Juez con el justiciable o los que atañen a la relación del Juez con el objeto del proceso (en resumen, las causas de recusación comprendidas en los arts. 54 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal con la salvedad recogida para la 12.^a de ellas en el art. 3.^o de la Ley 3/1967, de 8 abril, y 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial)- son los que pueden servir de base para estimar, a su vista, si, quien dude de su neutralidad, puede temer que el Juez de que se trate se halla o no, para él, predispuerto en su contra.

La jurisprudencia del citado Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha venido considerando, entre otros, como condicionamientos que pueden nacer en el ánimo del justiciable la sospecha de no ser imparcialmente juzgado, los de haber presidido el Tribunal sentenciador la misma persona que con anterioridad, por formar parte del Ministerio Fiscal, tenía facultades y responsabilidades en el caso como tal Fiscal, aunque no hubiese intervenido directamente en él (Sentencia Piersack de 1.10.1982); haber integrado el Tribunal juzgador como asesor, quien había sido instructor de la causa (Sentencia De Cubber de 26.10.1984), y haber prorrogado repetidamente como miembro del Tribunal sentenciador la prisión provisional del encausado en base “a la gravedad de las acusaciones” pero sin asegurarse de existir sospechas confirmadas de que el referido imputado había cometido el delito de que se le acusaba y dictar después sentencia condenatoria contra el susodicho encartado (Sentencia Hauschildt, de 24.5.1989).

En el mismo sentido, la jurisprudencia española, tanto la emanada del Tribunal Constitucional como la pronunciada por esta Sala Suprema, ha estimado, como causa relevante para considerar quebrado el derecho de todo ciudadano a ser juzgado por un Tribunal imparcial, el de la acumulación en una misma persona de las funciones de instrucción y decisión, con lo que ha llevado a sus últimas consecuencias el principio de que “el que instruye, no falla”.

Consiguientemente, la garantía del Juez natural presupone a el derecho a un juez imparcial, pues la relación entre el derecho al Juez predeterminado por la Ley y el derecho a un proceso con todas las garantías, incluye el derecho a un Juez imparcial.

Y, siguiendo esta misma y reiterada doctrina el referido derecho al Juez imparcial impone la salvaguardia de la neutralidad del Juez, no sólo en sus aspectos subjetivos, sino también objetivos, referidos estos últimos a la vinculación que el titular del órgano jurisdiccional haya podido tener con la materia objeto del proceso, que indudablemente reviste una especial intensidad cuando en una misma persona recaen la condición de juzgador de instancia y de órgano revisor de lo entonces resuelto, ya que, en tal hipotético supuesto, el órgano “ad quem” puede constituirse con serios prejuicios sobre el objeto litigioso que pueden comprometer su imparcialidad, convirtiendo a la segunda instancia en un mero formulismo. Por ello, en estos casos, sin poner en cuestión en modo alguno la probidad o la aptitud del titular del órgano jurisdiccional e, incluso, su imparcialidad subjetiva, “es difícil evitar la impresión de que el Juez no acomete la función de juzgar sin la plena imparcialidad que le es exigible”; de ahí que, tanto este Tribunal como el Europeo de Derechos Humanos, hayan insistido “en la importancia que en esta materia tienen las apariencias, pues va en ello la confianza que los Tribunales de una sociedad democrática han de inspirar a los justiciables.

b. Falta de igualdad

Nuestra Constitución ha consagrado en el inc. 2 de su art. 2º el derecho a la igualdad ante la ley como un derecho fundamental de la persona. Este derecho se manifiesta en el proceso penal a través del principio de igualdad de armas; según el cual, es necesario que las partes procesales, acusación y defensa, tengan los mismos medios de ataque y de defensa e idénticas posibilidades de alegación, prueba e impugnación¹⁹⁷.

Entregar en monopolio las funciones de investigación y juzgamiento es lesivo de la igualdad procesal. El imputado no va a enfrentar a un sujeto que posea medios similares a los suyos, sino que se va a enfrentar al “amo y señor del proceso”; se deberá “defender” del sujeto que, en el momento de la expedición de la sentencia, va a decidir sobre su futuro. Se tendrá que cuidar, entonces, de no atacar a su oponente, por el fundado temor a represalias.

En este sentido, Baumann¹⁹⁸ señala que “la división de roles no impide tan sólo la parcialidad del juez, sino que también suprime la necesaria posición de objeto del acusado. La circunstancia que el acusado enfrente a alguien que se le opone (el Ministerio Público) da mayor libertad a su posición jurídica. Ya no es simple objeto de una inquisitio por el juez omnipotente a quien debe guardarse de atacar, sino un sujeto procesal y un contrincante del fiscal, contra el cual puede arremeter enérgicamente, sin temer los inconvenientes y la parcialidad del juez”.

c. La delegación de funciones

No se trata de una violación de nuestra Ley Fundamental que tenga lugar en razón

¹⁹⁷ GIMENO SENDRA, José, en GIMENO SENDRA, J. et al. *Derecho...*, pág. 59.

¹⁹⁸ BAUMANN, J. *Derecho...*, pág. 49.

de una contravención directa de la regulación normativa del proceso penal sumario. No obstante, es un fenómeno que tiene uno de sus factores desencadenantes en el “monopolio” al que nos venimos refiriendo.

Es un hecho casi por todos conocido, secreto a voces (aunque, usualmente negado por los funcionarios jurisdiccionales), que en nuestro país se imparte justicia penal, en una importante proporción, mediante una ilegítima delegación de funciones¹⁹⁹. En no pocas ocasiones, las resoluciones que debe pronunciar y rubricar el juez penal son elaboradas por los auxiliares jurisdiccionales o por los estudiantes de Derecho que, encontrándose en el último año de estudios, cumplen con el SECIGRA.

Con la delegación de funciones, el juez deja de ser el funcionario al que se le encarga en exclusiva el ejercicio de la función jurisdiccional para convertirse en un mero rubricador.

En este contexto, es necesario poner en evidencia que el fenómeno descrito no sólo contraviene las normas constitucionales que señalan que no hay proceso por delegación (art. 139 inc. 2) y la prohibición de ejercer función judicial por quien no ha sido nombrado en la forma prevista por la Constitución o la ley (art. 139 inc. 19); su efecto lesivo se extiende en diversas direcciones, sobre todo en contra de las garantías que se le reconocen a los magistrados judiciales, las que pierden su sentido y razón de ser.

Resulta provocativo preguntarse ¿porqué los funcionarios jurisdiccionales, algunas autoridades, doctrinarios, etc. se preocupan y reclaman tanto el respeto de las seguridades judiciales si, a fin de cuentas, no es el juez quien va a resolver el conflicto? o ¿para qué necesitamos jueces si su labor la pueden realizar -y la realizan- sus colaboradores?

La delegación de funciones no sólo genera problemas de constitucionalidad. Los supuestos en que auxiliares jurisdiccionales, secigristas o practicantes realizan funciones que le corresponden en exclusiva al juez penal, limitándose éste sólo a rubricar el documento en que se hace constar el “acto jurisdiccional (?)”, se adecuan a los tipos penales de usurpación de función pública (art. 361 del Código Penal), omisión de actos funcionales (art. 377) y falsedad ideológica (art. 428). Nos damos con la sorpresa que, aunque en estos casos pueda alegarse una justificación por estado de necesidad²⁰⁰, paradójicamente, la justicia criminal se viene impartiendo en una forma que resulta violatoria de las normas penales.

¹⁹⁹ Una muestra de los mecanismos más usuales de delegación, en BINDER, Alberto. “**Independencia judicial y delegación de funciones: el extraño caso del Dr. Jekyll y Mr. Hyde**”, en **Justicia penal y Estado de Derecho**. Buenos Aires - Argentina: Ad - hoc, 1993, págs. 86 y ss.

²⁰⁰ Conforme lo señala Zaffaroni en el texto del fallo expedido por la CNCrim. y Correc. - Sala VI, julio 1985 - Casabal, Elías A. (anexado a BINDER, Alberto. “**Del Código - mentira al servicio judicial: Algo más sobre la delegación de funciones**”, en **Justicia penal y...**, págs. 117 y ss.), en el que se procesaba a un juez penal argentino, por no haber estado presente en la audiencia, conforme lo consignaba el acta respectiva; la que, incluso, “constataba” la realización de preguntas por parte del juez. Una opinión contraria es sostenida por Alberto Binder, quien señala que cuando existe una colisión de deberes de idéntica jerarquía y no hay ninguna razón para otorgarle preminencia a alguno de los dos deberes se debe dar prioridad al que efectivamente puede ser cumplido: el de juzgar personalmente los casos. BINDER, Alberto. “**Independencia judicial...**”, pág. 91

3.2. La sentencia se expide sin la previa realización de un juicio

El Código de Procedimientos Penales de 1940 diseñó un proceso penal (ordinario) en dos etapas. La primera etapa la denominó “instrucción”, destinándola al acopio del material probatorio²⁰¹ que debería fundar la procedencia de la segunda, denominada “juicio oral”; concebida como la etapa principal del procedimiento, en la que se deberían actuar los medios probatorios recolectados en la instrucción, para su valoración por el órgano de juzgamiento.

El proceso penal sumario se configura como un proceso ordinario al que se le ha eliminado la etapa del juicio oral. No se creó una normatividad propia, simplemente se eliminó la segunda etapa del proceso ordinario.

En el proceso penal de un Estado social y democrático de Derecho se torna imprescindible una etapa en la que los medios probatorios incorporados al proceso puedan ser oralizados, materia de contradicción por parte del imputado (exigencia del derecho constitucional a la defensa) y exista la seguridad que su valoración sea producto de un contacto directo entre sujeto cognoscente y objeto de conocimiento²⁰².

El proceso penal sumario no está en condiciones de asegurar el respeto de la oralidad, la contradicción y, mucho menos, de la inmediación, pues se encuentra normativamente configurado como una etapa preparatoria, destinada a recolectar material probatorio, en la que las exigencias mencionadas representan cuerpos extraños.

3.3. El proceso penal sumario no es público.

Nuestra Constitución consagra en el inc. 4 de su art. 139º, como uno de los principios de la función jurisdiccional, “la publicidad en los procesos”.

El proceso penal sumario no puede cumplir con la exigencia de publicidad, por el contrario, su desarrollo se encuentra gobernado por un mandato de reserva (art. 73 del C. de P. P.). Resultando irónico que en la parte introductoria del D. Leg. 124 se señale que mediante esta norma se viene a adecuar el sumario a la exigencia constitucional de publicidad²⁰³, entendiéndose que se cumple con este requisito mediante la obligación que la sentencia sea leída en un acto público, en caso sea condenatoria.

No se puede pretender que el mandato judicial de publicidad de los procesos se encuentre satisfecho con la simple lectura pública de la sentencia, lectura que no pasa de ser un mero acto de notificación.

²⁰¹ Según el art. 72 del C. de P.P. de 1940: “La instrucción tiene por objeto *reunir la prueba...*” (la cursiva es nuestra).

²⁰² SE debe recordar que la oralidad, inmediación y contradicción son los principios fundamentales de la prueba penal. Cfr. ASECIO MELLADO, José María. **Prueba prohibida y prueba preconstituida**. Madrid - España: Trivium, 1989, pág. 159.

²⁰³ La parte introductoria del D. Leg. N° 124 señala: “Que, de acuerdo a la Constitución, la publicidad de los juicios penales es una garantía procesal que no está contemplada en el texto del D. Ley. N° 17110, debiendo subsanarse esa omisión”.

Se podrá sostener que la publicidad del proceso no pasa de ser una mera formalidad, carente de contenido material, o que, por lo demás, la propia Constitución prevé que los procesos son públicos “salvo disposición contraria de la ley”. No obstante, muchos años de justicia penal secreta (o reservada) demuestran lo equivocado de este tipo de argumentos. Además, una lectura completa del precepto en que se consagra la publicidad de los procesos nos podrá llevar a percatarnos que “los procesos judiciales... que se refieran a derechos fundamentales garantizados por la Constitución, son siempre públicos”.

Una interpretación conforme con el marco valorativo que proporciona nuestra Ley Fundamental nos llevará a concluir que sólo excepcionalmente se puede dejar de lado la publicidad del proceso, pero nunca cuando en él se encuentren en juego derechos fundamentales de la persona humana. Es en este sentido que creemos que no se puede desarrollar en reserva (menos aun en secreto) un proceso penal en el que la sanción a aplicar, en caso el sujeto sea encontrado responsable de un hecho delictivo, consista en una pena privativa de libertad, dado que se trata de una ingerencia en uno de los derechos fundamentales de la persona humana.

CAPÍTULO VI: EL SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA PENAL: CRISIS, REFORMA Y ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN.

1 EL SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA CRIMINAL.

En contra de lo que superficialmente pudiera parecer, el funcionamiento eficiente de la administración de la justicia criminal no es una actividad sencilla, sino sumamente compleja. No se trata sólo de realizar un conjunto de actos en la sede del Juzgado o la Sala correspondiente que habrán de finalizar con la expedición de una sentencia condenatoria o absolutoria, son muchos los factores que necesariamente tienen que confluir para lograr una administración de justicia penal eficiente.

La administración de justicia criminal debe entenderse como un sistema conformado por múltiples elementos cuya interacción va a servir para la correcta determinación

jurídica final de si en un que supuesto concreto se ha verificado o no la condición que legitima al Estado para la imposición de una sanción jurídica-penal, así como cual ha de ser la identidad de ésta.

No obstante venir ocupándonos en el presente trabajo de uno de los elementos centrales del sistema de administración de justicia penal, como son las normas reguladoras del trámite procedimental, es justo reconocer la presencia de otros elementos que deben coexistir junto a éstas si se quiere una justicia penal eficiente.

El tema de la eficiencia de la administración de justicia penal es sumamente complejo, pasa por diversos requerimientos. En un principio, incluso desde un plano aparentemente extraprocesal, se debe reparar en las normas jurídicas de Derecho penal material a cuya aplicación se pretende proveer.

El Derecho penal material le realiza al proceso determinadas exigencias de operatividad. Es necesario que este último proporcione los instrumentos adecuados para la efectiva operativización de las normas materiales²⁰⁴. Siendo así que, por ejemplo, si concebimos al primero como un derecho penal de autor, será necesario que el proceso penal posibilite más que el estudio del probable ilícito -mero síntoma de peligrosidad- el estudio de las características personales del sujeto y las posibilidades de que en el futuro mantenga un comportamiento antisocial; pero si lo concebimos conforme a un Derecho penal de acto, aparecerá como el principal objeto de prueba el hecho delictivo. Por otro lado, se debe anotar, además, que el funcionamiento eficiente de la administración de justicia requiere de un uso racional de la potestad estatal de la creación de prohibiciones penales, su uso indiscriminado resulta perjudicial para la eficiencia que se pretende, pues producirá una sobrecarga en el sistema procesal, con disminución de sus reales posibilidades operativas.

En segundo lugar, el problema pasa por la organización, calificación y dotación personal y material de las instituciones estatales encargadas de la persecución penal y de la decisión final; así como, en lo que respecta a su personal de apoyo. No se puede pretender un funcionamiento eficiente de la administración de justicia penal cuando los entes encargados de realizarla o coadyuvar a su realización no se encuentran convenientemente organizados, cuando no poseen las calidades personales, morales y jurídicas necesarias para desempeñar sus roles a plenitud, así como cuando no se les ha dotado de los medios logísticos idóneos para un mejor y más rápido desenvolvimiento.

En tercer lugar se ubica el papel que le corresponde desempeñar a los miembros del sistema social, pues ellos son quienes habrán de propiciar el funcionamiento del sistema de administración de justicia penal, para conocer los supuestos que presenten una aparente relevancia penal.

Se encargó de señalar en su momento Heinz Zipf²⁰⁵, que sólo un hecho punible que

²⁰⁴ No se debe perder de vista que lo que en última instancia existe es una interdependencia. Sea prueba de esto el hecho de que en el campo penal material se haya afirmado, a su vez, que las soluciones que la teoría del delito proponga en el marco de sus teorías parciales (tipicidad, antijuricidad, culpabilidad, etc.) deben ser *practicables*, es decir, referirse a circunstancias de hecho que sean determinables y comprobables de acuerdo con las reglas del Derecho procesal penal. BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal Parte general**. Buenos Aires - Argentina: Hammurabi, 1987, pág. 141.

llega a conocimiento de los órganos de persecución penal produce ésta. La generalidad de supuestos reside en que los hechos punibles no son de conocimiento directo de los agentes de persecución criminal, sino que llegan a éstos por la intermediación de los miembros de la comunidad, agraviados directamente con el evento criminal, por su denuncia. Resultan pues agentes de fundamental importancia en la administración de justicia los ciudadanos afectados, en razón de que son éstos quienes van a llevar la noticia del crimen hasta las instancias de persecución, y en la medida en que omitan esto los órganos de persecución estarán dejando de conocer supuestos en los que su participación resulta esencial para la convivencia en sociedad²⁰⁶. Sin embargo, en este nivel se presenta un efecto condicionante, pues en tanto el sistema de justicia no ofrezca una solución satisfactoria, por correcta y pronta, a los perjudicados en el delito, éstos pierden confianza en su funcionamiento y optan por ya no acudir a las vías de persecución pertinentes, sino que muchas veces se resignan o ensayan otras soluciones, incluso extralegales.

Este efecto negativo señalado se extiende, para llegar a los casos de colaboración con la administración de justicia en calidad de testigos. Cuando existe un sentimiento negativo respecto a la justicia penal los sujetos llamados a testificar se muestran renuentes o no le otorgan la importancia debida.

2. LA CRISIS DEL SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA PENAL.

La doctrina se ha pronunciado hasta la saciedad sobre la existencia de una profunda sensación de crisis en los sistemas de justicia penal de nuestros países latinoamericanos, generada según Binder²⁰⁷ por 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 de los derechos humanos, el abandono de una concepción puramente economicista de la idea de mercado, la aparición del concepto de “desarrollo institucional”, la presión institucional de todos aquellos sectores castigados por el terrorismo de Estado, la escasez generalizada de recursos -más dramática aun en el campo de la administración de justicia-, la falta de modelos de universidad, entre otros.

No obstante la corrección que pudiera haber en los factores mencionados es necesario tener en cuenta que son dos cosas diferentes: la “sensación” de una crisis y la concurrencia efectiva de ésta en nuestra sociedad. Como el propio profesor argentino ha

²⁰⁵ ZIPF, Heinz. **Introducción a la política criminal**. Jaén-España: EDERSA, Traducción de la edición alemana, 1979, pág. 111.

²⁰⁶ Sobre otros supuestos en los que los agentes de persecución penal dejan de conocer de eventos delictivos, vide HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del Derecho penal**. Barcelona-España: Bosch, Traducción de la edición alemana, 1984, págs. 77 y ss.

²⁰⁷ BINDER, Alberto. “Crisis y transformación de la justicia penal en Latinoamérica”, en AA.VV. **Reformas procesales en América Latina: la oralidad en los procesos**. Santiago-Chile: Corporación de Promoción Universitaria, 1993, pág. 67.

señalado: no se debe creer que por el mero hecho de que existe una “fraseología de crisis” o, incluso, una cierta “cultura de la crisis judicial”, ello significa efectivamente que el sistema ha entrado en crisis²⁰⁸. Es por esta razón que en los siguientes párrafos nos ocuparemos de justificar el porqué se puede sostener que el sistema de administración de justicia penal en nuestro país se encuentra en crisis.

2.1. Causas de la crisis de la administración de justicia penal.

a. Instrumentos normativos deficientes.

Los agentes de la administración de justicia penal trabajan con normas jurídicas, son ellas los principales instrumentos que deben utilizar para resolver los conflictos que se presenten para su conocimiento. Sin embargo, el legislativo no ha cumplido con su labor de una manera eficiente. El sistema normativo procesal penal presenta un panorama desolador -como se ha podido demostrar-, la estructura del proceso penal ordinario y la regulación de algunas de sus instituciones se encuentran viciadas de inconstitucionalidad; más aun, el proceso sumario: es abiertamente inconstitucional. Cosa similar ocurre en otros ámbitos a los que no hemos dedicado nuestra investigación, como, por ejemplo, en la legislación de seguridad nacional.

Entre la falta de eficiencia del legislativo se debe, también, contemplar la costumbre de recurrir a las prohibiciones penales como medio de “solución” para la mayoría de conflictos sociales con repercusiones en la opinión pública. Es usual la criminalización de conductas que conforme a los criterios político criminales modernos no deberían ameritar la intervención punitiva estatal. De esta manera se genera una sobrecarga de los supuestos en que se ha de requerir la intervención del funcionario judicial, que va a ser el caldo de cultivo de la morosidad en la tramitación y resolución de los procesos, del fenómeno de los presos sin condena y de la falta de eficacia en la persecución de casos realmente graves.

b. Falta de idoneidad de los funcionarios penales estatales.

En nuestro país es lamentable constatar que muchos de los funcionarios que se han de encargar de administrar la justicia penal carecen de la idoneidad necesaria para un correcto ejercicio de sus funciones.

Existe una gran variedad de factores que se conjugan para que el juez penal no esté en condiciones de afrontar de manera exitosa la responsabilidades que constitucionalmente se le han asignado. Entre las causas más importantes se puede mencionar:

c. Falta de capacidad jurídica (y de conocimientos auxiliares)

En ningún otro ámbito del Derecho existe mayor sujeción a la legalidad que en el Derecho punitivo, por lo que, para cumplir correctamente con su misión, el Juez especializado en lo penal debe conocer el Derecho positivo, tanto en el Derecho penal material como en el Derecho penal formal. No obstante, el mero conocimiento de las

²⁰⁸ BINDER, A. “Crisis...” pág. 68.

normas no es suficiente, pues si para su aplicación se requiere necesariamente de una interpretación previa, es imprescindible que este conocimiento vaya acompañado de una sólida formación teórica. Es necesario que el juez penal posea un manejo adecuado de los fundamentos, principios informadores y categorías dogmáticas del Derecho penal material, tanto en lo que se refiere al delito, como en lo que se refiere a la, por mucho tiempo olvidada, determinación de la pena; así como de los fundamentos, principios y categorías que sean propias del Derecho procesal.

Sin embargo, como lo venimos postulando a lo largo del presente trabajo, en la perspectiva jurídica, no va a ser suficiente el conocimiento de la normatividad legal, sino que también es de gran importancia el conocimiento y correcta interpretación y aplicación de la normatividad constitucional y su respectiva doctrina. Es, a fin de cuentas, la normatividad constitucional la que habrá de presidir la solución jurídica de los conflictos de carácter criminal.

Por otro lado, el juez penal debe poseer capacidad de análisis jurídico, es decir, capacidad para seleccionar los elementos jurídicamente relevantes de la vida social, construir con ellos un caso, y darle la solución que el Derecho le ha previsto²⁰⁹. De nada valdrían los conocimientos legales y teóricos si no se van aplicar correctamente en la realidad.

Finalmente, dentro del bagaje de conocimientos que necesariamente debe manejar para un correcto desempeño de sus funciones se encuentra un mínimo referido a disciplinas que sin ser propiamente jurídicas se encuentran profundamente ligadas al ejercicio de la potestad jurisdiccional en sede penal. Se debe conocer de criminología, criminalística, lógica, etc.

Concluyendo: el juez penal debe ser, como su misma denominación lo dice, un juez especializado en lo penal.

La realidad de gran parte de los funcionarios jurisdiccionales ni siquiera se acerca a la sucinta descripción que hemos realizado de las habilidades que debe poseer un juzgador de conflictos criminales. En caso nos aboquemos al estudio de las resoluciones jurisdiccionales expedidas en los procesos penales, nos podremos dar cuenta que existe un gran desconocimiento de las categorías que la dogmática otorga para determinar si en un caso concreto nos encontramos o no frente a un hecho punible, y de cual ha de ser la consecuencia jurídica específica ha aplicar. Deficiencias de similar intensidad se pueden encontrar en el momento de analizar la aplicación de las instituciones de naturaleza procesal²¹⁰.

Nuestro discurso se ha centrado en el juzgador, por ser, en el sistema legal vigente,

²⁰⁹ Cfr. BINDER, Alberto. **Introducción al Derecho procesal penal**. Buenos Aires-Argentina: Ad-hoc, 1993, pág. 29.

²¹⁰ Una Comisión de Reestructuración de la Administración de Justicia, convocada por el Ministerio del ramo, señaló a fines de 1992 que: "La lectura atenta de una muestra cualquiera de sentencias, demuestra el escaso nivel de preparación académica de un gran sector de magistrados"(COMISIÓN III. **Formación y capacitación de magistrados**", en **Foro. Nuevas perspectivas para la reforma integral de la administración de justicia en el Perú**. Lima-Perú: Ministerio de Justicia, 1994, pág. 48). En la actualidad la situación no ha cambiado mucho.

el funcionario estatal más importante en el proceso de persecución y juzgamiento del delito, sin embargo, en los miembros del Ministerio Público se pueden encontrar falencias similares.

Finalmente, no se debe desconocer en este lugar el esfuerzo que la Academia de la Magistratura viene realizando en la capacitación de los funcionarios estatales encargados de las funciones persecutoria y jurisdiccional; no obstante, en muchas ocasiones chocan con la falta de compromiso de los aspirantes a la magistratura, algunos de los cuales sólo ven los “cursos de formación” como una manera de obtener un nombramiento definitivo.

d. No existe una selección adecuada.

Señala Zolezzi que: ***“tanto la teoría como la evaluación de la realidad judicial de cualquier país conducen a una conclusión que suele concitar unanimidad: un ingrediente del cual puede depender en gran medida el éxito o el fracaso de un ordenamiento judicial es el sistema de elección de los magistrados”***²¹¹.

En nuestro país, la Constitución encarga en su art. 150 la selección y nombramiento de los jueces y fiscales al Consejo Nacional de la Magistratura, y en el inc. 1 del art. 154 se prescribe, para ello, la necesidad de un concurso público de méritos y una evaluación personal.

No obstante, la gran generalidad de funcionario de persecución y juzgamiento no han sido nombrados conforme a lo pergeñado en el texto fundamental.

Existe un gran número de magistrados que posee la calidad de provisionales, habiendo accedido al cargo sólo en función de relaciones o los beneficios que le podrían reportar al poder político, más no por su capacidad para el ejercicio de la magistratura.

e. El ejercicio de las funciones persecutoria y jurisdiccional carece de atractivos.

Para lograr que los magistrados penales desempeñen eficientemente sus funciones es necesario, también, que las personas que asuman los cargos de juez o fiscal sean abogados con capacidad; lo que sólo se conseguirá, salvo excepciones, cuando el ejercicio de la magistratura se presente lo suficientemente atractivo para que estos profesionales tengan como objetivo (o no descarten) acceder a ella. Sin embargo, en la actualidad ocurre lo contrario, conforme ha señalado Monroy, son “inagotables” las razones para no ser juez en nuestro país²¹².

Son variados los factores que pueden dar lugar a que la magistratura se presente como una atractiva oferta de trabajo, se pueden mencionar: el monto de las remuneraciones, las condiciones en las que se ha de trabajar, el status social que brinda el cargo, entre otros.

Sin embargo, la realidad presenta un panorama contrapuesto, en la mayoría de los casos la magistratura no se muestra atractiva, las remuneraciones de los funcionarios

²¹¹ Zolezzi Ibárcena, Lorenzo. “Informe sobre Perú”, en Cuadernos de análisis jurídico. Situación y políticas judiciales en América Latina. Santiago-Chile: 1993, pág. 475.

²¹² MONROY GÁLVEZ, Juan. “Por qué ser Juez en el Perú”, en *Ius et Veritas* N° 12. Lima-Perú: 1996, pág. 15.

poco pueden competir con lo que un buen abogado percibe en el ejercicio de la defensa, las condiciones en las que se debe trabajar no son las más apropiadas y los recursos escasos; si en algo se podría paliar esta situación con el prestigio del cargo y el poder que se ejerce, como se verá posteriormente, este factor se constituye en un arma de doble filo, en tanto es la razón de que muchas personas ansíen desempeñar la magistratura, pero para sacar un provecho ilícito de ella.

Esta falta de atractivos también se presenta en los abogados que ya han ingresado a la magistratura, generándose sentimientos de desidia en la correcta sustanciación de los procedimientos, así como respecto de su propia capacitación profesional.

f. La fracasada reforma del sistema procesal penal.

La sola reforma del sistema procesal no resulta suficiente, es necesaria una reforma global, no sólo procesal penal o normativa, más profunda sería, coherente y con el compromiso de quienes se han de encargar de crear la nueva realidad.

2.2. Etapas de una reforma procesal penal.

La reforma de cualquier sector del ordenamiento jurídico que pretenda lograr resultados positivos no es una tarea que se pueda realizar de manera acelerada. Para que se pueda arribar a la puesta en vigencia de un texto con aspiraciones de vigencia prolongada y de aplicación exitosa es necesario todo un proceso, que habrá de tener lugar en un lapso medianamente prolongado. Sólo después de este proceso, que debe ser lo más serio posible, recién se podrá poner en vigencia la nueva normatividad.

En nuestro concepto la enumeración de las fases por las que debe pasar todo proceso de reforma que ha realizado Alcalá-Zamora y Castillo es una de las más acertadas. Según este autor son necesarias²¹³ :

En primer lugar: Una etapa esencialmente crítica en la que se demuestre la necesidad imperiosa de reemplazar el texto anticuado y defectuoso, que quizás fue bueno en su día, pero ya dejó de serlo, por uno moderno y progresivo.

Son muy variadas las razones que pueden jugar para que se llegue a concluir en la conveniencia de reemplazar un texto procesal penal. La principal de ellas se encuentra en la falta de efectividad para la adecuada solución de los conflictos sociales de carácter criminal, que se constituye en uno de los factores determinantes de la crisis a la que nos hemos referido en párrafos anteriores; pero, también resulta de trascendental importancia la falta de adecuación de la normatividad legal con la normatividad constitucional. Esto último ocurre generalmente -como señala Cándido Conde-Pumpido²¹⁴ - con la implantación de un nuevo orden constitucional que proclama principios esenciales para el proceso penal y los individuos en él implicados, que han de servir de fundamento a un

²¹³ Cnf. cita CALVO SÁNCHEZ, María del Carmen. "Algunas sugerencias en torno a la futura reforma del proceso penal, en **Justicia N° 1**. Madrid-España: 1990, pág. 50.

²¹⁴ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido. "Las líneas inspiradoras de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal", en **Poder Judicial N° 04**. Madrid-España: 1982, pág. 27.

nuevo ordenamiento procesal, cuando los mencionados principios no encuentran adecuadas posibilidades de desarrollo en el sistema vigente y no pueden incorporarse al mismo con reformas parciales.

Por otro lado, se debe mencionar el progreso de las ciencias auxiliares del proceso penal, como los medios probatorios, la sicología del testimonio, la identificación de los delincuentes, las técnicas judiciales, etc.²¹⁵ que pueden haber cambiado profundamente desde que se concibió el sistema procesal que se cuestiona, pero que deben tener su reflejo en los modos de actuación procesal, si se quiere que la resolución del conflicto se encuentre lo más apegada posible a lo que realmente sucedió.

En segundo etapa: sería de carácter informativo, a fin de reunir los datos demográficos, estadísticos, relativos a personal forense con que se cuente y la preparación de que se disponga, a medios técnicos y de comunicación, a edificios utilizables para instalar en ellos los servicios de administración de justicia, etcétera.

En tercer lugar: se elaboraría el anteproyecto del nuevo cuerpo normativo.

En cuarto lugar: se posibilitaría que el anteproyecto sea estudiado y objetado por la magistratura, abogacía, profesorado universitario, entre otras personas interesadas.

En quinto lugar: se analizaría las críticas y propuestas realizadas en la cuarta hasta lograr la producción del proyecto.

En sexto lugar: se llevaría a cabo el debate parlamentario, que finalizaría con la sanción como ley del nuevo cuerpo normativo.

No obstante, lo acertado del diseño referido, creemos que, además, va a ser necesaria una octava etapa en la que, amparados en una *vacatio legis* más o menos prolongada, los agentes que van a actuar bajo la nueva normatividad tomen contacto con ella para su capacitación, así como, para que se provea a los órganos estatales de los medios logísticos necesarios para su correcta aplicación.

2.3. El curso de la fracasada reforma del proceso penal peruano

²¹⁶ Las tentativas por concretar una reforma del sistema de administración de justicia penal son de larga data. Ya en los años 60 se iniciaron movimientos de reforma que dieron lugar a varios proyectos de Código de Procedimiento Penal. Sin embargo, es recién desde el año de 1988 que estos esfuerzos señalado adquieren mayores posibilidades de concreción. La Ley N° 249111 del 25 de octubre estableció una Comisión Revisora que elaboro un Proyecto de Código de Procedimientos Penales, puesto en conocimiento de la opinión pública en noviembre de 1989. En este proyecto se consagró uno de los cambios estructurales de mayor trascendencia en todo los intentos

²¹⁵ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. "Las líneas..." pág. 27.

²¹⁶ Seguimos en la siguiente exposición a: "Exposición de Motivos del Código Procesal Penal de 1991"..... "Informe al Congreso Constituyente" contenido en Proyecto de Código Procesal Penal (Separta especial de El Peruano). Lima – Perú: jueves 5 de abril de 1995, pgs. 3 y ss. SAN MARTÍN CASTRO, Cesar. "La reforma del proceso penal peruano", en Revista Peruana de Derecho Procesal Tomo II Lima – Perú: Instituto Peruano de Derecho Procesal, 1998, pags. 229 y ss.

de reforma: el traslado de la función persecutoria e investigatoria al Ministerio Público.

El Proyecto de noviembre de 1988, como uno siguiente de agosto de 1989, fueron revisados por una Comisión Consultiva designada por el Ministerio de Justicia al amparo de la Resolución Ministerial N° 994-90-JUS la que, por su parte, presentó en octubre de 1989 el denominado "Proyecto Alternativo de Código Procesal Penal".

El proyecto de octubre de 1989 marca una pauta muy importante en la manera de entender el proceso penal en un estado moderno y respetuoso de los derechos y libertades fundamentales de la persona humana. Se estructura una normatividad que sin perder el norte de la eficacia resulta siendo profundamente garantista. Se incorporan instituciones nunca antes conocidas en nuestra legislación, como, el principio de oportunidad y conformidad, la tutela de intereses difusos, la prohibición de valoración de las pruebas ilegítimamente obtenidas, entre otras. Todo esto fue posible -además de nuevos enfoques de instituciones procesales tradicionales- gracias al valioso referente que constituyó el Código Modelo para Iberoamérica.

Mediante Ley N° 25281, del 30 de octubre de 1990, se nombró una Comisión Revisora para evaluar el "Proyecto Alternativo", la misma que sin cambios sustanciales propuso al Congreso el texto correspondiente, el mismo que fue aprobado y promulgado por D. Leg. 638 del 25 de abril de 1991.

En el cuerpo del D. Leg. 638 se dispuso que -dado lo novedosa de la normatividad- el Código recién entraría en vigencia el 01 de mayo de 1992, salvo determinados artículos, que entrarían en vigor inmediatamente: el principio de oportunidad, la medida coercitiva de detención y demás medidas coercitivas personales, así como la libertad provisional.

El quebrantamiento del orden constitucional en 1992, con el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional y su preocupación por una lucha frontal contra formas graves de criminalidad como el terrorismo y el tráfico ilícito de drogas, llevó a la postergación del plazo de entrada en vigencia del Código de 1991. Sin embargo, entre tanto, se pusieron en vigor otras normas contenidas en su texto, como: la excarcelación por exceso en tiempo de la detención y el otorgamiento al representante del Ministerio Público de la autorización para el levantamiento de cadáveres.

En la necesidad de buscar su legitimación el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional gestó la aprobación de una nueva Constitución, la que fue aprobada en año de 1993. En esta norma fundamental se incorporaron algunas instituciones procesales que cambiaban en buena parte la concepción expresa que la Constitución tenía del proceso penal, especialmente por la consagración de la potestad persecutoria e investigatoria del Ministerio Público; pero, además, porque se consignó de forma expresa la superioridad funcional de los fiscales respecto de la policía y se precisó que los únicos supuestos en los que la detención se encontraba admitida era en los casos de flagrancia.

En el mes de abril de 1994 el Congreso Constituyente aprueba la Ley N° 26299, mediante la cual crea una Comisión Especial encargada de revisar la conformidad del texto del Código procesal penal de 1991 con la Constitución de 1993, autorizándola a proponer las nuevas normas a que diera lugar. Esta Comisión estuvo conformada por los

más destacados cultores del Derecho procesal en nuestro país, pudiéndose mencionar los nombres de César San Martín Castro, Florencio Mixán Mass, Arsenio Oré Guardia, Pablo Sánchez Velarde, entre otros.

Conservando la filosofía garantista del Código procesal penal de 1991, la Comisión presentó un Proyecto de Código en el mes de marzo de 1995, en el cual se introducían algunas innovaciones, que habían sido recogidas del derecho comparado. Así, en materia de constitución de las partes, medidas cautelares, recurso de casación, proceso monitorio, terminación anticipada, recogidas del Código de Procedimiento Penal Italiano, que entró en vigencia el 24 de octubre de 1989. Del proyecto Maier se tomó la explicación normativa de lo que debe entenderse por peligrosidad procesal. De las reformas recientes del proceso penal español se tomó el instituto de la conformidad, la validez de los actos sumariales, entre otros.

El Congreso Democrático Constituyente no se pronunció respecto del Proyecto de Código Procesal Penal presentado por la Comisión Especial. Sin embargo este fue materia de pronunciamiento aprobatorio por el Congreso que inicio sus funciones en Julio de 1995.

Llegada la ley que aprobaba el nuevo Código Procesal Penal, el presidente de la República la observó en dos extremos; por un lado, errores formales de concordancia y, por el otro, falta de correlación entre las facultades policiales respecto a la investigación del delito y la propia estructura del código. En la legislatura siguiente cumplió con pronunciarse, aceptando en parte las observaciones presidenciales.

Es este el estado actual del proceso de reforma del sistema procesal penal en nuestro país: una reforma trunca y que duerme el sueño de los justos, del que no se avizora aún en que momento despertará.

3. CRITERIOS PARA LA SOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS DEL SISTEMA PROCESAL PENAL PERUANO: HACIA LA MATERIALIZACIÓN DE LA REFORMA.

Como se ha podido advertir de lo expuesto, la reforma del proceso ha trascendido hoy los alcances de una necesidad política, para situarse en el plano más importante aun de la necesidad práctica. La administración de justicia penal ha sido descrita como colapsada, ineficiente e inoperante desde varios y muy diversos ángulos de observación, pues no responde a ninguno de sus posibles fines primarios²¹⁷.

²¹⁷ MAIER, Julio B. J. "Democracia y administración de justicia penal en Latinoamérica. Los proyectos para la reforma del sistema penal", en *Jueces para la democracia* N° 16-17. Madrid-España: 1992, pág. 12. [Este trabajo también ha sido publicado en: AA.VV. *Reformas procesales...* págs. 25 y ss].

La reforma del sistema de impartición de justicia penal en nuestro país se constituye en una necesidad insalvable, de la que, lamentablemente parecen no haberse dado cuenta los personajes encargados de su materialización.

Una decisión tan importante como la reforma del sistema procesal requiere como cuestión previa fijar la función que en el contexto socio-estatal vigente le corresponde al proceso penal, sólo así puede individualizarse el norte que debe seguir la reforma ²¹⁸.

Si bien tradicionalmente se ha sostenido para el proceso penal una finalidad única, la de actuación del Derecho penal material, es decir, la aplicación del ius puniendi en los casos en que se determine la comisión de un evento delictivo, lo cierto es que en un Estado social y democrático de Derecho la función del proceso no se puede reconducir a este único objetivo ²¹⁹, sino que es necesario tener una visión más amplia, toda vez que en la resolución jurídica del conflicto criminal no se encuentran en juego únicamente intereses estatales, sino que también hay otros intereses comprometidos. Es en este sentido que Gimeno Sendra ha señalado que el proceso penal se erige en un instrumento neutro de jurisdicción ²²⁰.

Así, se debe tener en cuenta el interés del sujeto contra el que se dirige la persecución para que en el curso de ésta se respeten sus derechos y libertades fundamentales; así como, su interés a conservar su estado de libertad (no ser condenado) una vez finalizada la tramitación.

Estos son los dos primeros grupos de intereses (contrapuestos) que se tienen que conciliar, el gran reto del Derecho procesal penal a través de todos los tiempos. No se puede preferir el interés punitivo estatal frente a los intereses de la persona perseguida, que, incluso, actualmente tienen en su mayoría el rango de derechos fundamentales; pero tampoco se puede proveer excesivamente a la posición del imputado, pues esto generaría la ineficacia de la persecución. No se puede olvidar que el ultragarantismo es un vicio que puede conducir al fracaso de cualquier reforma ²²¹.

Sin embargo, en un estado que se configure para el servicio de una sociedad personalista, conforme lo declara el art. 1 de la Constitución Política de 1993, el proceso penal debe también posibilitar la efectiva satisfacción de los intereses de la víctima, toda vez que se trata del personaje que ha sido perjudicado con el hecho criminal, el sujeto al que materialmente le corresponde el conflicto social constitutivo del delito.

3.1. Lineamientos para la reforma del sistema procesal penal.

²¹⁸ En este sentido, GIMENO SENDRA, Vicente. "La reforma del proceso penal en el actual sistema democrático español", en **Revista de Derecho procesal N° 03**. Madrid-España: 1992, pág. 506.

²¹⁹ Cfr. GIMENO SENDRA, Vicente, en él mismo-MORENO CATENA, Víctor-CORTES DOMINGUEZ, Valentín. **Derecho procesal penal**. Madrid-España: COLEX, Segunda edición, 1997, págs. 25 y ss.

²²⁰ GIMENO SENDRA, V. "La reforma..." pág. 506.

²²¹ CALVO SANCHEZ, M. "Algunas..." pág. 52.

A. Dirección fiscal de la investigación: El nuevo rol del ministerio público fiscal.

Entregar la dirección de la investigación no comporta necesariamente la eliminación del juez especializado en lo penal de la etapa de investigación. Sobre todo, el funcionario jurisdiccional deberá intervenir para adoptar las medidas restrictivas de derechos tanto de naturaleza personal como real, cuando la Constitución les haya confiado en exclusiva la posibilidad de su limitación²²². No se puede olvidar tampoco la labor de garantía que debe cumplir el juez en la etapa de investigación, si se quiere conseguir la adecuada paridad en la actuación de las partes²²³.

Estructurar el proceso sobre la idea del conflicto, impone realizar un debate entre partes en PARIDAD de condiciones, frente a un tercero imparcial (juez pasivo). Esta fórmula adquiere particular trascendencia, toda vez que **“el método en el procedimiento penal es el verdadero guardián de las libertades ciudadanas”**²²⁴.

En ese orden corresponde reedificar el rol de los fiscales durante todo el proceso penal. No se trata de que reemplacen al antiguo (y aún vigente en diferentes códigos) Juez de Instrucción, sino de que asuman el papel de PARTE en paridad con la defensa, sin posibilidad de ejercer poder alguno sobre la persona del imputado.

Al no haber reemplazo ni sustitución en la labor del juez a cargo de la investigación, corresponde determinar cuál es el alcance de su función.

En primer término, es dable recordar que la investigación penal preparatoria no es del juicio, sino de la acusación. La preparación de la acusación, anterior al juicio, se lleva a cabo únicamente en provecho del acusador y no influirá para nada en la marcha del nuevo juicio, con excepción de aquellos actos de esta etapa, que en razón de su oportunidad y modalidad no pueden ser repetidos en iguales condiciones (los denominados actos irreproducibles), y que en ese carácter excepcional se proyectan en el debate oral a través de su incorporación por lectura, pero que a pesar de ello son controlados mediante otras pruebas. Esto significa que, durante esta etapa no se requiere, en principio, intervención del órgano jurisdiccional, más aún podemos imaginar innumerables supuestos en los que no intervenga el juez (llámese de control o de garantías), tales como los casos de flagrancia en los que no procede la adopción de medidas de coerción.

Sin embargo, el límite de la acusación está dado por el “apercibimiento” o “intimación”, es decir, por la puesta en conocimiento del imputado de los hechos que se le atribuyen, o cuya comisión se sospecha, como también de las pruebas de cargo, sin perjuicio de que algunas sean reservadas para el juicio. Este apercibimiento debe ser útil para ser eficaz, por lo tanto debe ser completo y a tiempo. Tal limitación impone hacerle conocer al imputado dichas circunstancias, de modo de que pueda contar con un intervalo de tiempo para ejercer el poder de refutar la acusación. Esta misma exigencia

²²² Cfr. CALVO SANCHEZ, M. “**Algunas...**” pág. 68.

²²³ CALVO SANCHEZ, M. “**Algunas...**” págs.68.

²²⁴ Carrara, Francisco, **Tratado, Tomo II, Ed. Depalma, 1997, p. 270**.

genera la necesidad de posibilitar el control en la recolección de pruebas que excedan la mera preparación del juicio. Esto es, aquellos actos que puedan proyectarse en el debate. Asimismo, el criterio objetivo con que deben actuar los fiscales les impide prueba en favor del acusado.

La segunda limitación está dada por la imposibilidad de disponer medidas violatorias de los derechos personales o patrimoniales. Por lo tanto, estas deben ser solicitadas motivadamente, al juez, he aquí la función de custodia de las garantías constitucionales del órgano jurisdiccional, al evaluar la procedencia o no de actos que agreden la intimidad y/o privacidad, tales como las requisas o la privación del derecho de deambular, habilitando el encarcelamiento preventivo a través de la detención, por ejemplo; ello solo con la excepcionalidad autorizada por la propia Constitución Nacional, para hacer el juicio.

De lo dicho deviene lógicamente que los jueces durante la investigación preparatoria sólo intervienen a petición de la parte: del fiscal para autorizar la coerción procesal (cautelar preventiva o asegurativa), y del imputado, frente al riesgo de cercenamiento del ejercicio de la defensa, con los alcances del apercibimiento que comprende el control de ciertos actos.

Lo referido, en orden a la carga de la acusación y prueba de la misma en cabeza del Ministerio Público Fiscal.

Por otra parte, el órgano jurisdiccional debe intervenir, inevitablemente, en la denominada etapa intermedia, que se lleva a cabo para saber si se va a hacer el juicio o no. Sin embargo, esta intervención tiene por objeto garantizar el contradictorio, pero de modo alguno puede significar el ejercicio de poder decisorial a cerca de la conducta que debe adoptar el perseguidor penal público.

Felizmente, el juicio se desarrolla para saber si se puede penar, siendo esa la oportunidad en la que se debe ofrecer y producir toda la prueba de cargo tendiente a destruir el estado de inocencia del acusado. Reitero, que la prueba recolectada durante la etapa preparatoria tiene, como única finalidad, definir si se va a acusar o sobreseer, constituyéndose únicamente en vehículo para abrir o no el debate del juicio.

Sin embargo, en la práctica, la instrucción formal ha reemplazado al juicio como resabio de la inquisición. Por ello, resulta difícil entender que los fiscales de modelo acusatorio no cumplen el rol tradicional de los jueces, si es que se recupera la estructura lógica del proceso, pues requiere la existencia de OTRO, distinto del juez, el PERSEGUIDOR, y que a su vez, ambos cumplan funciones esencialmente diferentes, uno persigue y otro ejerce la iurisdictio (“Las funciones investigadora y de persecución estarán estrictamente separadas de la función juzgadora”, art. 2° inc. 1, Reglas de Mallorca).

Lo expuesto implica que “todas las pruebas habrán de ser practicadas ante el Tribunal sentenciador” (art. 29.1, Reglas de Mallorca), justamente por lo que el juicio oral constituye una garantía de juzgamiento, toda vez que, como enseña Julio Maier “... **la ley cuando asume un proceso del tipo que lleva como bandera el juicio oral o el debate oral, lo que quiere es que la verdad se obtenga en otra forma... es decir que no se obtenga, por el paciente trabajo de una persona que haciendo las veces de**

historiador recopila antecedentes del caso, los fija en registros o actas y, después de eso indica cuál es la solución del caso”.

El proceso penal es el “único método legítimo para el ejercicio del poder penal y, por lo tanto, cumple en su conjunto una función de garantía preservadora de la idea de Estado de Derecho”²²⁵, cuya configuración requiere el cumplimiento de reglas mínimas de juzgamiento que surgen indisolublemente ligadas a los intereses en pugna y que a su vez representa el límite al ejercicio del poder penal del Estado.

Estas reglas mínimas, incluyen un imperativo constitucional, representado por la imposición de que el juzgamiento esté a cargo del “Juez o Tribunal imparcial”, garantía que está directamente ligada a la pasividad del órgano, no sólo durante la investigación, sino también en el debate, y al activismo de tal carácter a quien tiene la carga de destruir el estado de inocencia del imputado, es decir el fiscal.

De modo que la verdad emerja de la contraposición de los intereses que los sujetos representan en el litigio, toda vez que los jueces son responsables de la realización de un juicio justo, y no de la búsqueda de la verdad. El juez semejante a un gigante de cien brazos con el arbitrio que tradicionalmente se le confirió a lo largo de todo el proceso penal, debe desaparecer en las legislaciones del siglo XXI.

b. Celeridad procesal y reforma

En Europa, la política de aceleración del procedimiento penal se ha desarrollado a través de la potenciación de la figura del Ministerio Público y del Principio de oportunidad, así como mediante la creación de nuevos procedimientos penales simplificados. El Ministerio Público en Europa, que estaba por tradición encargado de la “preinstrucción” o investigación preliminar (o enquête préliminaire en Francia, Italia o Portugal), ha pasado, en Alemania a convertirse en el “dueño de la instrucción” tras la reforma operada en el StPO por la Ley de 9 de diciembre de 1974. De este modo, se ha producido una notable descongestión de las actividades de los Jueces de Instrucción, quienes limitan su función a actividades netamente jurisdiccionales, como lo son la adopción de medidas limitativas del ejercicio de los derechos fundamentales (medidas coercitivas como la detención, registro domiciliario, embargo, etc) o la de enjuiciamiento y fallo de los delitos. Dicha descongestión se realiza, sin afectar el principio acusatorio, por cuanto la actividad instructoria pasa a ser desempeñada por un órgano distinto al que ha de asumir la actividad decisoria.

Por otra parte, la agilización de la justicia penal se ha obtenido mediante la descriminalización de determinadas conductas de escasa significación social, que han pasado a convertirse en ilícitos administrativos. Esta política ha potenciado en Europa el procedimiento administrativo sancionador, lo que ha motivado la necesidad de incrementar sus garantías constitucionales, a modo y semejanza del procedimiento penal. Esto en nuestro país está descuidado, pues por el contrario, en la década del 90 el derecho penal peruano sufrió de inflación penal, a consecuencia del desborde del derecho penal de emergencia, que fue diseñado inicialmente para los delitos de terrorismo y narcotráfico, pero que se expandió a la delincuencia común. Este Derecho

²²⁵ Binder, Alberto, “Justicia Penal y Estado de Derecho, Ed. Ad Hoc p.53/55

penal de emergencia, encontró como aliado a la concepción inquisitiva del proceso penal y del Juez, maximizando así, la necesidad de concretizar la sanción penal. En este marco, se hizo muy difícil introducir las reformas de simplificación penal, así como del principio de oportunidad, que pese a estar vigente desde 1991, no se aplicaba en la medida de las expectativas del legislador penal.

En lo estrictamente procesal, la reforma del proceso hacia formas más aceleradas, se han centrado en el principio de oportunidad y en la simplificación procesal. En el primero se encuadran los supuestos de negociación sobre el objeto del proceso penal (responsabilidad penal), mientras que el segundo comprende los casos de supresión de fases procesales por algún supuesto justificado y previsto en la Ley.

Los casos de negociación en nuestra legislación están referidos al principio de oportunidad previsto en el art. 2º del CPP de 1991 (norma vigente), la terminación anticipada y la colaboración eficaz. El real aporte de estas formas de negociación para con la celeridad procesal, está directamente relacionado con su mayor cobertura sobre la criminalidad. En el caso del principio de oportunidad, su alcance está dirigido básicamente sobre la generalidad de los delitos menos graves; en cambio, los otros dos casos, limitan su alcance sólo hacia determinados delitos, cuando en realidad su alcance debería ser mayor, y cubrir así el resto de la criminalidad, para poder potenciar la celeridad procesal. Esta es una reforma urgente, para dotar al proceso penal peruano de mayor selectividad, y así garantizar el derecho de la persona imputada a ser juzgada en el plazo razonable.

De otro lado, la simplificación procesal consiste en la inclusión de supuestos abreviados o simplificadores del proceso. No disponen del objeto del proceso, sino tan sólo lo aceleran. Así por ejemplo son los casos del “proceso penal por flagrante delito” y del “proceso penal monitorio”.

El procedimiento por flagrante delito fue insaturado, por primera vez, en la Ley francesa de 20 de mayo de 1863 de donde pasó a la LECRIM española, hasta que el legislador de 1967 lo abolió para sustituirlo por los procedimientos de urgencia. En la actualidad mantienen dicho procedimiento: Alemania (die Beschleunigtes Verfahren), Italia (el giudizio direttissimo) y Francia (procédure par délit flagrant). El objeto de dicho procedimiento lo constituyen los delitos flagrantes, si bien en Alemania es reclamable para cualquier delito de fácil enjuiciamiento (hasta penas privativas de un año) y en Italia las últimas reformas han ampliado su ámbito de aplicación. Su finalidad estriba en obtener el juicio oral el mismo día de presentación de la denuncia en el Juzgado o en un plazo no superior al mes. Para el logro del primer objetivo se suele requerir el consentimiento del detenido, el cual ha de estar asistido de abogado. Las principales especialidades de este procedimiento residen en el carácter informal de los emplazamientos y citaciones (que puede realizar la propia policía judicial), la inexistencia de la instrucción (fuera del interrogatorio del detenido y la obtención telegráfica de los antecedentes penales y la acusación oral del Ministerio Fiscal.

El procedimiento penal monitorio es originario del derecho alemán (das Strafverfahren), habiéndose extendido a una buena parte de los países europeos, de entre los que cabe señalar Francia (*procédure simplifiée ou par ordonnance*), Italia

(*giudizio per decreto*), Austria, Luxemburgo, Noruega, Suecia, cantones suizos y Turquía. Se trata de un proceso especial destinado al rápido enjuiciamiento de contravenciones penales o faltas, informado por el principio de la escritura y caracterizado por la inmediata creación de un título penal de ejecución, que en ningún caso ha de conllevar aparejado pena privativa de libertad alguna y frente a la cual se le confiere al imputado al imputado al derecho a allanarse o a ejercitar su oposición mediante la instauración del contradictorio.

En nuestro proceso penal vigente, no existen mecanismos de aceleración, que permitan satisfacer el derecho humano a un juicio penal breve. Por ejemplo, si una persona es detenida en flagrante delito, se le someterá a un proceso sumario u ordinario, según se trate, y en donde deberán observar sus plazos y fases procesales establecidos. Es muy frecuente observar que en estos casos, los jueces esperan ver vencidos los plazos, para recién dar por concluida la instrucción, sin tener en cuenta que la instrucción también puede concluir cuando ésta alcanza sus fines, es decir, haber incorporado la prueba del delito y la responsabilidad penal. En el caso del delito flagrante, aun cuando no exista un procedimiento vigente para ello, se puede desde la jurisprudencia, establecer criterios simplificadores sobre la base de que en el delito flagrante, el objeto del proceso ya está del todo asegurado, y lo que faltaría sería tan sólo posibilitar la contradicción probatoria, para así poder garantizar el derecho a un juicio breve y sin dilaciones.

Otro aspecto descuidado en nuestro proceso penal es el caso del procesado confeso. Si la confesión permite completar la convicción del magistrado, éste podría simplificar el proceso garantizando el derecho de defensa de los sujetos procesales. Pero en todo caso, si ya está asegurado el objeto del proceso, y existe conformidad de las partes, no hay razón para dilatar el fallo que ponga fin al proceso penal.

c) Fortalecimiento de un Derecho Administrativo Sancionador.

Otro de los grandes vacíos de nuestra legislación penal procesal, es la falta de un desarrollo sistemático del Derecho Administrativo sancionador, aun cuando no corresponda al Derecho procesal penal su desarrollo, tiene directa implicancia con la eficacia del control penal, pues maximiza la prevención y protección de bienes jurídicos por el derecho administrativo, garantizando así una intervención mínima del derecho penal, permitiendo una reducción de los juicios penales y su mayor celeridad, así como garantiza que no se vulnere el principio *ne bis in idem*.

No olvidemos que el estado ejerce su *ius puniendi* a través de dos vías: el derecho penal (jurisdicción penal) y el derecho administrativo sancionador (autoridad administrativa). Por el primero se aplican las penas a los culpables de delito, previo juicio penal, mientras que en el segundo caso, la administración y otros entes de derecho público imponen sanciones no privativas de libertad por la comisión de hechos ilícitos.

Por ejemplo, en el ámbito del derecho económico, el Estado regula el funcionamiento del mercado, la libre competencia y la protección de los consumidores, encargando al INDECOPI²²⁶ la competencia de conocer y sancionar las infracciones previstas en la ley administrativa. La imposición de estas sanciones corresponde como regla general a una autoridad administrativa con mayor o menor grado de autonomía o un ente de Derecho

público creado específicamente para vigilar y garantizar la observancia del conjunto de normas que regulan un determinado sector económico.

La aplicación del cuadro sancionador por las autoridades administrativas competentes debe efectuarse necesariamente según un procedimiento previamente establecido en la propia ley o alguna disposición que la desarrolle, otra norma a la cual se remita o, de forma subsidiaria, según lo previsto en el Reglamento de Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora.

Desde la perspectiva de nuestro estudio, el problema aparece porque el legislador tipifica como delito acciones u omisiones que simultáneamente son subsumibles en normas administrativas sancionadoras. Con ello se permite al Estado ejercitar su *ius puniendi* a través de dos vías distintas: el proceso penal y el procedimiento administrativo sancionador.

Al respecto, el Tribunal Constitucional español, mediante sentencia STC 77/1983, ha reconocido expresamente “la subordinación de los actos de la Administración de imposición de sanciones a la autoridad judicial”, de modo que “la colisión entre una actuación jurisdiccional y una actuación administrativa haya de resolverse en favor de la primera”, de lo cual se desprende una triple consecuencia: “a) el necesario control a *posteriori* por la autoridad judicial de los actos administrativos mediante al oportuno recurso: b) la imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo situaciones o procedimientos sancionadores en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta según el Código Penal o las leyes especiales mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos, y c) la necesidad de respetar la cosa juzgada”.

Pero sin duda que de los tres efectos, el que más interesa desde la perspectiva del trabajo es verificar si estamos o no ante un proceso penal que se viene desarrollando con violación del principio *non bis in idem*.

En la actualidad existe un amplio consenso acerca de la imposibilidad de encontrar diferencias cualitativas entre las infracciones y sanciones criminales y administrativas que justifiquen su diversa regulación. Teóricamente, el criterio cuantitativo, según el cual el Derecho administrativo sancionador se ocuparía de las infracciones de escasa lesividad social, sancionadas con penas menos graves que las previstas por el Derecho penal, el que más bien está reservado para el castigo de las conductas más graves para la convivencia social, esta distinción muy obvia, sin embargo, en legislaciones sobrecriminalizadoras como la nuestra, se pierde.

Cuando un mismo hecho es constitutivo de una infracción administrativa y de otra penal simultáneamente, el principio *non bis in idem* impide imponer una doble sanción si

²²⁶ Organismo estatal creado mediante Decreto Ley N° 25868, del 6 de noviembre de 1992, Ley de Organización y funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual INDECOPI, tiene como competencia “...la aplicación de las normas legales destinadas a proteger: a) el mercado de las prácticas monopólicas que resulten controlistas y restrictivas de la competencia en la producción y comercialización de bienes y en la prestación de servicios, así como de las prácticas que generan competencia desleal y de aquéllas que afectan a los agentes del mercado y a los consumidores; b) los derechos de propiedad intelectual en todas sus manifestaciones; c) la calidad de los productos, y d) otros que se le asignen.”.

además concurre la identidad de sujetos y de bienes jurídicos protegidos.

En el ámbito del Derecho procesal penal, la prohibición de sancionar dos veces una misma conducta es una garantía constitucional, por lo que su violación acarrea la invalidez del segundo proceso penal violatorio. Sin embargo, el principio *non bis in idem*, también resulta exigible, cuando un mismo hecho es sancionado administrativa y jurisdiccionalmente. Los principales efectos procesales del *non bis in idem* giran en torno a los siguientes aspectos: a) en la identidad de sujetos, hechos y fundamento entre el objeto del procedimiento administrativo sancionador y del proceso penal, como presupuesto del *non bis in idem*; b) en los efectos que la referida prohibición despliega cuando existe un proceso penal y un procedimiento administrativo sancionador en curso que parecen tener el mismo objeto procesal, y por último, c) en las consecuencias que tiene el contenido de la resolución penal sobre el procedimiento administrativo sancionador.

A. Presupuestos: identidad de objeto

Dado que el principio *non bis in idem* únicamente se aplica cuando existe una coincidencia subjetiva, fáctica y de fundamento entre el objeto del proceso penal y del procedimiento administrativo sancionador, parece conveniente comparar los elementos que integran ambos objetos para determinar el ámbito de aplicación y las excepciones al referido principio.

a) Identidad de hechos

Desde el punto de vista de la identidad de los hechos, en numerosas ocasiones el Derecho penal tipifica como delito sólo los aspectos más relevantes de una conducta que, de forma más amplia, se sanciona administrativamente. En tales casos, cabe preguntarse si el principio *non bis in idem* impide a la Administración iniciar o continuar un procedimiento administrativo sancionador que tenga por objeto dichas consecuencias accesorias o conductas colaterales.

En nuestro ordenamiento, el principio constitucional de la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, prohíbe a toda autoridad diferente, avocarse a causas pendientes en el Poder Judicial. En la misma línea, algunos ordenamientos sectoriales prevén expresamente la posibilidad de imponer una sanción administrativa por hechos colaterales o relacionados con el objeto procesal penal. En este caso, lo más conveniente es suspender el procedimiento administrativo hasta la finalización del penal y comprobar entonces si, a la vista de la sentencia, pueden adicionarse otras sanciones concurrentes. Únicamente cuando se trate de hechos escasamente relacionados entre sí, podría admitirse que se inicie y concluya el procedimiento administrativo sancionador, sin esperar al resultado del proceso penal.

Por otra parte, puede también darse el supuesto de que un sujeto haya realizado varios actos, que todos ellos sean constitutivos de infracción administrativa y sólo uno integre el supuesto de hecho de la norma penal. En tal caso, el procedimiento administrativo podría continuar para sancionar los otros actos ilícitos, aunque deberá examinarse, en cada caso concreto, la relación que existe entre todos ellos, y descartar la figura de que las infracciones administrativas sean medios para la consumación del delito.

b) Identidad de sujetos

Hay que tener en cuenta que los sujetos a quienes se les puede imputar la conducta ilícita, pueden ser para el derecho penal sólo personas físicas, mientras que para el derecho administrativo sancionador, lo son las personas físicas y también las personas jurídicas. Por ejemplo, en el ámbito de la libre competencia, las penas previstas en los arts. 239, 240, 241, 242 y 243 CP (pena de prisión y multa) son aplicables únicamente a las personas físicas responsables de los respectivos delitos, mientras que las sanciones previstas en el art. 23 del D.Leg. 701, modificado por Ley 26004, prevé que “La Comisión Nacional de Libre Competencia podrá imponer a las personas naturales o jurídicas ... multas...”. De esta forma, si en el proceso penal consideramos vigente aún el antiguo aforismo *societas delinquere non potest* en toda su extensión, la imposición de penas a las personas físicas en un proceso penal no debe impedir la iniciación o continuación de un procedimiento administrativo sancionador con el objeto de sancionar a las personas jurídicas responsables de los mismos hechos.

Sin embargo, como es sabido, nuestro Código Penal -aunque no reconoce expresamente la responsabilidad de las personas jurídicas- enumera en su art. 105 un conjunto de consecuencias penales (llamadas “accesorias”) aplicables directamente a las empresas. Tales como la clausura de locales, la disolución de la sociedad o la suspensión de sus actividades pueden dictarse desde el proceso penal, por hechos que generalmente se refieren a delitos de naturaleza socioeconómica. En tales casos, si el órgano judicial decide imponer alguna de estas consecuencias accesorias, aunque en un sentido estricto no se trate de penas impuestas a personas jurídicas, son consecuencias jurídico penales, por lo tanto, debe entenderse que con ello se impediría a la Administración, procesar y sancionar el mismo hecho, siempre que se de la triple identidad.

c) Identidad del bien jurídico protegido.

La tercera condición para aplicar el *non bis in idem* es la identidad causal o de fundamento entre la sanción administrativa y la penal, la misma que se determina de acuerdo al bien jurídico protegido por una u otra norma. Si este bien jurídico es coincidente, no será posible aplicar ambas sanciones al mismo hecho.

La excepción a esta regla se da cuando la infracción administrativa tiene una finalidad distinta, porque protege un bien jurídico diferente al tutelado por la norma penal. En el ámbito del Derecho penal económico es poco frecuente sancionar administrativa y penalmente una misma conducta para proteger bienes jurídicos distintos, salvo cuando existen relaciones de sujeción especial. Fuera de estos casos, las normas penales tienden a proteger los mismos intereses (el crédito, los tributos, el medio ambiente, los consumidores, etc.), e incluso se critica por la doctrina que la norma penal no añada a veces un mayor reproche y se limite a reproducir el supuesto de hecho de la norma administrativa.

A pesar de lo dicho anteriormente, es pertinente señalar que la jurisprudencia constitucional tiene declarado que el principio *non bis in idem* impide la doble sanción penal y administrativa cuando exista identidad de sujetos, hechos y fundamentos, pero señala a continuación que la misma jurisprudencia admite la duplicidad de sanciones

cuando el sujeto y los hechos al mismo imputados guarden relación con la supremacía especial que dimana del ejercicio de una función pública o de la prestación de un servicio, o cuando entre la Administración y el sujeto sancionado existe una relación de supremacía especial²²⁷

Asimismo, se admite la compatibilidad de sanciones administrativas y penales frente a una misma conducta cuando los sujetos se hallan vinculados con la Administración a través de relaciones que pertenecen a lo que una doctrina reciente denomina el círculo interior del Estado, entre las cuales se entienden incluidas los supuestos de licencias y autorizaciones. Así, después de haber condenado a un sujeto en un proceso penal por la comisión de un delito, los mismos hechos pueden dar lugar a una sanción disciplinaria que se concrete en la clausura del establecimiento cuya apertura se había autorizado por la Administración, sin entender por ello vulnerado el principio *non bis in idem*²²⁸.

En consecuencia, el principio *ne bis in idem* se configura como un derecho fundamental de la persona humana frente a la decisión de un poder público de castigarlo por unos hechos que ya fueron objeto de sanción, como consecuencia del anterior ejercicio del *ius puniendi* del Estado. Por ello, la garantía del *non bis in idem* no puede depender del orden de preferencia que normativamente se hubiese establecido entre el derecho administrativo y el derecho penal, sino que la preferencia de la jurisdicción penal sobre la potestad administrativa sancionadora debe ser entendida como una garantía del ciudadano.

Lamentablemente, una de las formas por las cuales se viene limitando esta garantía en nuestro país, es la dependencia y subordinación de la jurisdicción penal a la autoridad administrativa, bajo el falso argumento de la “especialidad” o “tecnicidad”. La mayoría de normas administrativas que regulan aspectos vinculados al derecho económico,

²²⁷ Las relaciones de sujeción especial son aquellas que se producen entre la propia Administración y los administrados que se sitúan en una posición más vinculada a su organización que el resto de los ciudadanos, por trabajar para ella, por realizarle obre encargadas, por prestar un servicio en su nombre, por ostentar en algunas materias su representación, e incluso por estar interno en alguno de sus centros penitenciarios. Cuando existe una relación de sujeción especial entre la Administración y el infractor, el TC y el TS admiten una dualidad de sanciones siempre que el bien jurídico protegido por la norma administrativa se distinto al tutelado por la norma penal, y la sanción prevista por aquélla sea proporcionada. Esta jurisprudencia se remonta a la STC2/1981, de 30 de enero, en la cual declaró nuestro TC la vigencia del *non bis in idem* en el ámbito sancionador salvo cuando existiese una relación de supremacía especial de la Administración -relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc- , que justificase el ejercicio del *ius puniendi* por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración.

²²⁸ La STS de 21 de noviembre de 1990 justifica esta duplicidad de sanciones del siguiente modo: ...existiendo pues una relación de naturaleza especial o peculiar entre la Administración autorizante y el autorizado, la privación de la licencia o autorización concedida y de la cual se ha abusado, no supone otra cosa que una actuación doméstica o interna, tendente a privar al recurrente de la situación jurídico administrativo de ventaja que se le había otorgado, puesto que la Administración deja sin efecto un acto favorable al sancionado, como consecuencia de la conducta ilegal de éste, manifestándose así, frente a la actividad represiva del orden penal, una finalidad protectora del orden administrativo, puesto que con la rescisión de un acto administrativo anterior (el otorgamiento de la autorización administrativa) se pretende evitar, ante todo que el acto pueda continuar causando un perjuicio, sobre la base de dicho acto otorgado para otros fines, toda vez que la Administración padece perturbación en el servicio público, entendido en su sentido amplio de acción administrativa (...)

contienen una suerte de condiciones previas o “requisitos de procedibilidad”, que impiden la instauración de la jurisdicción penal, hasta que la autoridad administrativa decida lo conveniente. Esto posibilita, que un hecho que “merece” la tutela jurisdiccional, pueda ser excluida por la decisión inapelable de la autoridad administrativa. O la inversa, un hecho que no sea delito, sea denunciado por la autoridad administrativa como tal. No olvidemos, que en la década pasada, el gobierno de turno sometió política y jurídicamente al Poder Judicial, y uno de los instrumentos fue la instauración de una grotesca dependencia del órgano jurisdiccional penal a la decisión de la autoridad administrativa, por hechos que en sí mismos son constitutivos de delito. Una de las más graves afectaciones a la garantía de lo jurisdiccional, está dada por la Ley Penal Tributaria, la misma que en su art. 9º establece que ***“la autoridad policial, el Ministerio Público o el Poder Judicial cuando presuma la comisión de delito tributario, informará al Órgano Administrador del Tributo,... debiendo remitir los antecedentes...”***, para que éste investigue y decida si denuncia o no el delito tributario (arts. 7 y 8 de la Ley Tributaria D.Leg. 813).

Efectos de la resolución penal firme.

Finalizando el proceso penal, si quedara acreditado que los hechos, sujetos y fundamento de la sentencia coincide con el objeto del procedimiento administrativo sancionador, la autoridad administrativa debe aclarar la falta de exigibilidad de responsabilidad administrativa.

Sí, por el contrario, resultara acreditado que no concurre la triple identidad tantas veces citada, la autoridad administrativa puede reanudar el proceso, aunque en este caso está obligada a respetar los hechos declarados probados por la resolución penal firme.

Con el reconocimiento expreso de esta vinculación se ha puesto punto final a la controvertida doctrina de las dos verdades, conforme a la cual lo que era verdad para la Jurisdicción podía no serlo para la Administración o viceversa, y que carece de cualquier fundamento desde que el TC español, y posteriormente la Ley 30/1992, reconocieron expresamente que en el procedimiento administrativo sancionador rigen los mismos principios de admisibilidad, carga y valoración de la prueba que en el proceso penal.

La necesidad de que los hechos sean probados por resolución judicial penal firme no debe entenderse en un sentido literal, como si únicamente pudieran tenerse en cuenta los que tras ser objeto de prueba se reconocen en la resolución judicial que pone fin al proceso penal, cuando esta haya adquirido firmeza. Como señala Garberi Llobregat numerosos procesos penales finalizan por auto de sobreseimiento libre o provisional, y ambas resoluciones, aunque dictadas antes del período probatorio, contienen una constatación de hechos que debe tenerse en cuenta por la autoridad administrativa.

CONCLUSIONES

1. Las prescripciones constitucionales que consagran derechos, principios o garantías con naturaleza procesal penal (expresa o tácita) poseen “eficacia directa”, constituyen Derecho procesal penal; y en tal virtud, deben ser aplicadas directamente por los jueces penales.
2. El Estado peruano se encuentra sometido a la observancia de un conjunto de reglas mínimas del proceso penal que tienen carácter supranacional (vinculante), por lo que los jueces deben de observar durante todo el desarrollo del proceso penal.
3. El proceso penal debe ser llevado de acuerdo y con respeto a las garantías constitucionales del proceso penal.
4. La garantía constitucional de la imparcialidad de los jueces es violada sistemáticamente, tanto en el proceso penal sumario como en el proceso penal ordinario.
5. La investigación judicial además de ser inconstitucional, vulnera los principios de igualdad procesal, acusatorio y el derecho de defensa.
6. El principio de inocencia es vulnerado por el empleo de la detención judicial como pena anticipada, y por la obligatoriedad de la ejecución de la condena de primera instancia.
7. La garantía de la publicidad de los juicios, la contradicción y la defensa son violadas sistemáticamente durante el proceso penal sumario.
8. En nuestro proceso penal ordinario, por la distorsión que crea el fenómeno de las

audiencias diminutas, el principio de inmediación se encuentra seriamente comprometido, y en el proceso penal sumario, prácticamente no existe, pues la mayoría de las diligencias con significado probatorio lo administra el auxiliar jurisdiccional, y muchas veces el Juez recién conoce personalmente al imputado cuando le va a leer la sentencia condenatoria. Esto nos muestra pues, una seria controversia de nuestro diseño de proceso penal público para con este principio fundamental, que va definir el fondo del asunto, es decir, la culpabilidad del imputado.

9. El derecho a ser emplazado y a conocer la imputación oportunamente se vulneran sistemáticamente en nuestro proceso penal, pues la mayoría de veces se hace uso de meros formalismos para emplazar al imputado, cuando en no pocos otros casos, simplemente no se realizan. Esto genera una violación al derecho de defensa, y específicamente al derecho de conocer la imputación que se le hace. Ha pasado en muchos casos, además de las otras violaciones constitucionales, que el procesado recién se entera de la imputación luego que ha sido detenido y antes que se le dicte sentencia, reduciendo así la posibilidad de su defensa.

10 Existe la necesidad de modificar la legislación contra reos ausentes, y también demandar al Poder Judicial, la implementación de un eficaz mecanismo de emplazamiento en materia penal. Sobre lo primero, la prohibición de condena en ausencia, debe extenderse al momento de la acusación, de tal manera que el ausente o no emplazado adecuadamente, no pueda ser acusado ni condenado a sus espaldas. De esta manera se estará garantizado mejor el derecho de defensa del imputado durante la etapa instructoria.

11. Únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculan a los Tribunales en el momento de dictar Sentencia las practicadas en el acto del juicio oral, que constituye la fase estelar y fundamental del proceso penal donde culminan las garantías de oralidad, publicidad, concentración, inmediación, igualdad y dualidad de partes, de forma que la convicción del Juez o Tribunal que ha de dictar Sentencia se logre en contacto directo con los medios probatorios aportados a tal fin por las partes. Lo que a su vez da a entender, que las diligencias practicadas en la Instrucción no constituyan, en sí mismas, pruebas de cargo, sino únicamente actos de investigación cuya finalidad específica no es propiamente la fijación definitiva de los hechos, sino la de preparar el juicio proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y para la defensa.

12. La reforma del sistema de impartición de justicia penal en nuestro país resulta una necesidad insalvable, de la que, lamentablemente parecen no haberse dado cuenta de ello, los actores principales, el legislador y la sociedad civil.

RECOMENDACIONES

PRIMERO: Derogar el actual Código de Procedimientos Penales que regula al proceso penal ordinario, así como la legislación que regula al proceso penal sumario.

SEGUNDO: Poner en vigencia el Nuevo Código Procesal Penal en su versión del Proyecto de 1997.

TERCERO: Materializar mediante una adecuada legislación, la aspiración de contar con una jurisprudencia penal vinculante, por ser la administración de justicia penal, un tema que tiene que ver directamente con derechos fundamentales.

CUARTO: Materializar una legislación administrativa que regule adecuadamente el llamado derecho administrativo sancionador, y coordine eficazmente con la justicia penal ordinaria, su competencia.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert. "Sistema jurídico y razón práctica", en El concepto y la validez del Derecho y otros ensayos. Barcelona - España: Gedisa, 1994, pág. 159.
- ALMAGRO NOSETE, José, en él mismo - TOME PAULE, José. Instituciones de Derecho procesal. Proceso penal. Madrid - España: Trivium, Segunda edición, 1994, pág. 59.
- ARAGONESES ALONSO, Pedro. Proceso y Derecho procesal (Introducción) Madrid - España: EDERSA, Segunda edición, 1997, pág. 127.
- ASENCIO MELLADO, José María. Prueba prohibida y prueba preconstituída. Madrid - España: Trivium, 1989, pág. 159.
- BACIGALUPO, Enrique. Derecho penal Parte general. Buenos Aires -Argentina: Hammurabi, 1987, pág. 141.
- BACRE, Aldo. Teoría general del proceso. Tomo III. Buenos Aires - Argentina: Abeledo - Perrot, 1992, pág. 446. QUINTERO, Beatriz - PRIETO, Eugenio. Teoría general del proceso. Bogotá - Colombia: TEMIS, 1995, pág. 222.
- BAUMANN, Jürgen. Derecho procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de casos. Buenos Aires - Argentina: Depalma, Traducción de la tercera edición alemana, 1986, pág. 49. CARRIO, Alejandro D. Garantías constitucionales en el proceso penal. Buenos Aires - Argentina: Hammurabi, 1994, pág. 34.

- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio et al. Lecciones de Derecho penal. Parte general. Barcelona - España: Praxis, 1996, pág. 2. LARENZ Karl. Metodología de la Ciencia del derecho. Barcelona - España: Ariel, Traducción de la Cuarta edición alemana, 1979, pág. 339. LÓPEZ GUERRA, L. Introducción... pág. 54. CABALLERO, G. - ANZOLA, M. Teoría... pág. 43.
- BERNALES BALLESTEROS, Enrique-OTAROLA PEÑARANDA, Alberto. La Constitución de 1993. Análisis comparado. Lima - Perú: Constitución y Sociedad, Cuarta edición, 1998, págs. 641 y s.
- BINDER, Alberto. Introducción al Derecho procesal penal. Buenos Aires - Argentina: Ad - hoc, 1993, pág. 61.
- BINDER, Alberto. "Política criminal, Derecho penal y Derecho procesal penal", en Justicia penal y sociedad. N° 02. Guatemala, 1992, pág. 55.
- BINDER, Alberto. "Funciones y disfunciones del Ministerio Público Penal", en AA.VV. El Ministerio Público. Para una nueva justicia criminal. Santiago - Chile: CPU, 1994, pág. 67.
- BINDER, Alberto. "Independencia judicial y delegación de funciones: el extraño caso del Dr. Jekyll y Mr. Hyde", en Justicia penal y Estado de Derecho. Buenos Aires - Argentina: Ad - hoc, 1993, págs. 86 y ss.
- BINDER, Alberto. "Crisis y transformación de la justicia penal en Latinoamérica", en AA.VV. Reformas procesales en América Latina: la oralidad en los procesos. Santiago - Chile: Corporación de Promoción Universitaria, 1993, pág. 67.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "La configuración institucional y orgánica del Ministerio Público", en AA. VV. El Ministerio..., pág. 173.
- CALVO SÁNCHEZ, María del Carmen. "Algunas sugerencias en torno a la futura reforma del proceso penal, en Justicia N° I. Madrid - España: 1990, pág. 50.
- CALZADA PADRÓN, Feliciano. Derecho Constitucional. México D.F. - México: HARLA, 1990, pág. 154 y ss.
- CAROCCA PÉREZ, Alex. "Las garantías constitucionales del debido proceso y de la tutela judicial efectiva en España", en Normas Legales N° 257. Trujillo - Perú: 1997, pág. 97.
- Carrara, Francisco, Tratado, Tomo II, Ed. Depalma, 1997, p. 270).
- CHAMORRO BERNAL, Francisco. La tutela judicial efectiva. Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución. Barcelona - España: Bosch, 1994, págs. 5 y ss.
- CONDE-PUMPIDO TOURON, Cándido. "El juicio oral", en AA. VV. La reforma del proceso penal. Madrid - España: Tecnos, 1990, pág. 201.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido. "Las líneas inspiradoras de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal". En: Poder Judicial N° 04. Madrid - España: 1982, pág. 27.
- DE ASIS ROIG, Rafael, "Jueces y normas: la decisión judicial desde el Ordenamiento" de. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1995.
- DE LUCAS, Javier y Otros, "Introducción a la Teoría del Derecho", Edit. Tirant lo blanch. 3ra. Edición. Valencia, 1997.

- DE OTTO PARDO, Ignacio. "Derecho Constitucional. La Constitución como fuente del Derecho", en ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA (comp.) Programa de Formación de Aspirantes. Módulo 2: Derecho Constitucional. Lima - Perú: s. año, pág. 8.
- DEL MOLINO, María Soledad. "La presunción de inocencia como derecho constitucional", en Revista de Derecho procesal N° 03. Madrid - España: 1993, pág. 595.
- EDWARDS, Carlos Enrique. Las garantías constitucionales en materia penal. Buenos Aires - Argentina: ASTREA, 1996, pág. 107.
- ESPARZA LEIBAR, Iñaki. El principio del proceso debido. Barcelona -España: José María Bosch, 1995, pág. 214.
- FERNÁNDEZ, Raúl. "Los errores in cogitando en la jurisprudencia cordobesa", en AA.VV. La naturaleza del razonamiento judicial (El razonamiento débil). Córdoba - Argentina: Alveroni, 1993, pág. 117.
- FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús. "El compromiso del juez penal con la tutela de los derechos y libertades fundamentales". En: Poder Judicial. Número especial X. Madrid - España: 1988, págs. 80 y s.
- FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús. "Los principios procesales y procedimentales de la Ley Orgánica 7/1988, en AA.VV. La reforma del proceso penal. Madrid - España: Tecnos, 1990, pág. 17.
- GARCÍA ARAN, Mercedes. Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código penal de 1995. Navarra - España: ARANZANDI, 1997, pág. 64. CHOCLAN MONTALVO, José Antonio. Individualización judicial de la pena. Función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal. Madrid - España: COLEX, 1997, pág. 172. ABREGU, Martín. "La sentencia", en AA. VV. El Nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico. Buenos Aires - Argentina: Editores del PUERTO, 1993, pág. 218, MAURACH, R. - ZIPF, H. - GOSSEL, K. Derecho..., pág. 794 (nº. marg. 191) BOIX REIG, J. "La motivación...", pág. 199, entre otros.
- GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. "Los fundamentos del valor normativo de la Constitución. La Constitución como norma fundamental", en BLANCAS/LANDA/RUBIO (comps.) Derecho Constitucional General. Selección de lecturas de Derecho Constitucional. Tomo I. Lima - Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Cuarta edición, 1994, pág. 463.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel. "Tipología de los conceptos de Constitución". En: CHANAME/PALOMINO/SAENZ (comps.) Derecho Constitucional General y Teoría del Estado (Selección de lecturas). Lima - Perú: Ediciones Jurídicas, 1994, págs. 315 y ss.
- GARCÍA RIVAS, Nicolás. Legalidad penal e interpretación judicial: garantías constitucionales. Ponencia en la Ira Jornada Iberoamericana de Derecho. Universidad Privada Antenor Orrego, 1996, pág. 7.
- GHIRARDI, Olsen. "La estructura lógica del razonamiento judicial", en Derecho y Sociedad N° 13. Lima - Perú: 1998, pág. 231.
- GIMENO SENDRA, Vicente y otros. Derecho procesal penal. Madrid - España: COLEX, Segunda edición, 1997, pág. 42.

- GIMENO SENDRA, Vicente. et al. "Presentación", en Derecho procesal. Tomo II. Proceso penal. Valencia - España: Tirant lo blanch, Reimpresión de la tercera edición, 1990. En sentido similar, RAMOS MENDEZ, F. El proceso... pág. 5.
- GIMENO SENDRA, Vicente. "La reforma del proceso penal en el actual sistema democrático español", en Revista de Derecho procesal N° 03. Madrid - España: 1992, pág. 506.
- GÓMEZ COLOMER, Juan - Luis. El proceso penal español. Para no juristas. Valencia - España: Tirant lo blanch, 1992, pág. 39.
- GÓMEZ COLOMER, Juan - Luis. El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas. Barcelona - España: Bosch, 1985, pág. 31.
- HASSEMER, Winfried. Fundamentos del Derecho penal. Barcelona - España: Bosch, Traducción de la edición alemana, 1984, pág. 199.
- HERRERA PAULSEN, Dario. Derecho Constitucional e Instituciones Políticas. Lima - Perú: EDDILI, Segunda edición, pág. 131.
- HURTADO POZO, José. Manual de Derecho penal. Parte general. Lima - Perú: EDDILI, Reimpresión de la segunda edición, 1987, pág. 81.
- KELSEN, Hans. "La garantía jurisdiccional de la Constitución". En: Ius et Veritas N° 09. Lima - Perú: 1994, pág. 21.
- LARENZ Karl. Metodología de la Ciencia del derecho. Barcelona - España: Ariel, Traducción de la Cuarta edición alemana, 1979, pág. 339.
- LÓPEZ GARRIDO, Diego y Otros. "Nuevo Derecho Constitucional Comparado". Edit. Tirant lo blanch. Valencia, 2000.
- LÓPEZ GUERRA, Luis. Introducción al Derecho Constitucional. Valencia - España: Tirant lo blanch, 1994, pág. 3.
- MAIER, Julio B. J. Derecho procesal penal argentino. Tomo 1. (vol. b) Buenos Aires - Argentina: Hammurabi, Segunda edición, 1989, pág. 375. BINDER, A. Introducción... pág. 163.
- MAIER, Julio B. J. "Balance y propuesta del enjuiciamiento penal del siglo XX", en BERGALLI - BUSTOS (Directores y compiladores). El poder penal del Estado. Homenaje a Hilde Kaufmann. Buenos Aires - Argentina: Depalma, 1985, págs. 274 y s.
- MAIER, Julio B. J. "Democracia y administración de justicia penal en Latinoamérica. Los proyectos para la reforma del sistema penal". En: Jueces para la democracia N° 16-17. Madrid - España: 1992, pág. 12. [Este trabajo también ha sido publicado en: AA.VV. Reformas procesales... págs. 25 y ss].
- MAURACH, Reinhart - ZIPF, Heinz. Derecho penal. Parte general 1. Fundamentos generales del derecho penal y estructura del hecho punible. Buenos Aires - Argentina: ASTREA, Traducción de la séptima edición alemana, 1994, pág. 8 (n° marg. 9). ROXIN, Claus. Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. Estructura de la Teoría del Delito. Madrid - España: Civitas, Traducción de la segunda edición alemana, 1997, pág. 65 (n° marg. 29).
- MAURACH, Reinhart - ZIPF, Heinz. - GÖSSEL, Karl-Heinz. Derecho penal 2. Buenos Aires - Argentina: ASTREA, Traducción de la Séptima edición alemana, 1995, pág.

- 796 (nº. marg. 195) BOIX REIG, Javier. "La motivación de la individualización de la pena", en Cuadernos... pág. 193. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. "La motivación...", pág. 98.
- MELLADO ASECIO, José María. "La prueba. Garantías constitucionales derivadas del art. 24.2", en Poder Judicial N° 04. Madrid - España: 1986, pág. 34. DEL MOLINO, María Soledad. "La presunción de inocencia como derecho constitucional". En: Revista de Derecho procesal N° 03. Madrid - España: 1993, pág. 595.
- MIXAN MASS, Florencio. Derecho procesal penal. Tomo 1. Trujillo - Perú: MARSOL, Segunda edición, 1990, pág. 8.
- MIXAN MASS, Florencio. Categorías y actividad probatoria en el procedimiento penal. Trujillo - Perú: BLG, 1996, pág. 133. SAN MARTÍN CASTRO, C. Derecho... pág. 54.
- MONROY GÁLVEZ, Juan. "Por qué ser Juez en el Perú", En: Ius et Veritas N° 12. Lima - Perú: 1996, pág. 15.
- MONTERO AROCA, Juan. et al. Derecho Jurisdiccional III. Proceso penal. Valencia - España: Tirant lo blanch, Sexta edición, 1997, pág. 31.
- MORENO CATENA, Víctor y otros. Introducción al Derecho procesal. Madrid - España: COLEX, Segunda edición, 1997, pág. 261.
- PASTOR, Daniel R. "Disertación sobre la libertad bajo caución en el proceso penal por delito fiscal", en BINDER - MAIER (comps). El Derecho penal hoy. Homenaje a David Baigún. Buenos Aires - Argentina: Editores del Puerto, 1995, págs. 423 y s.
- PELAYO SAMANAMUD, Rubín. "Control constitucional de las leyes". En: Revista de Derecho y Ciencia Política Vols. 54 (N° 2) y 55 (N°1). Lima - Perú: Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1997 - 1998, pág. 250. LÓPEZ GUERRA, L. Introducción... pág. 200. CABALLERO, G. - ANZOLA, M. Teoría... pág. 364.
- PICO I JUNOY, Joan. Las garantías constitucionales del proceso. Barcelona - España: Jesús María Bosch, 1997, págs. 24 y s.
- PRIETO - CASTRO, Leonardo y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo. Derecho procesal penal. Madrid - España: Tecnos, Reimpresión de la segunda edición, 1982, pág. 103.
- QUINTERO OSPINA, Tiberio en "Lecciones de Procedimiento Penal Colombiano". T. I. Bogotá, 1992. Pág. 22.
- RAMOS MÉNDEZ, Francisco. El proceso penal. Tercera lectura constitucional. Barcelona - España: Jesús María Bosch, Tercera edición, 1992, pág. 32.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro. Elementos de derecho constitucional. Tomo 1. Buenos Aires - Argentina: ASTREA, 1993, pág. 53 y ss. CABALLERO, G. - ANZOLA, M. Teoría... pág. 52.
- SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho procesal penal. Volumen I. Lima - Perú: Grijley, 1999, pág. 51.
- SAN MARTÍN CASTRO, César. "La reforma del proceso penal peruano". En: Revista Peruana de Derecho Procesal Tomo II. Lima - Perú: Instituto Peruano de Derecho Procesal, 1998, págs. 229 y ss.
- SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. "Comentarios al Código Procesal Penal". Edit. Idemsa.

- Lima, 1994.
- SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. Madrid - España: Alianza Universidad Textos, Traducción de la edición alemana, 1982, págs. 29 y ss
- SCHMIDT, Eberhard. Los fundamentos teóricos y Constitucionales del Derecho Procesal Penal. Ed. Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, 1957.
- TIEDEMANN, Klaus. Constitución y Derecho penal". En: Revista Española de Derecho Constitucional. Nº 33. Madrid - España: 1991, pág. 157.
- TIEDEMANN, Klaus. "El Derecho procesal penal". En: ROXIN, Claus - ARTZ, Günter - TIEDEMANN, Klaus. Introducción al Derecho penal y al Derecho penal procesal. Barcelona - España: Ariel, Traducción de la segunda edición alemana, 1989, pág. 140.
- TOCORA, Fernando. Política criminal en América Latina. Bogotá - Colombia: Ediciones librería del profesional, 1990, págs. 94 y s.
- VELEZ MARICONDE, Alfredo. Derecho procesal penal. Tomo I. Córdoba - Argentina: Marcos Lerner, Reimpresión de la Tercera edición, 1982, pág. 364. LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. "La motivación de las sentencias". En: Cuadernos de Derecho Judicial. La sentencia penal. Madrid - España: Consejo General del Poder Judicial, 1992, pág. 98. CONDE-PUMPIDO TOURON, C. "El juicio...", pág. 201.
- VELEZ MARICONDE, Alfredo. Derecho procesal penal. Tomo II. Córdoba - Argentina: Marcos Lerner, Reimpresión de la Tercera edición, 1982, pág 216.
- VIVES ANTON, Tomás. "Ne bis in idem procesal". En: Cuadernos de Derecho Judicial. Los principios del proceso penal y la presunción constitucional de inocencia. Madrid - España: 1992, pág. 13. PICO I JUNOY, Joan. Las garantías constitucionales del proceso. Barcelona - España: Jesús María Bosch, 1997, págs. 24 y s.
- VIVES ANTON, Tomás Salvador. II La reforma del proceso penal. Comentarios a la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal. Valencia - España: Tirant lo blanch, 1992, pág. 44.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática-jurídico-penal. Lima - Perú: A.F.A. s/año, pág. 146.
- ZIPF, Heinz. Introducción a la política criminal. Jaén - España: EDERSA, Traducción de la edición alemana, 1979, pág. 111.
- Zolezzi Ibárcena, Lorenzo. "Informe sobre Perú". En: Cuadernos de análisis jurídico. Situación y políticas judiciales en América Latina. Santiago - Chile: 1993, pág. 475.
- El Código Penal de 1991 (D. Leg. Nº 635), la Ley Penal Tributaria (D. Leg. Nº 813) o la Legislación Penal de Seguridad Nacional.
- Economía y Derecho. Suplemento del Diario Oficial El Peruano. Lima, miércoles 6 de noviembre de 1996, pág. B-12.
- COMISIÓN III. Formación y capacitación de magistrados". En: Foro. Nuevas perspectivas para la reforma integral de la administración de justicia en el Perú. Lima - Perú: Ministerio de Justicia, 1994, pág. 48.