

UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

UNIDAD DE POSTGRADO

**Limitaciones al ejercicio del derecho de defensa en la
etapa de instrucción y el trabajo del defensor de oficio**

TESIS

para optar el grado académico de Magíster en Derecho con Mención en
Derecho Penal

AUTORA

Manuela Rosana Villar Ramirez

ASESOR

Víctor Cubas Villanueva.

Chiclayo – Perú

2010

DEDICATORIA

A mis padres.

A mi madre por su infinita ternura

A mi padre por su ejemplo de valor.

INDICE GENERAL

- DEDICATORIA
- INTRODUCCION
- ESQUEMA DEL PROYECTO DE INVESTIGACION EMPIRICO JURIDICO SOCIAL.
TEMA: LIMITACIONES DEL DERECHO DE DEFENSA EN EL INICIO DE LA INSTRUCCIÓN JUDICIAL EN EL TRABAJO DEL DEFENSOR DE OFICIO.

CAPITULO I: “ANALISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO”

- 1.1 Ubicación**
- 1.2 Como surge el problema**
- 1.3 Como se manifiesta y que características tiene.**
- 1.4 Descripción detallada la metodología empleada de manera tal que el lector interesado puede repetir el experimento o el proceso y llegar a los mismos resultados.**

CAPITULO II: “MARCO TEORICO”

SUBCAPITULO I LA CONSTITUCIÓN Y EL PROCESO.

- 1.1).-NOCIONES GENERALES.
- 1.2).- DEFINICIONES.
- 1.3).-CARACTERISTICAS.

SUBCAPITULO II

EL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL Y AL DEBIDO PROCESO

2.1).- NATURALEZA Y CONTENIDO DEL DERECHO A TUTELA JURISDICCIONAL.

2.2).- ACCESO A LA TUTELA JURISDICCIONAL.

2.3).- EL PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO.

2.3.1) Antecedentes del debido proceso.

2.3.2) Concepto del debido proceso.

2.3.2) Contenido del Debido Proceso.

SUB CAPITULO III

EL DERECHO DE DEFENSA Y LA CONSTITUCION POLITICA DEL ESTADO PERUANO.

3.1).-EL DERECHO DE DEFENSA Y LA CONSTITUCIÓN DE 1933.

3.1.1).- FORMULACION CONSTITUCIONAL.

3.1.2) EL DERECHO DE DEFENSA EN EL SISTEMA MIXTO.

3.1.3) EL DERECHO DE DEFENSA EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DE 1940.

3.2).-EL DERECHO DE DEFENSA Y LA CONSTITUCION DE 1980

3.2.1) EL DERECHO DE DEFENSA Y LA NORMATIVA SUPRANACIONAL.

3.2.2) EL DERECHO DE DEFENSA EN EL CPP DE 1991

3,3) -EL DERECHO DE DEFENSA Y AL CONSTITUCION DE 1994

3.2.1).-EL DERECHO DE DEFENSA EN EL SISTEMA ACUSATORIO.

3.4).-EL DERECHO DE DEFENSA EN EL NUEVO CODIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL.

3.5).-EL DERECHO DE DEFENSA EN EL NUEVO CODIGO PROCESAL PENAL.

CAPITULO IV.

EL DERECHO DE DEFENSA

4.1).- EVOLUCION HISTORICA.

4.2).-DEFINICIONES DEL DERECHO DE DEFENSA.

4.2.1).- DIMENSIONES Y CONTENIDO DEL DERECHO DE DEFENSA.

4.3).-CONTENIDO DOGMATICO DELDERECHO DEDEFENSA.-

4.1.1).-PRINCIPIO “NO HAY DERECHO SIN DEFENSA”.

4.1.2).-PRINCIPIO-CONDICION DE IGUALDAD.

4.4).-CLASES DE DEFENSA O FORMAS DE EJERCICIO DEL DERECHO DE DEFENSA.

4.4.1).-LA DEFENSA TECNICA.

4.4.2).-LA DEFENSA MATERIAL.

4.5).-EL DEFENSOR.

4.5.1).-DEBERES Y DERECHOS DEL DEFENSOR.

4.6).-EL DERECHO DE DEFENSA Y SU RELACION CON OTROS PRINCIPIOS.

CAPITULO V

EL SERVICIO NACIONAL DE DEFENSA DE OFICIO

5.1).- GENERALIDADES

5.2).- AMBITO DE ACCION

5.3).- DISTRIBUCION NACIONAL DEL SERVICIO DE DEFENSA DE OFICIO.

5.4).- DISTRIBUCION POR ENTIDAD ASIGNADA

5.5).- USUARIOS

CAPITULO VI

UNA APROXIMACION A LA REALIDAD: FACTORES QUE LIMITAN EL EJERCICIO DEL DERECHO DE DEFENSA Y SUS CONSECUENCIAS

6.1) EXPLICACIÓN DEL DISEÑO, HIPÓTESIS, INTERROGANTES GUÍA Y METODOLOGÍA APLICADA.

6.2) INTERROGANTES GUÍA DEL ANÁLISIS DEL PROBLEMA

6.3) ANÁLISIS DE LA HIPÓTESIS PLANTEADA

6.3.1).- Interrogantes guía del análisis de la hipótesis planteada en la encuesta realizada a los internos del establecimiento penitenciario San Pedro – ex Lurigancho.

6.3.2).- Análisis de la hipótesis planteada a partir de entrevistas exploratorias grupales.

6.3.3).-Interrogante guía del análisis de la hipótesis planteada en la entrevista a los jueces de turno del distrito judicial de Lima.

6.3.4) interrogante guía del análisis de la hipótesis planteada en la entrevista a los defensores de oficio de turno del distrito judicial de Lima.

- CONCLUSIONES
- RECOMENDACIONES
- REFERENCIAS BIBLIOGRAFIA
- LINKOGRAFÍA
- ANEXOS.

INTRODUCCION

El presente trabajo de investigación constituye un esfuerzo cuestionador de la realidad jurídica nacional, con la única finalidad de aportar al mejoramiento del sistema jurídico en el que diariamente nos desenvolvemos, mas aun cuando no hemos encontrado significativa preocupación a la realidad carcelaria de los detenidos de escasos recursos.

El sistema penal actualmente está orientado en su parte adjetiva a la constitucionalización del derecho procesal penal, sin embargo los operadores del derecho han absorbidos profundamente las deficiencias del Sistema procesal Inquisitivo que le impiden advertir las vulneraciones a la garantía procesal-constitucional del derecho a la defensa en el caso específico de los detenidos de escasos recursos económicos tiene connotaciones contrarias al debido proceso de modo alarmante.

El valor de la justicia es la luz que guía a los estados democráticos de derechos en el mundo y precisamente los profesionales de las leyes encontramos en el contenido de este concepto el pilar fundamental que inspira nuestro trabajo jurídico-social. Desde nuestras aulas sanmarquinas de pre-grado hemos escuchado por nuestros docentes que la lucha por la justicia es un camino forzado y los abogados tenemos un compromiso especialmente relevante a nivel constitucional, primero como ciudadanos en defensa de la patria y luego como sujetos de derecho, decididos a mejorar el Sistema de Justicia en nuestro país, manifiesto a través de sus diferentes mecanismos de control social. Esto significa que solo a través del autentico cumplimiento de los roles sociales asignados a los abogados, operadores del derecho, auxiliares del derecho e instituciones del Sistema de Justicia tendremos éxito en nuestro intento por lograr la reforma

procesal-penal que incipiente o tardíamente se viene forjando en nuestro país, porque mas allá del cambio de las normas procesales adjetivas o sustantivas esta el cambio de la mentalidad inquisitiva, vulneradora de los derechos ciudadanos, de los derechos fundamentales.

Por tal motivo pretendemos en el siguiente trabajo de investigación de naturaleza jurídico-social determinar cuáles son los factores que limitan el derecho de defensa gratuita de las personas de escasos recursos al inicio de la instrucción judicial en el trabajo del defensor de oficio.

Entonces presentamos una formulación hipotética a corroborar: **Los factores que limitan el derecho de defensa del inculpado para comunicarse con su defensa de oficio y preparar la estrategia de defensa previa a la declaración instructiva, son varias, tales como:**

- **El alto índice delincencial.**
- **La omisión del juzgador de notificar al defensor.**
- **Predominio de la cultura procesal inquisitiva.**

Dentro del desarrollo orgánico de la investigación, la estructura teórica base de la misma presenta un primer capítulo, referido a la constitución y el proceso, como marco de la base legal de todo estado de derecho; un segundo capítulo, respecto al derecho a la tutela jurisdiccional y el debido proceso, como principios generadores o inspiradores del derecho de defensa; un tercer capítulo trata el derecho de defensa y la constitución política del estado, para analizar el caso peruano; en el cuarto capítulo desarrollamos el derecho de defensa propiamente dicho para el quinto capítulo el servicio nacional de defensa de oficio, por ser la base institucional material comprometida al caso planteado y finalmente el sexto capítulo expone una aproximación a la realidad: factores que limitan el derecho de defensa del inculpado para comunicarse con su defensor de oficio y preparar la estrategia de defensa previa a la declaración instructiva.

Consideramos que se debe rescatar constantemente el respeto de la norma constitucional, a fin de cumplir con los fines del proceso penal, como son: la seguridad jurídica y la defensa social.

Si bien llamamos sistema penal al control social punitivo institucionalizado, que va desde la actividad del legislador hasta la ejecución penal existen en países en vías de desarrollo como el nuestro un cuestionamiento permanente respecto al cumplimiento de la función real del sistema penal y nos queda solo la impresión que el proceso penal al menos en nuestro país tiende a proporcionar solo “sensación de tranquilidad” a sectores sociales medios y altos, y por eso las altísimas cifras de procesados que provienen de estratos más pobres o marginados, que inclusive pueden ser absueltos sin remordimiento de conciencia por las deficiencias del sistema vigente, lo que contrasta por ejemplo con las dificultades de la justicia en su lucha contra la telaraña de la corrupción y dificultades de exigencia de probanza técnica.

La necesidad de mejorar el servicio de la defensa de oficio y el debido cumplimiento del defensor de oficio en nuestro sistema punitivo como es hacer cumplir el derecho de defensa que le asiste a los sectores menos favorecidos desde el inicio del proceso judicial es nuestra principal motivación en la elección del tema planteado.

Y el presente trabajo de investigación es una aproximación a la importancia de enfrentar el problema planteado por considerar que la dignidad de la persona humana es fuente promotora de todos los derechos fundamentales, que bajo ninguna excusa racional deben ser limitados.

La autora.

ESQUEMA DEL
PROYECTO DE INVESTIGACIÓN
EMPÍRICO JURÍDICO SOCIAL

1. El tema:

LIMITACIONES DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE DEFENSA EN LA ETAPA DE INSTRUCCIÓN Y EL TRABAJO DEL DEFENSOR DE OFICIO.

2. Planteamiento de problema:

2.1. Diagnóstico situacional.-

Nuestra condición de ex miembro de la defensoría de oficio del Perú, nos permitió observar con conocimiento de causa el problema de las limitaciones del derecho de defensa en el inicio de la instrucción judicial en el desenvolvimiento del trabajo de defensor de oficio, precisamente porque intentamos decididamente hacerle frente y superarlas, conforme a lo prescrito por nuestra Carta Magna.

De lo observado y lo vivido encontramos graves vulneraciones del derecho de defensa, que es confiado a los abogados públicos o defensores de oficio nombrados por el Sistema Nacional de Justicia de nuestro país. Desde el primer día de mi trabajo como defensora de oficio sufrí los excesos del poder inquisitivo del juzgador ampliándose incluso en las relaciones profesionales con el secretario del Juzgado de reos en cárcel a la que fui asignada; limitándoseme, por ejemplo las posibilidades de preparar una defensa idónea conforme a las facultades que me fueron confiadas, al ponerme en conocimiento en “último minuto”, “en el día y hora”, “momento antes del inicio de una declaración instructiva”, contraviniendo el estudio previo y adecuado del caso en una diligencia fundamental para los intereses de mi patrocinado; inclusive recibí, en muchas ocasiones, (incorrectamente) negativas a la suspensión de la

diligencia a fin de tomar pleno conocimiento de las pruebas y actuados que conformaban el expediente de la causa, simplemente porque tenían la distorsionada idea que el defensor de oficio era una especie de anexo al juzgado asignado o una especie de colaborador formal con la pseudo celeridad procesal. Pero en realidad se colisiona con el núcleo esencial de derechos de los detenidos. Además durante la realización de las diligencias cualquier cuestionamiento por parte de la defensa de oficio respecto al desenvolvimiento de la instrucción significó para la suscrita una situación de malestar por el malentendido tratamiento del derecho de defensa, es decir a consecuencia del predominio inquisitivo del Sistema Penal: la concentración excesiva del poder en el Juez no solo como juzgador sino como investigador y sentenciador; distorsionaba la justicia al limitarse las garantías que integran el Proceso Judicial y por lo tanto también se atacaba el debido proceso. Finalmente ni el principio de legalidad era defendido a ultranza por la figura del representante del Ministerio Público, que se desempeña directamente o indirectamente con el apoyo del juzgador.

Por supuesto que también existen honradas excepciones de magistrados del Poder Judicial que entienden la labor de los defensores de oficio a favor de los imputados de escasos recursos económicos, quienes precisamente por encontrarse desposeídos a veces resultan olvidados en sus derechos fundamentales.

Así mismo, por ejemplo, también al inicio de la instrucción o declaración instructiva hemos observado una especie de promoción de la improvisación al limitarse el derecho del defensor de oficio a comunicarse con su patrocinado o usuario a fin de preparar previamente la defensa a sus intereses; es decir denotándose situaciones desproporcionales e irrazonables al contenido de derecho de defensa.

Por otro lado como sucede con muchos defensores de oficio del Perú, me asignaron dos juzgados de reos en cárcel, donde la mayoría de las causas

eran vistas por la suscrita especialmente al inicio de la instrucción lo que hacia la situación de defensa inmanejable de tal modo que materialmente solo podía entrevistarme con mis patrocinados “urgentes”, es decir con mayores posibilidades de excarcelación o reducción de la pena, en el establecimiento penitenciario San Pedro – ex Lurigancho de modo extemporáneo; más aun cuando no se me notificaban nunca las diligencias a realizarse.

Resultando por lo antes descrito una situación perjudicial a los intereses de los detenidos, lo que consideramos contribuye directamente al hacinamiento de las cárceles, por cuanto si el defensor de oficio no tiene todas las posibilidades de ejercer la defensa, o estas se encuentran limitadas. Mal haría en proclamarse el derecho de defensa irrestricto reconocido constitucionalmente por nuestro estado de derecho, atacándose por lo tanto no solo la dignidad humana fundamentadora del derecho a la libertad, derecho a la tutela jurisdiccional efectiva incluso el derecho a la vida, que redundan destructivamente en las bases de cualquier estado constitucional y democrático de derecho construyéndose entonces solo un castillo de arena contra las grandes mayorías nacionales desnaturalizando la misión del estado y correlativamente promoviendo situaciones anárquicas.

Actualmente el sistema de defensa de oficio forma parte de la estructura del Ministerio de Justicia y por lo tanto tendría conexión con el Poder Ejecutivo; y la responsabilidad del respeto de la Ley Constitucional como es deber de todos los ciudadanos, sin embargo hemos observado indiferencia y vulnerabilidad en el desempeño del defensor de oficio, cuyo importantísimo trabajo debe ser un tema de preocupación urgente, desde los legisladores hasta los operadores de derecho.

2.2. Preguntas de investigación.-

Interrogante principal:

2.2.1 ¿Cuáles son los factores que limitan el ejercicio del derecho de defensa de los procesados en detención preventiva ?

2.2.1.1 ¿El derecho de defensa es una garantía constitucional, procesal, penal respetada en el caso de los detenidos de escasos recursos que acuden a la defensa de oficio en el inicio de la instrucción?

2.2.1.2 ¿Las limitaciones al ejercicio del derecho de defensa por parte de los detenidos de escasos recursos al inicio de la instrucción perjudican directamente su estrategia de defensa y por lo tanto su derecho a la libertad?

2.2.1.3 ¿El defensor de oficio es apreciado negativamente por los usuarios del sistema nacional de defensa de oficio que se encuentran privados de su libertad?

2.2.1.4 ¿Los detenidos de escasos recursos al inicio de la instrucción que acuden a la defensa de oficio tienen oportunidad y tiempo necesario para preparar su defensa?

2.2.1.5 ¿Los detenidos de escasos recursos al inicio de la instrucción que acuden a la defensa de oficio son numerosos perjudicando su derecho de defensa debido al reducido número de defensores de oficio?

2.2.1.6 ¿Debe comunicarse al detenido de escasos recursos que acude a la defensa de oficio su derecho a tener un tiempo adecuado para preparar con su defensor de oficio la defensa pertinente al caso concreto?

2.2.1.7 ¿Existe predominio de la cultura procesal inquisitiva en los operadores del derecho que perjudican directamente el derecho de defensa del detenido de escasos recursos que acude a la defensa de oficio?

Interrogantes secundarias:

¿Es necesario identificar los factores que limitan el derecho de defensa ejercido por el defensor de oficio (de los imputados de escasos recursos económicos) al inicio de la instrucción?

¿Es necesario mejorar el servicio de defensa de oficio con la finalidad de lograr el pleno ejercicio del derecho de defensa de imputados de escasos recursos económicos?

¿Es necesario mejorar el Sistema Penal Peruano conforme al derecho de defensa a los imputados de escasos recursos económicos que acuden al servicio de defensa de oficio?

2.3. Objetivos de investigación.-

2.3.1. **Objetivo General:**

- Determinar cuáles son los factores fundamentales (determinantes), que limitan el ejercicio del derecho de defensa?

2.3.2. **Objetivo Especifico:**

- Lograr que se respete el Principio Constitucional del Derecho de Defensa.
- Contribuir con el respeto al Debido Proceso y al valor JUSTICIA, en el caso de los imputados de escasos recursos económicos que acuden al servicio de defensa de oficio.
- desterrar las practicas propias del Sistema Procesal Inquisitivo.

2.4. Justificación.-

La necesidad de construir una sociedad pacifica y armónica, respetuosa de los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente) y conforme a la Normativa Supranacional que integra nuestro ordenamiento

jurídico; exige a los hombres del Derecho nutridos en el valor Justicia luchar no solo por identificar los problemas jurídicos nacionales, sino plantear alternativas de soluciones concretas.

Desde el primer libro de introducción al Derecho que llegó a nuestras manos en la figura de los Doctores Alzamora Valdez y Marcial Rubio Correa en nuestras aulas sanmarquinas de pre grado, estuvimos seguros que la Nación le ha confiado a los abogados la misión noble de la paz social, a través del cumplimiento ético-profesional de sus deberes y derechos, que deben ponerse de manifiesto a cada instante de su labor jurídica. Motivo por el cual constituye la esencia de nuestra naturaleza: el respeto de derecho de defensa, y el ejercicio irrestricto del mismo.

La defensa de oficio o defensa pública en nuestra realidad constituye un instrumento de eficaz salvaguarda del derecho de defensa de los ciudadanos de escasos recursos económicos que acuden al Sistema Nacional de Justicia, porque es directamente el profesional responsable de la difusión del derecho de defensa de los justiciables señalados; que debe hacer respetar las facultades que le han sido confiadas y superar las limitaciones de un Sistema Procesal Inquisitivo, por de más injusto, por tal pretendemos no solo cuestionarlo identificando las características concretas de la problemas de las limitaciones del derechos de defensa al inicio de la instrucción judicial en el trabajo del defensor de oficio, sino concretamente analizar las causales del contenido del derecho de defensa, para superar el diagnostico situacional hallado.

Consideramos que se debe fortalecer la figura del defensor en este caso la del defensor de oficio, señalándole los mecanismos para alcanzar el protagonismo debido y del mismo nivel que el representante del Ministerio Público en la lucha por la Justicia frente a la imparcialidad, que debe caracterizar, al Juzgador; y conforme a los principios y derechos de la función jurisdiccional contenidos en el Art. 139 en la Constitución del

Estado paralelos a los Derechos de la persona humana contenidos en el Art. 2 del mismo cuerpo de leyes.

En conclusión queremos destacar que la inspiración que nos anima en esta investigación está en el respeto a la dignidad, que debe ser ejercido por igual en todos ámbitos, por lo que redundaran al bienestar social general de nuestro país.

2.5. Delimitación.-

Hemos centralizado nuestros esfuerzos de investigación empírico jurídico social en los usuarios (¿beneficiarios?) del sistema de defensa de oficio en uno de los establecimientos penitenciarios de la República. Decidimos elegir a la sede penitenciaria de mayor población de procesados y sentenciados con es el caso del penal San Pedro – ex Lurigancho, ubicado en la ciudad de Lima. A pesar que actualmente residimos en el Distrito

Judicial de Lambayeque – Chiclayo consideramos que se trata de la población penitenciaria significativa, con la sola expectativa de obtener una investigación objetiva lo más cercano a la realidad nacional.

Esto significa que hemos delimitado la investigación en los receptores del Sistema de Defensa de Oficio a fin de analizar los factores que limitan el derecho de defensa del imputado o inculpado para comunicarse con su defensor de oficio y preparar la estrategia previa a la declaración instructiva.

3. Marco Teórico.-

3.1. Noción del principio derecho de defensa.-

La defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad es el deber primordial del Estado Peruano conforme lo señala el Art. 1 de la Constitución Política por tal motivo la estructura normativa constitucional ha desarrollado la protección de una serie de principios de la función jurisdiccional en donde se encuentran el derecho de defensa, que incluye la defensa de oficio dirigida a personas de escasos recursos económicos; con la expresa finalidad que en el caso específico de la imputación de la comisión de un delito este ciudadano se vea protegido del eventual uso arbitrario del proceso penal, por tal motivo podemos concluir que el derecho de defensa es un principio y un derecho que garantiza el debido proceso.

“El proceso penal es el único instrumento para actuar el Derecho penal, al que han someterse tanto el Estado como el ciudadano, quien no puede renunciar a las garantías jurisdiccionales para autoimponerse una pena sin pasar por el proceso. Frente al derecho de acusación, al ejercicio de la acción en el proceso penal (derecho a obtener la tutela judicial efectiva) cuyos titulares son las partes acusadoras, el ordenamiento jurídico inevitablemente ha de reconocer un derecho de signo contrario: el derecho del sujeto pasivo del proceso, del acusado o del imputado, a obtener también la tutela efectiva por medio de una adecuada defensa, derecho a repeler esta agresión que pone en cuestión sus bienes jurídicos más importantes, entre ellos, su libertad.

La defensa opera como factor de legitimidad de la acusación y de la sanción penal. Con tal perspectiva se pueden ordenar determinadas garantías para la tramitación del proceso (como la asistencia de abogado), que se convierten también en garantías de una recta Administración de Justicia para el imputado y para el perjudicado; porque, trascendiendo de

la simple esfera individual, atañe al interés general que el proceso sea decidido rectamente”¹

El estado tiene el deber de prestar tutela jurisdiccional efectiva pero para estos fines debe de asegurar la presencia de determinadas garantías mínimas, que contribuyan directamente con el éxito del respeto a un estado de derecho; donde:

“A la persona humana se le garantice un juzgamiento justo e imparcial, ante un juzgador responsable, competente e independiente; pues, el estado no solo tiene el deber de proveer la prestación jurisdiccional, sino proveerla bajo determinadas garantías mínimas, que le aseguren tal juzgamiento imparcial y justo.”²

Al respecto Alberto Binder señala que la cuestión de las garantías que rodean al debido proceso es el principal problema del proceso penal, porque su propia existencia se funda en la posibilidad de diferenciar el ejercicio del poder penal de un simple derecho de fuerza.

“Sin garantías no hay proceso penal, y sin proceso penal no hay estado de derecho, sino pura fuerza del Estado”³

Dentro de las garantías mínimas que le dan contenido al debido proceso destaca el derecho de defensa, que al resultar ser una manifestación del respeto a la dignidad humana legitima el propio proceso penal instaurado en cada caso concreto.

3.2. Constitución y proceso penal en un estado de derecho.-

¹ GIMENO SENDRA/ MORENO CATENA/ CORTES DOMINGUEZ... Lecciones de Derecho Procesal Penal, Editorial Colex, Madrid-España, 2001, p. 49.

² TICONA POSTIGO, Víctor...El Debido Proceso y la Demanda Civil, Editorial Rodhas, Primera Edición, Lima-Perú, p. 66.

³ BINDER ALBERTO, M... Política Criminal de la formulación a la praxis, Editorial Adhoc S.R.L. (primera edición), Lima- Perú, 1998, pág. 66-131-151-153.

Conforme refiere el Doctor Víctor Burgos Mariños los derechos fundamentales deben entenderse como 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 solo pueden verse limitados por la 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 a través del irrestricto Derecho de Defensa.

Los derechos fundamentales procesales son aquellos derechos que tienen aplicación directa o indirecta, por ejemplo: el principio de igualdad procesal, el principio de contradicción, el principio del derecho a la defensa, etc.

Los derechos humanos son derechos fundamentales reconocidos y protegidos a nivel internacional y por supuesto a nivel constitucional debiendo destacar que el derecho a la defensa constituye un derecho íntimamente relacionado con el derecho a la libertad, y por lo tanto, forma parte de la primera generación de derechos humanos. (las cuatro generaciones de derechos humanos son: 1º generación - derechos de la libertad; 2º generación – derechos económicos y sociales, 3º generación - derechos de la solidaridad humana, 4º generación - derechos de la sociedad tecnológica) lo que nos explica la importancia del derecho de defensa en la vida jurídica de una nación y en la propia garantía de su existencia.

Sea derecho fundamental procesal, derecho humano, libertades públicas o garantías institucionales reconocidas por la constitución, deben ser respetados en el curso de un proceso penal, por la sencilla razón de que el estado peruano al igual que la sociedad tiene el deber de proteger los derechos fundamentales, a tenor del artículo primero de nuestra constitución. Por tanto el estado al ejercer su función penal no puede desconocer tales

derechos bajo sanción de que el derecho penal sea declarado nulo. Debemos adoptar el término garantías constitucionales del proceso penal para referirnos al cúmulo de principios y libertades fundamentales reconocidas por la constitución, que a su vez se encuentran garantizados por ella misma a través del carácter de norma fundamental que dota al ordenamiento jurídico y en especial a las normas que regulan la función penal del estado de unidad y coherencia. Por tal motivo Alberto Binder no duda en hablar de un diseño constitucional del proceso penal.

3.3. Noción de los principios éticos del defensor de oficio.-

La defensoría de oficio a través de una publicación del ministerio de justicia ha presentado los principios éticos del defensor de oficio, como sigue a continuación:

Artículo 3: Deberes esenciales y generales del defensor de oficio.

- a. Procurar la protección de los derechos fundamentales y de las garantías constitucionales y procesales como los derecho a la vida, a la libertad e integridad personal; a la presunción de inocencia; a al igual ante la ley y de otros derechos y garantías necesarias que forman parte del debido proceso.
- b. Velar por el cumplimiento de las normas y la ética profesional.
- c. Tiene la obligación de hacer respetar y cumplir con todas las prescripciones relacionadas al derecho de defensa, a los derechos fundamentales y en especial al debido proceso señalado en los convenios y tratados internacionales suscritos por el Estado Peruano.

Artículo 4: principio guía de conducta. La conducta de toda persona que integra el sistema nacional de defensa de oficio debe estar guiada por los siguientes principios:

- a. Igualdad y legalidad (constitucional e internacional); a fin de adecuar su conducta solo a los actos que la constitución, las leyes, los

tratados y convenios internacionales prevén, tratando a las personas sin ningún tipo de discriminación social, económica, racial o étnica.

- b. Constancia y continuidad.
- c. Efectividad eficiencia u eficacia; cumpliendo con el servicio de las mejor manera, maximizando resultados ante la escasez de recursos, a fin de que se cumplan con los fines y objetivos del servicio de defensa de oficio, con el mejor costo posible.
- d. Lealtad con el servicio de defensa de oficio; con los defendidos y usuarios del sistema con el país y con los valores supremos del estado como la libertad, la dignidad, la justicia y la probidad.
- e. Responsabilidad a fin de que el defensor de oficio responda por faltas o delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones y/o prestaciones por sus servicios.
- f. Austeridad.
- g. Modelo de buena conducta diaria.
- h. Integridad y honestidad.

3.4. Contenido del derecho de defensa.-

Conforme señala Silvia Morales de Ferreiros

La “defensa” en un sentido lato, se entiende como aquel derecho, reconocido constitucionalmente, que tiene toda persona, de solicitar ante un órgano de justicia, una solución justa ante un determinado litigio. Aquí se presenta el problema del individuo a quien supuestamente se le ha lesionado un derecho, por lo que deberá recurrir a la justicia para efectuar su reclamo, conforme a una garantía constitucional que va avalar dicha reclamación.

En un sentido más estricto y específicamente dentro de la esfera penal, debemos decir que mediante la “defensa”, las partes deberán estar en la posibilidad –tanto en el plano jurídico como en el fáctico- de ser convocadas para ser escuchadas, y colocarse frente al

Sistema en una formal contradicción con “igualdad de armas” siendo pues –como lo señala Julio Maier-, “una garantía frente al Poder del Estado y representa una limitación del poder estatal”.

Podemos señalar que el derecho de defensa presenta una serie de características que, para efectos del presente trabajo, debemos tener claramente en cuenta:

1. Es un derecho reconocido constitucionalmente;
2. Comprende una serie de derechos derivados o conexos como:
 - a) Conocer los fundamentos de la imputación;
 - b) Conocer los motivos de la detención (esto con la finalidad de que pueda ser defendido de manera eficaz, contando con todos los elementos de juicio);
 - c) El derecho de no ser condenado en ausencia;
 - d) Derecho a una justicia penal gratuita y, con ello, la garantía de la defensa de oficio para aquellas personas que no cuenten con los recursos suficientes para ejercer plenamente su derecho de defensa;
 - e) Derecho a impugnar las resoluciones judiciales que lo perjudiquen;
 - f) Derecho a valerse de su propio idioma;
 - g) Derecho a guardar silencio y a no ser obligado a declarar contra su voluntad (en este aspecto, entra a tallar, el tema de las torturas que, a todas

lucen, no pueden permitirse por tratarse de una vulneración flagrante a los derechos humanos) y;

h) En general, todo aquello que se respete y ajuste a un debido proceso, que permita que el derecho de defensa sea debidamente ejercitado.

Ahora bien, no obstante que, como observamos la defensa es un derecho fundamental de todo ciudadano, nada obliga a éste a ejercerlo. Así, si por ejemplo, una persona es demandada y no hace nada para defenderse, no podríamos decir que se está vulnerando su derecho de defensa, ya que éste no es ejercido por la propia voluntad del demandado/agraviado, por lo que podemos señalar que se trata más bien de una cuestión de oportunidad.

Como podemos inferir, el derecho de defensa, tiene estrecha relación con los principios fundamentales que garantizan la seguridad y la igualdad ante la ley, principios que se encuentran consagrados en los textos constitucionales democráticos. El Derecho de Defensa pretende, de alguna forma, buscar un equilibrio

3.5. Legislación comparada.-

3.5.1. Derecho de Defensa en el Código Procesal Argentino:

Art.73: Derecho del imputado. La persona a quien se le imputare la comisión de un delito por el que se está instruyendo causa tiene derecho, aun cuando no hubiere sido indagada, a presentarse al tribunal personalmente con su abogado defensor, aclarando los hechos e indicando las pruebas que, a su juicio, puedan ser útiles.

Art.104: Derecho del imputado. El imputado tendrá derecho a hacerse defender por abogado de la matrícula de su confianza o por el defensor

oficial; podrá también defenderse personalmente siempre que ello no perjudique la eficacia de la defensa y no obste a la normal sustanciación del proceso. En este caso el tribunal le ordenará que elija defensor dentro del término de tres (3) días, bajo apercibimiento de designarle de oficio el defensor oficial.

En ningún caso el imputado podrá ser representado por apoderado. La designación del defensor hecha por el imputado importará, salvo manifestación expresa en contrario, el otorgamiento de mandato para representarlo en la acción civil. Este mandato subsistirá mientras no fuere revocado. El imputado podrá designar defensor aun estando incomunicado y por cualquier medio.

Art.105: Número de defensores. El imputado no podrá ser defendido simultáneamente por más de dos abogados. Cuando intervengan dos defensores, la notificación hecha a uno de ellos valdrá respecto de ambos, y la sustitución de uno por el otro no alterará trámites ni plazos.

Art.106: Obligatoriedad. El cargo de defensor del imputado, una vez aceptado, es obligatorio. La aceptación será obligatoria para el abogado de la matrícula cuando se lo nombrare en sustitución del defensor oficial. En ambos supuestos, podrán exceptuarse de ella por una razón atendible. El defensor tendrá derecho a examinar los autos antes de aceptar el cargo, salvo el caso de secreto del sumario. Tendrá tres (3) días para hacerlo, bajo apercibimiento de tener el nombramiento por no efectuado.

Art.107: Defensa de oficio. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 104 y en la primera oportunidad, y en todo caso antes de la indagatoria, el juez invitará al imputado a designar defensor entre los abogados de la matrícula. Si el imputado no lo hiciere hasta el momento de recibírsele declaración indagatoria, el juez designará de oficio al

defensor oficial, salvo que autorice al imputado a defenderse personalmente.

Art.108: Nombramiento posterior. La designación del defensor de oficio no perjudica el derecho del imputado de elegir ulteriormente otro de su confianza; pero la sustitución no se considerará operada hasta que el designado acepte el cargo y fije domicilio.

Art.109: Defensor común. La defensa de varios imputados podrá ser confiada a un defensor común siempre que no exista incompatibilidad. Si ésta fuere advertida, el tribunal proveerá, aun de oficio, a las sustituciones necesarias, conforme a lo dispuesto en el artículo 107.

Art.110: Otros defensores y mandatarios. El actor civil y el civilmente demandado actuarán en el proceso personalmente o por mandatario, pero siempre con patrocinio letrado.

Art.111: Sustitución. Los defensores de los imputados podrán designar sustitutos para que intervengan si tuvieren impedimento legítimo, con consentimiento del acusado. En caso de abandono de la defensa, el abogado sustituyente asumirá las obligaciones del defensor y no tendrá derecho a prórroga de plazos o audiencias.

Art.112: Abandono. En ningún caso el defensor del imputado podrá abandonar la defensa y dejar a sus clientes sin abogado. Si así lo hiciere, se proveerá a su inmediata sustitución por el defensor oficial. Hasta entonces estará obligado a continuar en el desempeño del cargo y no podrá ser nombrado de nuevo en la misma causa. Cuando el abandono ocurriere poco antes o durante el debate, el nuevo defensor podrá solicitar una prórroga máxima de tres (3) días para la audiencia. El debate no podrá volverse a suspender por la misma causa, aun cuando el tribunal conceda la intervención de otro defensor particular, lo que no excluirá la del oficial. El abandono de los defensores o mandatarios de las partes civiles no suspenderá el proceso.

Art.113: Sanciones. El incumplimiento injustificado de las obligaciones por parte de los defensores o mandatarios podrá ser corregido con multa de hasta el equivalente al 20% del sueldo de un juez de primera instancia, además de la separación de la causa. El abandono constituye falta grave y obliga al que incurre en él a pagar las costas de la sustitución, sin perjuicio de las otras sanciones. Estas serán sólo apelables cuando las dicte el juez. El órgano judicial deberá comunicarlo al Colegio Público de Abogados a sus efectos.

3.5.2. Derecho de Defensa en el Código Procesal Chileno.-

LIBRO PRIMERO

DISPOSICIONES GENERALES

TÍTULO I

PRINCIPIOS BÁSICOS

Art. 8º. Ámbito de la defensa. El imputado tendrá derecho a ser defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra.

El imputado tendrá derecho a formular los planteamientos y alegaciones que considerare oportunos, así como a intervenir en todas las actuaciones judiciales y en las demás actuaciones del procedimiento, salvo las excepciones expresamente previstas en este Código.

3.5.3. Derecho de Defensa en el Código Procesal Colombiano.-

TITULO PRELIMINAR NORMAS RECTORAS

Artículo 1.- (Debido proceso). Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

3.6. Jurisprudencia.-

3.6.1. EL DERECHO DE DEFENSA Y EL DERECHO A SER OIDO.-

“El tribunal Constitucional, en su sentencia recaída en el expediente 1941-2002-AA/TC, caso Luis Felipe Almenara Bryson, refiriéndose a los alcances del derecho de defensa, ha establecido que “el estado de indefensión opera en el momento en que, al atribuírsela la comisión de un acto u omisión antijurídicos, se le sanciona sin permitirle ser oído o formular sus descargos, con las debidas garantías, situación que puede extenderse a lo largo de todas las etapas del proceso y frente a cualquier tipo de articulaciones que se puedan promover.”⁴

⁴ MESIAS, Carlos...Exegesis del Código Procesal Constitución, Gaceta Jurídica (segunda edición), Lima-Perú, 2005, p. 119.

El derecho a ser oído o escuchado respecto de las motivaciones intrínsecas diversas espontáneas o estratégicas desde el punto de vista de la defensa constituye una limitación del derecho de defensa precisamente porque constituye la expresión de quien a amparo de la presunción de inocencia debe ser tratado como cualquier ciudadano más aun cuando está en riesgo su derecho a la libertad a través de la instauración de un proceso penal en su contra y sobre quien recaerá el poder punitivo del Estado.

3.6.2. EL DERECHO DE DEFENSA, EL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN Y EL DEBIDO PROCESO.-

En la sentencia recaída en el Expediente N.º 5871-2005-AA/TC, el Tribunal Constitucional sostuvo que el derecho de defensa “(...) se proyecta (...) como un principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes de un proceso o de un tercero con interés (...). La observancia y respeto del derecho de defensa es consustancial a la idea de un debido proceso, propio de una democracia constitucional que tiene en el respeto de la dignidad humana al primero de sus valores. Por su propia naturaleza, el derecho de defensa es un derecho que atraviesa transversalmente a todo el proceso judicial, cualquiera sea su materia. La posibilidad de su ejercicio presupone, en lo que aquí interesa, que quienes participan en un proceso judicial para la determinación de sus derechos y obligaciones jurídicas tengan conocimiento, previo y oportuno, de los diferentes actos procesales que los pudieran afectar, a fin de que tengan la oportunidad de ejercer, según la etapa procesal de que se trata, los derechos procesales que correspondan (v. g. interponer medios impugnatorios)”. [Fundamentos 12 y 13]

El imputado tiene derecho al respeto irrestricto de su derecho de defensa y por lo tanto a participar en la materialización del principio de contradicción, consustancial a la idea de un debido proceso que este solo se entiende en un estado democrático y constitucional de derecho donde se practica a la luz de la dignidad humana.

El imputado debe tener la oportunidad de conocimiento previo de los diferentes recaudos y actos procesales, que integran el fin del proceso penal, con la finalidad de tener la posibilidad de ejercer sus derechos y orientar las investigaciones preliminares y judiciales hacia el esclarecimiento y búsqueda de la verdad conforme sus intereses.

3.6.3. DERECHO DE DEFENSA Y SUS DIMENSIONES.-

En la sentencia recaída en el Expediente N.º 6260-2005-PHC/TC, el Tribunal Constitucional sostuvo el fundamento tres de la sentencia: “El ejercicio del derecho de defensa, de especial relevancia en el proceso penal, tiene una doble dimensión: una material, referida al derecho del imputado de ejercer su propia defensa desde el mismo instante en que toma conocimiento de que se le atribuye la comisión de determinado hecho delictivo; y otra formal, que supone el derecho a una defensa técnica; esto es, al asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor durante todo el tiempo que dure el proceso. Ambas dimensiones del derecho de defensa forman parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho en referencia. En ambos casos, se garantiza el derecho a no ser postrado a un estado de indefensión.”

El imputado como sujeto procesal al momento de ejercer su derecho de defensa la puede presentar a través de la doble dimensión que caracteriza este derecho, es decir a través de la defensa formal o técnica especializada como también de la auto

defensa o defensa material o defensa de sus propios intereses, es decir con conocimiento de causa fáctica fundamental; especialmente cuando el imputado hacia quien va dirigida la persecución del delito niega las imputaciones formuladas a partir de los reclamos de tutela jurídica del agraviado directamente o indirectamente.

4. **Formulación de Hipótesis.**

4.1. Hipótesis:

En el Perú, pese a la normatividad constitucional no se respetaría el ejercicio del derecho de defensa?

4.2. Variables:

4.2.1. Variable Independiente:

- **Alto índice delincuencia** (la influencia de la cultura inquisitiva)

4.2.2. Indicadores:

- Designación de un solo defensor de oficio para un juzgado penal.
- Visita a establecimiento penitenciario.

4.2.3. Variable Independiente:

- Omisión del juzgado de notificar al defensor. Participación en la primera diligencia de manifestación instructiva.

4.2.4. Indicadores:

- Visita a los juzgadores de turno permanente del Juzgado Penal de Lima.
- Expedientes penales con notificaciones a los defensores de oficio para participar en la primera diligencia de manifestación instructiva.

4.2.5. Variable Independiente:

- Predominio de la cultura procesal inquisitiva.

4.2.6. Indicadores:

- Visita a establecimiento penitenciario.

4.2.7. Variable Independiente:

- Indefensión de la mayoría de imputados con mandato de detención, que pertenecen a estratos sociales de escasos recursos económicos.

4.2.8. Indicadores:

- Visita a establecimiento penitenciario.

5. Definición del Tipo de Investigación.

EMPIRICO JURIDICO SOCIAL

El presente trabajo de investigación pretende analizar la realidad jurídica social del derecho de defensa a través de un desarrollo paralelo aplicativo del marco teórico formulado y la problemática de las limitaciones del ejercicio del derecho de defensa de los defensores de oficio a favor de los imputados de escaso recurso económicos.

6. Selección del Diseño de la Investigación.

La selección del diseño de investigación ha sido canalizada por la orientación directa del Doctor Mixan Mass complementada con la orientación de necesaria recopilación de la base de la estructura jurídica a consultar para el desarrollo del tema conforme a la experiencia del Doctor Víctor Cubas Villanueva.

7. Determinación del Universo. Selección de la Muestra; Unidad de Análisis.

Determinación del Universo.- población del establecimiento penitenciario con mayor concentración de imputados de escasos recursos económicos.

Selección de la Muestra.- internos del establecimiento penitenciario San Pedro – ex Lurigancho. (5 % del total de la población penitenciaria)

Unidad de Análisis.- internos que han acudido al servicio de defensa de oficio.

8. Técnicas e Instrumentos de recolección de datos.

- Encuesta.
- Entrevista.
- Observación.
- Entrevistas exploratorias grupales

9. Contratación de hipótesis.-

Verificación de la formulación de la hipótesis a través de los resultados obtenidos con las Técnicas e Instrumentos de recolección de datos. Utilizando el método inductivo y analítico.

10. Ordenamiento y análisis de datos.-

Compilación de los datos obtenidos directamente proporcionales a la realidad sujeta a análisis de modo significativo.

11. Elaboración de informe final:

El informe final presentado se encuentra desarrollado en los capítulos que se adjuntan donde incluimos aportes de la investigación al análisis de la realidad jurídica social en relación al derecho de defensa propugnando la necesidad de la formulación de una ley que le otorgue autonomía institucional al servicio de defensa de oficio de manera como un Ministerio de Defensa y de manera equivalente al Ministerio Público en roles opuestos del sistema procesal penal del país.

12. Bibliografía:

- ALVAREZ CONDE, Enrique...** Curso de Derecho Constitucional, Editorial Techos (cuarta edición), Madrid-España, 1952, pág. 457.
- ALZAMORA VALDEZ, Mario...** La Profesión del Abogado, en: Chanamé Orbe, Raúl, Introducción al Derecho, Editora y Distribuidora Jurídica Grijley E.I.R.L, Lima-Perú, 1996, pág. 522.
- ASENCIO MELLADO, José María...** Manual de Derecho Penal, Editorial Tirant Lo Blanch (segunda edición), Valencia-España, págs. 25-70-71.
- BERNALES BALLESTEROS, Enrique...** Análisis Comparado de la Constitución de 1993, Editorial Constitución y sociedad, Lima-Perú 1996, pág. 568.
- BINDER ALBERTO, M...** Política Criminal de la formulación a la praxis, Editorial Adhoc S.R.L. (primera edición), Lima- Perú, 1998, pág. 66-131-151-153.
- BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo...** Derechos fundamentales y proceso justo, ARA, Lima – Perú, 2001, pág. 342.
- CARNELUTTI, Francisco...** Derecho Procesal Civil y Penal, Editorial Oxford Biblioteca, Clásicos del Derecho Penal, págs. 29-217.

CAROCCA PEREZ, Alex...Garantía Constitucional de la Defensa Procesal, Editorial José María Bosch, Barcelona-España 1998, págs. 13-16-21-22-120-171-527

CHAMORRO BERNAL, Francisco...La Tutela Judicial Efectiva, Editorial Bosch S.A (primera edición), Barcelona-España, 1994, pág. 111-126-127-133.

CUBAS VILLANUEVA, Víctor...El Proceso Penal – Garantías Constitucionales del Proceso Penal, Editorial Palestra (quinta edición), Lima-Perú, 2003, pág. 44.

DEL VALLE RANDICH, LUIS... Derecho Procesal Penal, Parte General 2º tomo, Imprenta Editora Pérez Pacussich, pág.20.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés... derecho Procesal Penal, Editorial Centro de Estudios Ramón Areos SA. (sexta edición), Madrid-España, 2003, pág. 896.

DIEZ PICAZO/GULLON... Sistema de Derecho Civil, v. I, op. Cit., p. 160. PÉREZ LUÑO A. E. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, op. cit., pág. 276.

EDWARDS, Carlos...Garantías Constitucionales en materia penal, Editorial Astrea, Buenos Aires-Argentina, 1996, pág. 101.

En: NUÑEZ; Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, anotado, art. 296º N° 1, págs. 265 y ss., citado por MAIER, JULIO B., Derecho Procesal Penal Argentino, 1b, fundamentos. Edit. Hammurabi, Buenos Aires-Argentina, 1989, pág. 325.

ESPARZA LEIBAR, Iñaki...“El Principio del debido Proceso”, Editorial José María Bosch, Barcelona -España 1995, págs. 16-25-241.

FAUNDEZ LEDESMA, Héctor... “El derecho a un Juicio Justo”. En Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas; Junio, 1991, N° 80, págs. 138-179.

GIMENO SENDRA/ MORENO CATENA/ CORTES DOMINGUEZ...

Lecciones de Derecho Procesal Penal, Editorial Colex, Madrid-España, 2001, pág. 49.

GOMEZ COLOMER, Juan Luis...Derecho Jurisdiccional, Editorial Tirant Lo Blanch (sexta edición), Valencia-España, 1997, pág. 248.

GONZALES BUSTAMANTE, Juan José... Principio del Derecho Procesal Penal Mexicano, Editorial Porrúa (tercera edición), México, págs. 86-87-88-90.

GONZALES PEREZ, Jesús... El Derecho a la Tutela Jurisdiccional, Editorial Civitas (tercera edición), 2001, Madrid, págs. 33- 57-69.

HUERTA GUERRERO, Luis Alberto...El Debido Proceso en las decisiones de la Corte Sudamericana de Derechos Humanos, Editorial Comisión Andina de Juristas, Lima-Perú, 2003, pág. 57.

MAIER, Julio B.J...Derecho Procesal Penal, T.I., Fundamentos, Editores del Puertos S.R.L. (segunda edición) BB. AA. – Argentina, 1999, pág. 543-583-843-844.

MESIAS, Carlos...Exegesis del Código Procesal Constitucional, Editorial Gaceta Jurídica (segunda edición), Lima- Perú, 2005, pág. 119.

MONTERO AROCA, Juan...Derecho Jurisdiccional, Editorial Tirant lo Blanch (sexta edición), Valencia-España, 1997, pág.79.

ORE GUARDIA, Arsenio...Estudios de Derecho Procesal Penal, Editorial Alternativas (primera edición), Lima-Perú, 1993, pág. 295. Presentando artículo de Pablo Talavera Elguera.

QUIROGA LEÓN, Aníbal... El Debido Proceso Legal en el Perú y el sistema interamericano de protección de derechos humanos y Jurisprudencia, Jurista editores, Lima, Perú, 2003. págs. 47-298-299.

RAMOS MENDEZ, F...El Proceso Penal, pág. 16.

SAN MARTÍN CASTRO, César... Derecho Procesal Penal, TI, Editorial. Grijley (segunda edición), Lima- Perú 2003. Págs. 42-43-70-71-86-109-113-119-120-288-289.

SANCHEZ VELARDE, Pablo...Comentarios al Código Procesal Penal, Editorial Idemsa, Lima – Perú, 1994, págs. 46-109-110.

SERRERA CONTRERAS,... El orden contencioso-administrativo en el Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial, "Revista Iberoamericana de Derecho Procesal", 1981. pp. 129 y ss.

VÉLEZ MARICONDE,...Derecho Procesal Penal, T. II, Edit. Córdoba-Argentina, 1986, Actualizada por los Dr. MANUEL N. AYÁN Y JOSÉ I. CAFFERATA NORES, págs. 222-379-399 y ss.

VESCOVI, Enrique...Teoría General del Proceso, Editorial Temis S. A, Santa Fe de Bogotá-Colombia, 1999, págs. 7-80-88-89-91-203.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl...Manual de Derecho Penal, Ediciones Jurídicas, BB. AA. - Argentina, 1986, pág. 48.

Linkografía:

<http://www.selettigroup.com.ar/Selesis/alexandria/argentina/cppn/004.htm>

www.justiciaviva.org.pe/reforma_implementation/CPP_chile.pdf

<http://encolombia.com/derecho/der-codigo-penal.htm>

www.asesor.com.pe/teleley

13. **Anexos:**

ANEXO

1.

PAIS	ARTICULO CONSTITUCION	DETALLE DE LA NORMA
BOLIVIA	Artículo 16	Se reconoce el carácter inviolable del derecho de defensa en un proceso judicial. Asimismo la necesidad de asistencia letrada desde el momento de detención del inculpaado.
CHILE	Artículo 19	Asegura a todas las personas el derecho a la defensa jurídica en la forma que la ley señale, no existiendo impedimento o restricción alguna por parte de autoridad o persona cualquiera.
COLOMBIA	Artículos 29 y 229	Reconoce a los inculpaados el derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento. Se establece el deber de reglamentar por ley los supuestos en los que la persona puede acceder a la administración de justicia sin representación de abogado, no limitando el acceso a la administración de justicia mediante la defensa cautiva.
ECUADOR	Artículo 24	<p>Establece que nadie podrá ser privado del derecho de defensa en ningún estado o grado del respectivo procedimiento. No se podrá efectuar interrogatorio alguno sin la asistencia de un abogado defensor; la contravención de esta disposición priva de eficacia probatoria a cualquier diligencia que se efectúe.</p> <p>El Estado establecerá defensores públicos para el patrocinio de las comunidades indígenas, de los trabajadores, de las mujeres y de los menores de edad abandonados o víctimas de violencia intrafamiliar o sexual, y de toda persona que no disponga de medios económicos.</p>
PERU	Artículo 139 inc.14 Y 16	Reconoce el derecho de defensa como un principio y derecho de la función jurisdiccional. Nadie puede ser privado del derecho de

ANEXO 2:

EL DERECHO DE DEFENSA EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO A LO LARGO DE LA HISTORIA CONSTITUCIONAL.

Constituciones

a) Constitución de Cádiz de 1812: El capítulo III de la referida Constitución, que alude a la Administración de Justicia en lo criminal, establece algunas normas que pueden considerarse como antecedentes del derecho de defensa:

. Artículo 287.- Ningún español podrá ser preso, sin que preceda información sumaria del hecho, por el que merezca según la ley ser castigado con pena corporal, y asimismo, un mandamiento del juez por escrito, que se le notificará en el acto mismo de la prisión.

. Artículo 290.- El arrestado, antes de ser puesto en prisión, será presentado al juez

...para que reciba la declaración...

. Artículo 300.- Dentro de las veinte y cuatro horas se manifestará al tratado como reo la causa de su prisión y el nombre de su acusador si lo hubiere.

. Artículo 302.- El proceso de allí en adelante será público en el modo y forma en que determinen las leyes.

. Artículo 303.- No se usará del tormento ni de los apremios.

b) Constitución Política de 1823: En este texto legal, encontramos referencias – aunque no claras y directas- del derecho de defensa, en dos partes:

1. Capítulo VIII, referido al Poder Judicial:

. Artículo 106.- Los códigos civil y criminal prefijarán las formas judiciales. Ninguna autoridad podrá abreviarlas, ni suspenderlas en caso alguno.

. Artículo 107.- En las causas criminales el juzgamiento será público, el hecho reconocido y declarado por jurados y la ley aplicada por los Jueces.

. Artículo 117.- Dentro de las 24 horas se le hará saber a todo individuo, la causa de su arresto, y cualquiera omisión en este punto se declara atentatoria de la libertad individual.

2. Capítulo V, referido a las Garantías Constitucionales:

. Artículo 193.- Sin embargo de estar consignados los derechos sociales e individuales de los peruanos en la organización de esta ley fundamental se declaran inviolables:

(...)

Inciso 9).- La igualdad ante la ley, ya premia, ya castigue.

3

UGARTE DEL PINO, Juan Vicente. Historia de las Constituciones del Perú.

c) Constitución Política de 1826: En este texto, también se observa en dos partes, antecedentes del derecho de Defensa:

1) Capítulo V, referido a la Administración de Justicia:

. Artículo 117.- Ningún peruano puede ser preso sin precedente de la información del hecho, por el que merezca pena corporal, y un mandamiento escrito del juez ante quien ha de ser presentado...

. Artículo 118.- Acto continuo, si fuera posible deberá dar su declaración sin juramento, no defiriéndose ésta en ningún caso por más tiempo que el de 48 horas.

. Artículo 120.- En las causas criminales el juzgamiento será público: reconocido el hecho y declarado por Jurados (cuando se establezcan); y la ley aplicada por los jueces.

. Artículo 121.- No se usará jamás el tormento, ni se exigirá confesión al reo.

2. Capítulo XI, referido a las Garantías:

. Artículo 142.- La libertad civil, la seguridad individual, la propiedad y la igualdad ante la ley, se garantizan a los ciudadanos por la Constitución.

d) Constitución de 1828: En el caso del presente texto legal, presentan antecedentes del derecho de Defensa, los siguientes Títulos:

1. Título VIII: De la Administración de Justicia

. Artículo 123.- Las causas criminales se harán por Jurados. La institución de éstos se detallará por una ley. Entre tanto los jueces conocerán haciendo el juzgamiento público, y motivando sus sentencias.

. Artículo 126.- Ningún Tribunal o Juez puede abreviar ni suspender en caso alguno las formas judiciales.

. Artículo 127.- Ninguno puede ser preso sin precedente información del hecho...y sin mandamiento por escrito, del Juez competente...la declaración del preso por ningún caso puede diferirse más de 48 horas.

. Artículo 129.- Quedan abolidos:

1. El juramento en toda declaración y confesión de causa criminal sobre hecho propio

(...)

3. El tormento.

2. Título IX: Disposiciones Generales:

. Artículo 149.- La Constitución garantiza la libertad civil, la seguridad individual ante la ley...

. Artículo 157.- Todos los peruanos son iguales ante la ley, ya premie, ya castigue.

e) Constitución de 1834: Adicionalmente a las disposiciones establecidas en los textos anteriores, la presente Constitución, contiene lo siguiente:

. Artículo 126.- Ningún ciudadano está obligado a dar testimonio contra sí mismo en causa criminal bajo su juramento u otro apremio...

. Artículo 150.- Ninguno puede ser condenado si no es juzgado legalmente.

f) Constitución de 1839.- Contiene las mismas disposiciones que el anterior texto constitucional, en lo que a antecedentes del derecho de defensa se refiere.

g) Constitución de 1856.- En este texto, se coloca el Título de las Garantías Individuales en cuarto lugar, omitiéndose el capítulo correspondiente a la Administración de Justicia. Lo referente al Poder Judicial, resulta siendo general y tratado sólo en 10 artículos.

Dentro de las garantías Individuales, tenemos:

Art. 18.- Nadie podrá ser arrestado sin mandato escrito de juez competente, o de la autoridad encargada del orden público...

Artículo 31.- Las leyes protegen y obligan igualmente a todos...

h) Constituciones de 1860 y 1867.- Contienen las mismas disposiciones que el texto de 1856.

i) Constitución de 1920.- Contiene una disposición interesante y distinta a las citadas anteriormente, la establecida en el Capítulo destinado a las Garantías

Individuales, que dice:

. Artículo 28.- Nadie puede defender o reclamar su derecho sino en la forma que establezca o autorice la ley. El derecho de petición puede ejercerse individual o colectivamente.

Observamos que por primera vez, se hace alusión al término “defensa”.

j) Constitución de 1933.- El texto de 1933, recoge, por primera vez, la disposición que contiene el principio de legalidad, en su artículo 57...”Nadie será condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no estén calificados en la ley de manera expresa e inequívoca como infracciones punibles, ni juzgado sino por los tribunales que las leyes establezcan. Carece de valor toda declaración obtenida por la violencia...”

Resulta importante señalar que la alusión al término “defensa” que se establecía en el artículo 28 del texto de 1920, fue retirada del texto de 1933, quedando sólo la referencia a la forma de ejercer (individual o colectivamente) el derecho de petición.

k) Constitución de 1979.- Es, a partir de la Constitución de 1979, cuando se coloca a la persona en un estadio especial y fundamental. Por ello, el Título I,

Capítulo I, trata los derechos y deberes de la persona, capítulo que en su artículo 2, inciso 20, contiene disposiciones relativas al derecho de defensa como:

Literal d) Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado por pena no prevista en la ley.

Literal f) Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.

Literal g) Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del Juez o por las autoridades policiales en flagrante delito. En todo caso el detenido debe ser puesto, dentro de veinticuatro horas o en el término de la distancia, a disposición del

Juzgado que corresponde.

Se exceptúan los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas en los que las autoridades policiales pueden efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados por un término no mayor de quince días naturales, con cargo de dar cuenta al Ministerio Público y al Juez, quien puede asumir jurisdicción antes de vencido el término.

Literal h) Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse y ser asesorado con un defensor de su elección desde que es citado o detenido por la autoridad.

Literal i) Nadie puede ser incomunicado sino en caso indispensable para el esclarecimiento de un delito y en la forma y el tiempo previsto por la ley. La autoridad está obligada a señalar sin dilación el lugar donde se halla la persona detenida, bajo responsabilidad.

Literal j) Las declaraciones obtenidas por la violencia carecen de valor. Quien la emplea incurre en responsabilidad penal.

Literal k) Nadie puede ser obligado a prestar juramento ni compelido a declarar o reconocer culpabilidad en causa penal contra sí mismo, ni contra su cónyuge ni sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

Por otro lado, el artículo 233, referido a las garantías de la administración de justicia, consagra, en su inciso 9) de manera clara y directa, el derecho de defensa al señalar:

Art. 233.- Son garantías de la administración de justicia: (...)

Inciso 9). - La de no ser penado sin juicio ni privado del derecho de defensa en cualquier estado del proceso. El Estado provee la defensa gratuita a las personas de escasos recursos.

i) Constitución de 1993: Nuestro actual y vigente texto constitucional contiene, asimismo, las normas detalladas anteriormente, tanto en lo que a los derechos de las personas se refiere, consagrados en el artículo 2, inciso 24, como también en las garantías de la Administración de Justicia, en su artículo 139, inciso 14.

Por otra parte, es importante señalar que nuestra actual Ley Orgánica del Poder Judicial hace una alusión al derecho de defensa, en su artículo 7, al señalar que “en el ejercicio y defensa de sus derechos, toda persona goza de la plena tutela jurisdiccional, con las garantías de un debido proceso.” Asimismo, destina un Capítulo al tema de la Defensa

Gratuita (arts. 295 y ss.).

CAPITULO
GENERAL

II

**MARCO
TEORICO**

CAPITULO I

LA CONSTITUCIÓN Y EL PROCESO.

1.1).-NOCIONES GENERALES.-

El origen del proceso lo podemos hallar en el propio desenvolvimiento de la función jurisdiccional, es decir en el modo o la manera de realizar la función jurisdiccional; y la primera aproximación del contenido del proceso, en sentido amplio se entiende como la sucesión de actos dirigidos a un punto determinado; pero en sentido estricto el proceso constituye el conjunto de actos dirigidos a lograr la solución de conflictos; y en última instancia debe ser apreciado como un instrumento para cumplir los objetivos del Estado, imponiendo a los particulares una conducta jurídica, es decir respetuosa de las leyes; más aún imponiendo una conducta conforme al derecho y simultáneamente en el proceso se manifiesta con poder del Estado de otorgar tutela jurídica.

La materialización del derecho a través de la función jurisdiccional exige la presencia del proceso, que trasciende el mero formalismo del procedimiento y del digamos acto triangular formado por las partes y el juzgador, para subrayar el esfuerzo finalmente de estos últimos por lograr armonía social como fin fundamental de un estado de derecho. El proceso jurídico se presenta entonces como el común denominador de la justicia o del debido mecanismo de aplicación de la Ley, en todos los ordenamientos jurídicos, a la luz de la primera norma o ley fundamental; la misma que entiende la importancia del proceso como mecanismo natural de su propia existencia o vida constitucional. Por tal motivo el derecho de defensa del agraviado, que inspira el presente trabajo, tiene como el derecho de

defensa del imputado el mismo nivel de importancia constitucional apreciado fundamentalmente a través del proceso penal, que no puede desligarse del respeto a Los Derechos Humanos ni hacer diferencias que desnaturalizarían a todo derecho fundamental en último término.

La palabra o termino proceso o processus deviene de dos voces latinas: por un lado de “pro” que significa para adelante; y “cedere” que significa caminar; es decir “caminar para adelante”, demostrando que la palabra proceso explica en su contenido un determinado desenvolvimiento, una sucesión, una continuidad dinámica, un desarrollo o movimiento determinado o un dirigirse a un fin determinado, un cumplir una serie de fases; que en el campo del derecho se presenta como un conjunto de situaciones jurídicas de relación y de naturaleza compleja.

“El procedimiento es solo el medio extrínseco por el cual se instaura y se desenvuelve hasta su finalización el proceso...Por lo tanto el proceso es el medio adecuado que tiene el Estado para resolver el conflicto reglado por el derecho procesal, que establece el orden de los actos (procedimiento), para una correcta (legal) prestación de la actividad jurisdiccional...que se pone en marcha, normalmente cuando una de las partes ejerce su derecho (poder) de acción.”⁵

Podemos mencionar términos análogos al contenido del término proceso expresado en estas líneas, me refiero a los vocablos: juicio, controversia, asunto, litigio, causa; pero existen naturalmente diferencias conceptuales. Históricamente la palabra proceso se presentó como inicialmente en el ámbito jurídico de la Edad Media, y la palabra juicio era entendida más cercana al trabajo judicial final de las cortes, es decir a la actividad intelectual final del magistrado juzgador.

⁵ VESCOVI, Enrique...Teoría General del Proceso, Editorial Temis S. A, Santa Fe de Bogotá-Colombia (Segunda edición), 1999, p. 88.

Si bien hemos adelantado algunos fines tentativos del proceso, en realidad la doctrina discute si el proceso está orientado a resolver litigios, conflictos de intereses o satisfacer pretensiones, es decir si se trata de la solución de un conflicto material social, a un conflicto jurídico o un conflicto ecléctico social-jurídica. “El fin o función del proceso...oscila en saber si se trata de resolver un conflicto material (sociológico) o de actuar el derecho (jurídico); si se persigue un fin individual, solucionar un conflicto subjetivo, o un fin público, la actuación de la ley, del derecho y, en ultimo termino, los fines de este: paz y justicia.”⁶ Lo importante es que las partes en el caso del derecho procesal penal constitucionalizado hallen en el proceso la posibilidad de expresar en similares condiciones o términos sus intereses.

Según Carnellutti, el proceso tiene un fin privado porque se origina en un conflicto material de intereses, es decir que se debe resolver conflictos intersubjetivos de intereses, con base en el interés individual o contenido psicológico. Del conflicto de intereses surge el litigio y de éste la pretensión de subordinar el interés ajeno al propio.

Por su parte Chiovenda destaca que el fin del proceso es público y está en la actuación de la ley, en la aplicación del derecho objetivo.

La tercera posición intermedia o ecléctica es de naturaleza mixta indican que el conflicto social, se resuelve mediante la actuación de la ley por lo que deviene en un conflicto jurídico. Guasp pretende superar la dualidad y coloca en el centro de la función del proceso la satisfacción de pretensiones, que nacen como una queja, pero que antes de ser planteada ante el juez es meramente conflicto social.

“La Objeción principal a estas teorías es que hay procesos sin conflicto. Es decir, hay procesos sin contradicción (en rebeldía) o sin que el reclamo tenga un apoyo jurídico (pretensión totalmente infundada, que igual debe dar lugar al desarrollo del proceso, sin perjuicio de que la sentencia final la rechace); y

⁶ VESCOVI, Enrique... Teoría del Proceso Penal, Editorial Temis S.A. Santa fe de Bogotá-Colombia (Segunda edición), 1999, p. 89.

procesos en que la pretensión no aparece, al menos en el inicio, como en el penal (o en sistemas de actuación de oficio)... parece que lo más aceptable es entender que **la función del proceso es jurídica ,aunque se origina en un proceso social ”** ⁷

1.2).- DEFINICIONES.-

Entre las principales definiciones el término proceso presentamos las siguientes:

-“El proceso es un instrumento al servicio del derecho sustancial y de las pretensiones relativas a las situaciones jurídicas basadas en el derecho de fondo. En él se discuten las pretensiones de las partes, especialmente las que han deducido el actor, examinando los derechos que alegan y los que tienen. Pero también se discuten aspectos formales relativos al proceso mismo.” ⁸ Por tal motivo las partes necesitan realizar adecuadamente sus alegaciones en pleno ejercicio de su derecho de defensa.

-“El Proceso es el conjunto de actos dirigidos a un fin (como sucede en los demás procesos: proceso químico, fisiológico): como es la solución del conflicto, (o la satisfacción de la pretensión) mediante la imposición de la regla jurídica, el derecho(o mas mediatamente, la implantación de la paz, y la justicia en el medio social).⁹

-...entenderemos por proceso aquel instrumento de la función jurisdiccional a través del cual únicamente se ejercita la misma...

- “El proceso constituye el objeto de conocimiento de la ciencia del Derecho procesal. Junto con la acción y la jurisdicción que le preceden, esas tres nociones forman, como se las ha denominado, el "trinomio jurídico" o la

⁷ IBIDEM, p. 91.

⁸ IBIDEM, p. 7

⁹ IBIDEM, p. 7

"trilogía estructural", o sea las ideas básicas y sistemáticas para la construcción conceptual de la moderna ciencia del proceso."¹⁰

- "...el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia, a lo cual contribuye el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal."¹¹

- "La concepción del proceso como un mecanismo para la realización de la justicia impide que algún ámbito del ordenamiento jurídico se sustraiga a su efecto vinculante, pues a la conciencia jurídica de hoy le repugna la sola idea de alcanzar la justicia pervirtiendo el camino que conduce a ella."¹²

1.3).-CARACTERISTICAS.-

Señalaremos las principales características del proceso; así tenemos que:

- El proceso es sistemático, es decir, es ordenado, obedece a una correlación de etapas y determinación de sujetos participantes del mismo.
- El proceso solo puede presentarse a través del respaldo de requisitos expresos, señalados en la Ley.
- El proceso valida su existencia a través del cumplimiento de requisitos necesarios para que pueda constituirse una relación procesal válida, que son las condiciones que deben existir a fin de que pueda tenerse un pronunciamiento cualquiera, favorable o desfavorable, sobre la demanda, esto es, a fin de que se concrete el poder deber del juez de proveer sobre el mérito.¹³

¹⁰ DICCIONARIO JURIDICO OMEBA.

¹¹ CORTE SUDAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (OC 16 -99, de 1 de octubre de 1999, párr. 117)

¹² Publicado en la Derecho de Defensa, en <http://www.jurimprudencias.com>

¹³ VESCOVI, Enrique... Teoría del Proceso Penal, Editorial Temis S.A. Santa fe de Bogotá-Colombia (Segunda edición), 1999, p. 80.

- El proceso tiene naturaleza garantista; está íntimamente ligado al denominado debido proceso, es decir que no solo se juzgue por un juez imparcial sino que mediante una serie de actos se garanticen que esa declaración final sea la que corresponda conforme a derecho que la sociedad por medio de sus órganos legislativos ha dictado.¹⁴
- Por su naturaleza puede ser también “contractual”, una “relación jurídica” donde las partes están unidas por un vínculo jurídico con carácter autónomo, público y complejo, donde se ponen en juego los deberes y derechos de las partes; o una “situación jurídica” en la que el proceso provoca expectativas, posibilidades, cargas y liberación de cargas.
- El proceso solo conoce un concepto de parte independientemente de la calidad del sujeto de derecho (sustancial) o de la acción (pretensión).

¹⁴ DICCIONARIO JURIDICO OMEBA

CAPITULO II

EL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL Y EL DEBIDO PROCESO EN RELACION AL DERECHO DE DEFENSA

2.1).- CONCEPTO, NATURALEZA Y CONTENIDO DEL DERECHO A TUTELA JURISDICCIONAL.-

La necesidad de resolver la anarquía social determinó la creación del estado como una instancia intermediaria en la solución de los conflictos sociales a partir del cual se confía la permanencia de la paz social , luego que el ser humano al decir de Ortega y Gasset primero tuvo conciencia del otro en su desarrollo social al iniciarse la controversia existencial o la convivencia social y finalmente entender que necesitaba a un tercero dirimente, por tal motivo el derecho natural presenta al estado como ente materializador u orientador de la justicia tan ansiada socialmente como valor primario o básico en la convivencia social. Esto es consagrado en todos los ordenamientos Jurídicos que entienden la importancia de una sociedad armónica. Por tales circunstancias los ciudadanos de cualquier nación libre deben tener la posibilidad de acceder al estado a fin de solicitarle intervenga cuando considere que sus derechos se encuentran afectados en sus relaciones sociales con otros ciudadanos produciéndose un conflicto de intereses.

“El derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva es el derecho de toda persona a que se haga justicia; a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional a través de un proceso con garantías mínimas “¹⁵

Sin embargo debemos tener claro que la posibilidad de reclamarle al estado que intervenga en una litis entre privados no significa correlativamente que la solución del conflicto resultará finalmente conforme al que demandó la intervención, ni se utilizaran las normas invocadas al órgano dirimente, solo se

¹⁵ GONZALES PEREZ, Jesús... El Derecho a la Tutela Jurisdiccional, Editorial Civetas (tercera edición), Madrid-España, 2001, p.33

trata del derecho de acceso a un proceso no desnaturalizado o contraviniendo garantías constitucionales mínimas.

La doctrina y jurisprudencia mayoritaria han sido contundentes respecto a la naturaleza y contenido de la Tutela Jurisdiccional efectiva, subrayando que el acceso a la señalada tutela no significa sólo correlativa sentencia favorable, ni tampoco sentencia respecto al fondo del asunto, por lo tanto es posible una respuesta de inadmisión legalmente fundada que haya sido atendida debidamente por el órgano jurisdiccional.

En las sentencias españolas (S.9/1981), (A.97/1981) y (S.35/1982) se señaló: “El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva no comprende el de obtener una decisión judicial acorde con las pretensiones, sino el derecho a que se dicte una resolución acorde a derecho, siempre que se cumplan los requisitos procesales para ello”, “.Ese derecho supone el de obtener una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas ante los tribunales, siempre que se utilicen las vías procesales adecuadas, pero no el de que tal decisión sea la solicitada por el actor...” y “se trata de invocar con éxito la asistencia jurisdiccional por cualquier ciudadano que lo requiera y no implica el aseguramiento de unas decisiones...”

La tutela jurisdiccional efectiva es de importancia tal que su presencia resulta básica en las constituciones de los estados para los fines de aplicación directa de la propia norma fundamental, por conformar la naturaleza intrínseca del estado y del propio derecho, es decir como el derecho a la recta y eficaz administración de justicia; necesitando una protección jurisdiccional reforzada a través de garantías o procesos constitucionales amparo a favor de la persona, titular del derecho a la tutela judicial respecto del cual el estado está obligado a garantizar el mencionado derecho cuyos efectos se dan antes, durante y luego de la sentencia.

“Configurado el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva como un derecho prestacional conllevará a una serie de obligaciones por parte de quien, con arreglo a la constitución, deba realizar la actividad prestacional” ¹⁶

“El derecho a la tutela jurisdiccional despliega sus efectos en tres momentos distintos: primero, en el acceso a la justicia; segundo, una vez en ella, que sea posible la defensa y obtener solución en un plazo razonable; y tercero, una vez dictada la sentencia, la plena efectividad de sus pronunciamientos. Acceso a la Jurisdicción, proceso debido y eficacia de la sentencia.” ¹⁷

Por tales consideraciones el derecho de defensa en el proceso necesita preliminarmente la antesala del ejercicio de la tutela jurisdiccional efectiva, para lograr forjarse plenamente y para lograr manifestarse como tal.

El Art. 139.3 de la ley fundamental también incorpora esta garantía en el conjunto de las reglas genéricas de protección del ciudadano en el curso de un proceso judicial. El derecho a la Tutela Jurisdiccional es un derecho autónomo y complejo que no solo comprende el derecho de acceso a la justicia como lo identifica el tribunal constitucional de nuestro país, sino que también está integrado por diversas manifestaciones de derechos correlativos que al decir de Ascencio Mellado serían los siguientes:

- a).- derecho al proceso.
- b).- derecho a obtener una resolución.
- c).- derecho a los recursos legalmente previstos.
- d).- derecho a la ejecución de las resoluciones.

“En cuanto al derecho al proceso, es de acotar que el art.14.1 del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos estatuye bajo la denominación Derecho de acceso a la justicia, el derecho que de todas las personas tiene de ser oídas por el órgano jurisdiccional se debe manifestar no solo en la

¹⁶ BIDART CAMPOS...Teoría General de los Derecho Humanos, Edit. UNAM, México, 1993, p. 136

¹⁷ GONZALES PEREZ, Jesús...El Derecho a la Tutela Jurisdiccional, Edit. Civetas (tercera edición), Madrid-España, 2001, p. 57.

posibilidad de formular peticiones concretas sino también en que se pueda instar la acción de la justicia en defensa de los derechos e intereses legítimos de las personas.”¹⁸

“El derecho a la ejecución cierra el derecho a la tutela judicial. Ello significa que 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 cumplan el pronunciamiento contenida en ella.”¹⁹

2.2).-ACCESO A LA TUTELA JURISDICCIONAL.-

Focalizaremos nuestro interés académico en la primera etapa en la vida del derecho a través de la tutela jurisdiccional o judicial efectiva, porque permite igualdad en los derechos de las partes en el acceso a la jurisdicción y supone la interdicción a toda exclusión, es decir permite:

- El acceso a los órganos propiamente judiciales
- Que no se excluya el conocimiento de las pretensiones en razón de su fundamento.
- Que no se obstaculice el acceso a la información.

“El derecho a la tutela judicial supone la posibilidad de formular cualquier tipo de pretensión, cualquiera sea su fundamento y el objeto sobre el que verse. La sustracción de la Jurisdicción del conocimiento de cualquier tipo de litigio comportaría un atentado al derecho,”²⁰

Las constituciones de raigambre social y democrática de derecho garantizan a todos los ciudadanos la tutela efectiva mediante el acceso al proceso y a los recursos previsto a la ley y comprende, primordialmente el derecho de acceso a la jurisdicción es decir, el derecho a provocar que la

¹⁸ SAN MARTÍN CASTRO, César... Derecho Procesal Penal, TI, Editorial. Giley (segunda edición), Lima- Perú, 2003, p. 109.

¹⁹ IBIDEM p.113

²⁰ GONZALES PEREZ, Jesús...El Derecho a la Tutela Jurisdiccional, Editorial Civetas (tercera edición), Madrid-España, 2001. p. 69.

actividad jurisdiccional se instaure y termine en una decisión judicial como manifestación de órganos imparciales e independientes.

La tutela sólo será efectiva si el órgano jurisdiccional reúne ciertas condiciones y antes de dictar sentencia sigue un proceso investido de las garantías que hagan posibles la defensa de las partes; esta condición genérica considera por investidura constitucional tanto a la parte demandante como demandada.

El acceso a la tutela jurisdiccional respeta a su vez el cumplimiento de ciertos principios constitucionales íntimamente relacionados con este:

1.- La Unidad Jurisdiccional.- Porque el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado es unívoco institucionalmente; y por supuesto corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales determinados por la ley según las normas de competencia y procedimiento existentes. Las constituciones consagran que solamente el poder judicial es a quien se le confía la función jurisdiccional; y la división de poderes consagra esta situación. Ningún otro poder ni ningún otro funcionario que no sean los magistrados del poder judicial serán los facultados a realizar funciones jurisdiccionales.

GIMENO SENDRA destaca que la exclusividad de la jurisdicción conlleva a dos importantes exigencias:

- De un lado que las facultades de resolución de las controversias sean encomendadas a un único cuerpo de jueces y magistrados.
- De otro, que la fusión en la que aquella facultad se concreta sea atribuida con exclusividad a los previamente señalados miembros que integran la jurisdicción.

La unidad y el monopolio de la jurisdicción son por lo tanto la expresión del principio constitucional de exclusividad de la misma e indispensable presupuesto en todo estado de derecho para la eficaz protección de los derechos fundamentales. La jurisdicción es manifestación de la soberanía del estado siendo imposible

conceptualmente que un estado tenga más de una jurisdicción, incluso resultaría redundante hablar de unidad jurisdiccional por cuanto la jurisdicción solo es una a decir de PRIETO CASTRO.

Lo cierto es que subyace sobre la facultad jurisdiccional la independencia e imparcialidad de los jueces a fin de evitar cualquier tipo de manipulación.

“El principio de unidad jurisdiccional es la base de organización y funcionamiento de los tribunales, la fusión se encomienda a un único conjunto de jueces independientes e imparciales, en donde toda manipulación en su constitución y competencia este expresamente desterrada.”²¹

Las constituciones admiten excepciones al principio de unidad jurisdiccional, como es la jurisdicción militar o la jurisdicción arbitral. Lo importante es que la unidad jurisdiccional permita que el justiciable pueda encontrar la satisfacción de sus pretensiones en órganos que aun cuando estén fuera del poder judicial son jurisdiccionales en sus manifestaciones de dirimencia de derecho. Sin embargo fuera de las mencionadas excepciones es muy difícil y cuestionable una decisión justa en los litigios más allá del ámbito del poder judicial. El derecho de defensa del imputado debe estar presente en todo medio jurisdiccional a fin de no desnaturalizarse.

2.- Presencia de Órdenes jurisdiccionales.- El principio de la unidad jurisdiccional no impide la existencia, dentro de la organización judicial, de tribunales con jurisdicción para conocer determinadas materias. El fundamento y razón de ser no es otro que la necesidad de especialización. Situación tan necesaria como la propia especialización de la defensa de cualquiera de las partes involucradas en el proceso.

²¹ SERRERA CONTRERAS,...El orden contencioso-administrativo en el Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial, "Revista Iberoamericana de Derecho Procesal", 1981. pp. 129 y ss.

“La consagración del principio de unidad jurisdiccional no implica la desaparición de aquellos tribunales especializados. Pero se ha considerado oportuno huir de la expresión de “jurisdicciones especiales” y se emplea la de “órdenes jurisdiccionales”

3.- Interdicción de cualquier exclusión.- El derecho a la tutela judicial supone la posibilidad de formular cualquier tipo de pretensión, cualquiera que sea su fundamento y el objeto sobre el que verse. En el caso penal frente a la imputación formulada por el Ministerio Público contra el denunciado por la Comisión de delitos (tipificados), no se debe privar al imputado de exponer la pretensión que considere idónea a sus intereses de justicia.

La sustracción de la Jurisdicción del conocimiento de cualquier tipo de litigio comportaría un atentado al derecho. La Jurisdicción debe conocer de toda pretensión, abstracción hecha del Derecho material que sirve de fundamento a la misma y de la persona frente a la que se dirigen.

4.- Constitucionalidad de los requisitos procesales.- Los requisitos procesales son aquellas circunstancias que el Derecho procesal exige para que un órgano judicial pueda examinar en cuanto al fondo la pretensión que ante él se formula. Un Tribunal no puede examinar la demanda de Justicia que ante él se deduce si no concurren aquellas circunstancias.²²

5.- Consecuencias del principio de la Tutela Judicial efectiva.-

a) INADMISIBILIDAD DE REQUISITOS PROCESALES QUE CONSTITUYAN FORMALISMOS ENERVANTES.-

Ya que constitucionalmente no son admisibles aquellos obstáculos que puedan estimarse excesivos, que sean producto de un innecesario formalismo y que no se compaginen con el derecho a la justicia o que no aparezcan justificados y

²² Teoría de la Constitución (traducción de GALLEGO ANABITATE), Editorial Ariel (reimpresión de la 2^o Edición), 1997. p. 28

proporcionados conforme a las finalidades para las que se establecen, que deben ser, en todo caso, adecuadas al espíritu constitucional, siendo en definitiva el juicio de razonabilidad y proporcionalidad el que resulta trascendente. Entonces no se deben rechazar al examen una pretensión por defectos formales o deficiencias técnicas cuando el escrito correspondiente suministra datos suficientes de argumentación de la parte.

b) QUE EL REQUISITO ESTE ESTABLECIDO EN NORMA CON RANGO DE LEY.-

El requisito procesal ha de estar establecido en una norma con rango de ley. No puede declararse la inadmisibilidad de una pretensión si la causa no se encuentra claramente prevista en la ley procesal. En consecuencia, “la negatividad por parte de los órganos judiciales a pronunciarse sobre el fondo del caso carente de base legal supondría manifiestamente una negativa a la satisfacción del derecho a la tutela judicial.

c) QUE LAS NORMAS REGULADORAS DE LOS REQUISITOS PROCESALES DEBEN INTERPRETARSE SIEMPRE EN EL SENTIDO MAS FAVORABLE A LA ADMISIÓN DE LAS PRETENSIONES PROCESALES

El principio *pro actione* adquiere especial relieve al interpretar la normativa reguladora de los requisitos procesales. En consecuencia, se lesiona el derecho a la tutela judicial si no se apura la interpretación más favorable a la admisibilidad. Porque las formalidades procesales están al servicio de la justicia.

“Los órganos judiciales deben llevar a cabo una ponderación de los defectos que adviertan en los actos procesales de las partes, guardando la debida proporcionalidad entre defecto cometido y la sanción que debe acarrear, procurando siempre que sea posible la subsanación del defecto, favoreciendo la

conservación de la eficacia de los actos procesales y del proceso como instrumento para alcanzar la efectividad de la tutela judicial”

- d) QUE NO DEBE DECLARARSE LA INADMISIBILIDAD DE UNA PRETENSIÓN POR UN DEFECTO PROCESAL SI ESTE ES SUBSANABLE, SIN DAR OPORTUNIDAD DE SUBSANACION.
(relacionada a la anterior)

2.3).- RELACION ENTRE EL DERECHO DE DEFENSA Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.-

La tutela judicial efectiva como principio general del derecho es un concepto más amplio y tiene la calidad de condición para la aplicación del derecho de defensa. Digamos también que la comprende íntegramente alcanzando especial y específica virtualidad durante el desarrollo mismo del proceso; y, mientras que el primero siendo de naturaleza general, se dirige a la realización material de un interés, que puede identificarse con un interés social, de armonía o paz social; el segundo alcanza su plenitud en el primero. Además si bien es cierto el derecho de defensa puede identificarse como un medio o instrumento para los fines de la tutela judicial efectiva, también es cierto que el derecho de defensa necesita de una previa declaración jurisdiccional y está incluido en éste. Resultando claro que la indefensión no es simplemente conculcación del derecho de defensa sino que ataca el propio principio del marco de tutela jurisdiccional efectiva que lo cobija, por existir entre ellos una relación de parte y todo respectivamente; así toda indefensión implica falta de tutela pero no viceversa, porque por ejemplo las limitaciones en el derecho de alegar y probar del imputado a favor de sus intereses o igualdad procesal, son vulneraciones del derecho de defensa del imputado que constituye también una vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva. Por otro lado es pertinente indicar que el derecho a la Tutela judicial o jurisdiccional efectiva que tiene una amplitud mayor al debido proceso incluso lo precede y es la base de su estructura jurídica; lo evalúa, lo garantiza y lo utiliza como instrumento para la obtención de una resolución fundada en derecho y viabilizada también a través

de mecanismos garantistas como el derecho de defensa que forma parte primero del debido proceso y luego del derecho a la tutela jurisdiccional.

“Todas la infracciones procesales con relevancia constitucional pueden resumirse en violaciones... a los cuatro derechos básicos de la tutela a saber derecho de acceso, **derecho de defensa**, derecho a una resolución fundada y derecho a la efectividad de la misma.”²³

“...una infracción procesal, para que constituya un supuesto de vulneración del derecho de defensa, es decir, de indefensión constitucional, deberá:

- a. Referirse a alguno de los contenidos del derecho de defensa que hemos indicado (alegaciones y prueba contradictoria y en condiciones de igualdad)
- b. Constituir una violación absoluta, total y definitiva.
- c. Ser una violación material, no formal, de tales derechos de defensa, es decir, que cause un perjuicio efectivo y real de los mismos.
- d. No haber sido provocada o consentida por la parte.
- e. Haber sido causada por un órgano judicial dentro del proceso.”²⁴

Por lo tanto existe una congruencia entre la exigencia y el derecho de la tutela judicial efectiva y la prohibición de indefensión, así por ejemplo es un requisito ineludible para la debida prestación de la tutela judicial efectiva, la armonía entre el pronunciamiento judicial y el objeto del proceso, la igualdad de armas entre el ministerio público y la defensa del imputado en sus pretensiones ante el órgano jurisdiccional.

De lo anteriormente expresado podemos concluir que uno de los obstáculos para el acceso a la justicia es el costo de los procesos, que desarrollaremos más adelante.

“La expresión defensa no es acertada para calificar con carácter general, a la actuación de una persona que se dirige a un tribunal, ya sea como sujeto activo o como sujeto pasivo del proceso, para que se declare su derecho en un

²³ CHAMORRO BERNAL, Francisco...La Tutela Judicial Efectiva, Editorial Bosch S.A. (primera edición), Barcelona, España, 1994, p. 126.

²⁴ IBIDEM, P. 127.

caso concreto. No obstante en muchas oportunidades se la emplea en ese sentido en el derecho procesal”²⁵

2.4) EL DEBIDO PROCESO.-

2.4.1) ANTECEDENTES DEL DEBIDO PROCESO.-

El principio del debido proceso es un principio general del derecho, de origen Anglosajón, que surgió a partir de los cuestionamientos de los barones normandos sobre la monarquía inglesa representada por Juan Sin Tierra, quien firmó la Carta Magna de Inglaterra en el año 1215 para frenar la arbitrariedad política, preliminarmente se formuló el contenido del debido proceso al disponer aquella primera constitución mundial que “ningún Hombre libre podrá ser arrestado o detenido o preso o desposeído de su propiedad o de ninguna otra forma molestado, y no iremos en su busca, ni mandaremos aprenderlo, salvo en virtud de enjuiciamiento legal se sus pares y por la ley de la tierra”. Luego aparecería en la enmienda V de la Constitución americana de 1787, el denominado “due process of law”, además su contenido o desarrollo está en las propias diez primeras enmiendas de la referida constitución que constituyen la llamada declaración de derechos (Bill of Rights)

2.4.2) CONCEPTO DEL DEBIDO PROCESO.-

Precisamente porque existen tradiciones jurídicas distintas por ejemplo entre el Common Law y el Civil Law al que pertenecemos; el debido Proceso como principio debe ser definido a partir de la constitución de cada país, para advertir su aplicación garantista. En sentido amplio podemos definir al debido proceso como un principio marco o general que absorbe a los de más principios y sirve para consagrar otros derechos y garantías entre los que se encuentra el derecho de defensa.

²⁵ CAROCCA PEREZ, Alex...Garantía Constitucional de la Defensa Procesal, Editorial José María Bosch, Barcelona – España, 1998, p.16.

“...el principio del debido proceso contiene la totalidad de los principios integrantes de la teoría de los principios (principios comunes a todos los procesos, principios específicos, principios del procedimiento) siempre que no sean incompatibles, siendo además adaptable y aplicándose tanto al proceso penal como al proceso civil...”²⁶

“Cuando sirve...el principio del debido proceso es cuando la Constitución de un país o no es escrita o no consagra esos derechos y garantías fundamentales o esas libertades públicas. Reconociéndolas, podría afirmarse que solo sirve para ser citado, porque ésta en la base ya de las mismas y si ese país, como es el caso nuestro, establece tutelas constitucionales específicas, las infracciones lo son del derecho fundamental afectado y no del principio del proceso debido, o al menos no aisladamente.”²⁷

Cada uno de los principios del proceso se aplican a un objeto concreto en un ámbito determinado, por ejemplo principio de oportunidad, en relación a las posibilidades de iniciar el proceso en el proceso civil y derivados, principio de oralidad, propio del procedimiento, etc.; en tanto que el principio del debido proceso contiene la totalidad de los principios integrantes de la teoría de los principios (principios comunes a todos los procesos, principios específicos, principios del procedimiento), siempre que no sean incompatibles, siendo además adaptables y aplicándose tanto al proceso penal como al proceso civil y a aquellos que de él derivan, respetando la naturaleza de cada uno de ellos.

El debido proceso necesita que se tenga en cuenta los principios comunes a los procesos que permiten darle contenido al debido proceso como son:

- Principio de Dualidad de Posiciones.-
- Principio de Contradicción o Audiencia.-

²⁶ ESPARZA LEIBAR, Iñaki...”El Principio del debido Proceso”, Editorial José María Bosch, Barcelona-España, 1995. p. 25.

²⁷ IBIDEM, p. 16.

- Principio de Igualdad de las partes.-
- Principio de oportunidad.-y sus derivados principio dispositivo; principio de aportación de parte; principio de Control de los presupuestos procesales e impulso procesal; Principio de aplicación mixta de valoración de la prueba.

Como sabemos en el universo procesal penal, el debido proceso es apreciado como una garantía procesal genérica de raigambre constitucional, que busca otorgar al proceso equidad y justicia; por tal motivo en un estado social y democrático de derecho comprende como ya mencionamos todas las otras garantías, derechos fundamentales y libertades públicas aún las reconocidas a nivel internacional y obviadas en la constitución.

“...progresivamente fue evolucionando y de ser considerada una garantía de mera legalidad, como simple reserva de la ley, pasó a configurarse como una garantía de justicia. La noción de estado de derecho exige que todo proceso esté informado por la justicia y la equidad...”²⁸

Hoy se pueden identificar las siguientes garantías específicas a decir de Vigoritti:

- a).- Derecho a ser adecuadamente emplazado y a gozar de un tiempo razonable para preparar la defensa.
- b).-Derecho a ser juzgado por un juez imparcial.
- c).- Derecho a la tramitación oral de la causa y a la publicidad.
- d).-Derecho a la prueba (solicitudes probatorias, participación en la actuación probatoria, investigar la prueba).
- e).-Derecho a ser juzgado en base al mérito del proceso y a tener copias de las actas.

²⁸ ESPARZA LEYVAR, Iñaquí...El Debido Proceso, Editorial José maría Bosch Editor, Barcelona-España, p. 241.

“En nuestro ordenamiento jurídico de raíz euro continental el debido proceso es una cláusula de carácter general y residual o subsidiaria, por tanto constitucionaliza todas las garantías establecidas por la legislación ordinaria, orgánica y procesal en cuanto ellas sean concordantes con el fin de justicia...es utilizado para amparar derechos no expresamente reconocidos en otros apartados de la ley fundamental”²⁹

La Jurisprudencia Constitucional de nuestro país también se ha pronunciado respecto del debido proceso o proceso regular señalando que se trata de un mecanismo compatible con la justicia, informador y directivo de toda la actividad jurisdiccional (Expediente N° 16-2001_HC/TO Caso García Boza)

“...Bustamante Alarcón tiene afirmado que se está frente a un derecho fundamental complejo de carácter instrumental, que cumple una función de garantía de los demás derechos fundamentales y del ordenamiento jurídico político en su conjunto...”³⁰

También queremos anotar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (art 8CADH) ha sostenido que el proceso es un medio para asegurar la solución justa de una controversia. Lo que redundaría en su presentación comprensiva de derechos antes destacada.

“La garantía del debido proceso es una fórmula expresiva en cuanto que conecta las meras formalidades de un proceso, con las condiciones de justicia del mismo, para garantizar que el ciudadano sea racionalmente enjuiciado sin atender a sus derechos fundamentales...”³¹

2.4.3) NATURALEZA Y CONTENIDO DEL DEBIDO PROCESO

²⁹ SAN MARTIN CASTRO, Cesar...Derecho Procesal Penal. Editorial Giley. Lima-Perú, p. 86. Citando a Alex CAROCCA PEREZ,...”Las Garantías constitucionales del debido proceso y de la tutela judicial efectiva en España”, en: revista jurídica del Perú, año XLVI, N° 2, ABRIL-JUNIO, TRUJILLO, 1996, p.70.

³⁰ BUSTAMENTE ALARCON, Reynaldo...Derechos fundamentales y proceso justo, ARA, Lima-Perú, 2001, p. 342.

³¹ CAROCCA PEREZ, Alex...Garantía Constitucional de la Defensa Procesal, Editorial José María Bosch, Barcelona – España, 1998, p.171.

La postura que adoptamos y que consiste en atribuir al proceso debido la naturaleza de un principio general del derecho y más concretamente la de un principio constitucionalizado, la fundamentamos en las siguientes consideraciones:

Se debe rechazar que nos hallemos ante una norma legal puesto que es característica de estas su manifestación expresa e imperativa, situación que difícilmente será sostenible en relación con el proceso debido cuya formulación expresa no ha sido abordada hasta el momento por ninguna ley. Por el contrario conforme a la característica propia de los principios generales, el debido proceso carece de texto, siendo por tanto independiente de su formulación el *numerus clausus*, “el juez, el interprete en general, pueden recurrir a nuevos principios cuando necesidades sobrevenidas de la evolución de las ideas, la sociedad y la técnica lo requieran.

Partiremos de la existencia de principios generales enunciados en la Constitución del Estado. Son los llamados “principios constitucionales”, dichos principios no operaran en defecto de ley y costumbre sino que se aplicaran con carácter preferente a las citadas fuentes del derecho, y con respecto a los mismos se observa la tendencia a sustituir a los tradicionales principios generales del derecho. La internacionalización y constitucionalización de los demás principios del derecho ha tenido un reflejo especialmente intenso en relación a los principios procesales.

En función esencial de los principios del derecho es la “determinación del verdadero alcance, sentido o significación que dentro del ordenamiento jurídico posee una determinada disposición legal”³²

En este sentido, el debido proceso cumple una función orientadora, deducida de la abstracción de las garantías que la conforman y así se desprende de las numerosas referencias e intentos de interpretar determinados artículos de la Constitución del Estado a la luz de dicha institución, que realizan tanto el Tribunal Constitucional como en la Corte Suprema de Justicia y en menor medida la doctrina. La función descrita

³² DIEZ PICAZO/GULLON... Sistema de Derecho Civil, v. I, o. Cit., p. 160. PÉREZ LUÑO A. E. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, o. cit., p. 276

en relación con el Art. 1 de la Constitución Política del Estado (Principio de Respeto de la Dignidad Humana), determina lo que el Estado de derecho significa en su faceta jurisdiccional, es decir el alcance e implicaciones de tutela judicial efectiva.

Es preciso hacer una referencia breve a la posibilidad de atribuir al debido proceso la naturaleza del derecho fundamental contemplado tanto por la doctrina como por jurisprudencia lo que como veremos resulta negativo precisamente por la positivización, que caracteriza a los derechos fundamentales. “Al respecto hay que considerar su finalidad genérica de profundizar y garantizar la libertad individual y colectiva, su irrenunciabilidad y su obligada observancia por parte de los poderes públicos. En todo caso la consignación de las diferencias con el mismo nos lleva a rechazar dicha posibilidad, así es característica esencial de los derechos fundamentales la de su positivización, que como ya hemos afirmado no se da respecto al proceso debido.”³³

Los derechos fundamentales, directamente aplicables e invocables para la obtención de su tutela y expresamente formulados en la constitución del Estado, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, constituyen, y eso es innegable, el contenido esencial del proceso debido.

2.4.4) EFECTOS DEL DEBIDO PROCESO.-

Podemos considerar los siguientes efectos:

- Los derechos específicos que resultan de la aplicación práctica del principio del debido proceso son, para los sujetos procesales: irrenunciables, ya no entran, por su naturaleza (derechos fundamentales), dentro de la esfera dispositiva de los mismos.
- El principio del debido proceso se ampara y reconoce a través de la vulneración de sus contenidos.

³³ Sentencia del Tribunal Constitucional Español (5/1981) de 13 de febrero de 1981.

- Será susceptible de apelación y del recurso de casación ante la jurisdicción ordinaria, a través de sus contenidos.
- La estimación de la violación de cualquiera de los contenidos que integran el principio del proceso debido supondrá, por lo general, la anulación de lo actuado en ese proceso hasta el momento de producirse dicha situación, es decir hasta el momento en el que el proceso dejó de poder calificarse de debido, con la consiguiente repetición de actuaciones hasta su debida conclusión.

El debido proceso debe ser entendido como una compilación de ciertas garantías procesales mínimas que le dan legitimación entre estas garantías destaca el derecho de defensa, que permite otorgar equilibrio procesal, es decir para el cumplimiento de sus fines.

“...ciertos mínimos procesales que nos permiten asegurar que el proceso como instrumento sirve adecuadamente para su objetivo y finalidad.”³⁴

2.4.5.) RELACION ENTRE EL DEBIDO PROCESO Y EL DERECHO DE DEFENSA.-

El derecho de defensa no es solo un derecho sino también una garantía, que da vida al ejercicio de la acción penal, su importancia y conexión radica en la necesidad de su aplicación para correlativamente hablar del cumplimiento del debido proceso; por lo tanto su aplicación en el proceso penal es decisiva y su significado es “ante todo el derecho a defenderse en medio del juego de la contradicción. Es en realidad un derecho a mantener la postura procesal de parte acusadora o acusada”

³⁵

Como hemos señalado, el derecho de defensa es una sub categoría del principio del debido proceso, cuya efectividad se manifiesta a través

³⁴ QUIROGA LEÓN, Aníbal. El Debido Proceso Legal en el Perú y el sistema interamericano de protección de derechos humanos y Jurisprudencia, Jurista editores, Lima-Perú, 2003, p. 47.

³⁵ RAMOS MENDEZ, F...El Proceso Penal, p. 16.

de la intervención de la defensa en todas las fases del procedimiento. Así por ejemplo, se habla del debido proceso si existe el derecho de defensa, cuando se aportan pruebas o alegaciones, y dentro de este denominado derecho de defensa, aparece el derecho a la asistencia letrada, que por ejemplo despliega impugnación como actuación en caso de indefensión efectiva, explicando el contexto, en que se desenvuelve , el debido proceso.

Por lo tanto la extensión del principio del debido proceso comprende el derecho de ser informado en todo momento de las actuaciones que se realizan y en las que está involucrado, considerando que el derecho a ser informado, de las razones de la detención, es inherente al propio proceso penal incluso anterior. Luego vendrá el derecho a la intervención del intérprete para conocimiento del significado gramatical de las palabras, a favor del imputado, así como la asistencia del letrado para poder hablar del cumplimiento de un proceso justo. Por lo tanto el debido proceso exige que las partes cuenten con la debida asistencia técnica efectiva para garantizar el contenido del mismo.

“...es predicable en el ámbito procesal penal, no solo de los acusados, sino también de quienes comparecen como acusadores ejerciendo la acción penal. Ello comporta, de forma esencial, que las partes acusadoras puedan encomendar su representación y asesoramiento técnico a quien merezca su confianza y consideren más adecuado para instrumentar su propia defensa”³⁶

“El proceso no es una finalidad en sí misma, sino un medios, un camino para obtener una legitimación valida y jurídica, si el derecho a la tutela judicial efectiva, tiene como finalidad primordial la obtención de esa resolución judicial, el derecho al debido proceso aunque pueda tener

³⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional Español (STC), de 14 de octubre, f.j.2º, vid., art. 113 Alecrín.

una mayor extensión, esta por definición subordinado al derecho a la tutela judicial e implícito en el.”³⁷

³⁷ CHAMORRO BERNAL, Francisco...La Tutela Judicial Efectiva, Editorial Bosch S.A. (primera edición), Barcelona, España, 1994, p. 111.

CAPITULO III

EL DERECHO DE DEFENSA Y LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO.

El derecho de defensa en la Constitución de 1933

3.2.2).-EL DERECHO DE DEFENSA EN EL SISTEMA INQUISITIVO.-

Contrario a lo que manifestamos del sistema acusatorio, en el sentido que había coincidido con regímenes democráticos, el sistema inquisitivo se caracterizó con regímenes absolutistas y totalitarios. Hay entonces, que hallar su origen en el derecho canónico.

“El carácter esencial del proceso inquisitivo es el predominio absoluto del juez, que es al mismo tiempo acusador, contra un acusado colocado en situación de desigualdad. Se estima que existe un interés público en la persecución del delito, pero se unificó en una misma persona, el juez, las funciones de acusación y enjuiciamiento.”³⁸

a. Antecedentes históricos

La *cognitio extra ordinem* del imperio romano.- se impuso el despotismo imperial, avasallando y dominando las instituciones libre republicanas, despojando al ciudadano del derecho de acusación, caracterizado por una fase preliminar escrita, secreta y no contradictoria, prevaleciendo la actividad del juez sobre las partes.

La inquisición de derecho canónico.- fue propiamente, como hemos dicho, en el seno de la iglesia católica romana que surgió el sistema procesal inquisitivo. Es notorio que en el siglo XII d.c., la expansión del catolicismo romano alcanzara gran parte de toda Europa Continental.

³⁸ SAN MARTÍN CASTRO, César...Derecho Procesal Penal T: I, Edit. Grijley (segunda edición), Lima-Perú, 2003, p. 43.

b. Caracteres del sistema inquisitivo:

Intervención “*ex officio*” del juez, secreto en el procedimiento, no solo en relación con los ciudadanos sino también con el mismo acusado; tramites procedimentales escritos, es decir, de todas las actuaciones se dejaba constancia escrita, con el fin de controlar la regularidad del proceso y de conservar las pruebas; diferencia de poderes entre el juez inquisidor y le imputado. También se caracteriza por:

La justicia Delegada. Dentro de un régimen político de concentración de poder en un solo órgano, fuese el Papa o el Monarca, el sistema inquisitivo presenta la característica de un jurisdicción ejercida por representantes de esas autoridades.

Procedimiento de Oficio. Señala Vélez Mariconde, el primer paso es el abandono del principio básico de que no hay proceso sin acusación: al comienzo excepcionalmente pero después el sistema inquisitivo resuelve el problema permitiendo la denuncia y aun la delación anónima, el rumor o la voluntad oficiosa del juez, daban inicio al procedimiento penal.

Juez Activo. El juez es un árbitro, que inicia e investiga el proceso y presentaba la sentencia del caso.

Preponderancia de la Instrucción. La instrucción preparatoria decidía la suerte del acusado. Concluida la instrucción, se realizaba el juicio mediante una audiencia que significaba una mera formalidad y sin dilaciones se sentenciaba.

Escritura. Las peculiaridades del sistema inquisitivo de ser secreto y carente de oralidad, hizo que se asentaran por escrito todas las actuaciones.

No Contradictorio. En el sistema inquisitivo, como queda dicho, la figura del juez se agiganta. Hay disparidad de poderes entre el juez acusador y el imputado.

Indefensión. El sistema inquisitivo ve al acusado, no como sujeto, sino como objeto del proceso.

Decisión Conforme a Derecho. El juez está obligado a valorar legalmente las pruebas (pruebas debidamente tasadas). Para ese entonces, la confesión -espontánea u obtenida bajo tortura- significa ser la reina de las pruebas.

3.2.3).-EL DERECHO DE DEFENSA EN EL SISTEMA MIXTO.-

“El carácter esencial de este sistema, surgido al calor de la revolución francesa, es la ruptura de los sistemas anteriores, es decir, la persecución judicial de los delitos no es un derecho de los particulares y el juez no puede ser al mismo tiempo acusador”³⁹

Se presentaron como sistemas mixtos clásicos y sistema mixto moderno.

a. El Sistema Mixto Clásico

El movimiento filosófico gestado en el siglo XVIII, trae como resultado profundas modificaciones en el orden social y político, lo que incide también en el régimen punitivo. El espíritu crítico de los filósofos principales como Rousseau, Montesquieu, Voltaire y Beccaria, fue dirigido contra el sistema inquisitorial como expresión del poder absolutista de los monarcas.

Organización Judicial del Código de Instrucción Criminal Francés. El esquema de organización judicial destaca la triparticipación de tribunales como:

(1) Las cortes de Assises; (2) Las cortes especiales; (3) Tribunales correccionales; (4) Tribunales de policía.

b. El sistema mixto moderno

El denominado sistema procesal penal mixto moderno se origina del sistema procesal penal “mixto clásico”, “mixto típico”, “mixto puro”

³⁹ SAN MARTÍN CASTRO, César...Derecho Procesal Penal T: I, Edit. Grijley (segunda edición), Lima-Perú, 2003, p. 43.

o también denominado “anglofrancés”, gestado durante la Revolución Francesa, y plasmado en el Código de Instrucción Criminal de 1808. La influencia de este cuerpo legal llega a América Latina, a través de dos vías: una, las Leyes de Enjuiciamiento Criminal españolas de 1872 y 1882; y, la otra, el Código italiano de 1930.

En los sistemas mixtos modernos, hay novedosas categorías formadas por la doctrina y el derecho positivo. Entre ellas tenemos una muy importante se trata de un Ministerio Público Imparcial abandonando la idea imperante de parte acusadora, cuya actuación era en contra del delincuente, es representación y en protección de la sociedad.

Actualmente se concibe al Ministerio Público, con un basamento en el principio de objetividad, es decir, se trata de un ente imparcial, sometiendo la *notitia criminis* a conocimiento de los tribunales y pidiendo que se aplique el derecho el caso concreto. En otras palabras la meta del Ministerio Público no es perseguir y acusar al presunto culpable, sino que, objetivamente, la ley sea aplicada.

Al proceso se la asignan fines generales y específicos; el fin genérico del proceso penal es la realización de la justicia, tarea que es exclusiva del Estado por medio de la función punitiva estatal, entendiendo en este último concepto, a sus órganos especializados para ello, pues como se sabe la justicia desde hace tiempo se le expropio a los particulares, ello anuncia el primer principio de la verdad real o material. **El principio fundamental del proceso penal mixto moderno es el denominado principio de inviolabilidad de la defensa.**

El sistema procesal penal mixto moderno tiene tres reglas que gobiernan su contenido material: la primera, a la naturaleza de los poderes judiciales del Estado (oficialidad); la segunda, a la finalidad inmediata que persigue el proceso (verdad real) y, finalmente, la tercera, a la actividad defensiva (inviolabilidad de la defensa). Una

síntesis del proceso penal es su dual concepción, no solo es un instrumento de justicia cuyo fin es descubrir la verdad, sino también es una garantía individual.

3.3).-EL DERECHO DE DEFENSA EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES.-

Según el Código de Procedimientos Penales vigente, Ley N° 9024 de fecha 16 de enero del 1940, el imputado tiene el derecho:

- a. A que se le dé el *status de parte* para poder contestar la pretensión punitiva, la cual debe preceder al acto de defensa y serle debidamente notificada.
- b. A la “última palabra”, en tanto *derecho potestativo* a que la sentencia se dicte luego de que se le dé la oportunidad de expresar lo que tiene que decir al finalizar la actividad procesal (arts. 279° del C de PP de 1940 y 301° del CPP de 1991).
- c. El derecho de defensa institucionalizado dentro del libro primero de la Justicia y de las Partes, título séptimo como el Ministerio de Defensa está constituido por los abogados:

En los artículos 67-68-69 del código de procedimientos penales se destaca: al Ministerio de Defensa como institución defensora de oficio de los denunciados, inculcados y acusados; y en caso de incompatibilidad, en cuyo caso podrá ser cambiado. Además “... los defensores de oficio están obligados a intervenir y autorizar con su firma todas las diligencias previas a la acción penal, durante la instrucción y el juicio oral... y los defensores de los acusados concurrirán a las audiencias y presentarán conclusiones escritas en todas las incidencias que se produzcan y de su defensa oral. Suscribirán y harán las observaciones que juzguen convenientes a las actas de los debates judiciales.”⁴⁰

La ley N° 27834 del 21 de setiembre del 2002 modificó al artículo 127 del Código de procedimientos penales eliminando la parte que establecía que el

⁴⁰ Código Penal Procesal, Jurista editores, agosto del 2008, p. 338.

silencio del inculpado podría ser tomado como un indicio de culpabilidad. En su nuevo texto establece que si el inculpado se niega a contestar alguna de las preguntas, el juez penal las repetirá aclarándolas en lo posible y si aquel se mantiene en silencio continuara con la diligencia dejando constancia de tal hecho.

Con el Código de procedimiento Penales vigente el abogado defensor puede ser designado por el inculpado o puede intervenir un defensor de oficio. El nombramiento del defensor para la declaración instructiva es obligatorio tratándose de analfabetos y el inculpado puede renunciar al asesoramiento de un abogado en la instructiva, pero se debe dejar constancia de este hecho.

DERECHO DE DEFENSA Y LA CONSTITUCION DE 1980 (DESARROLLAR)

3.1).-EL DERECHO DE DEFENSA Y LA CONSTITUCIÓN DE 1993.-

El poder constituyente consiente que el derecho de defensa es esencial en todo ordenamiento jurídico, porque a través de éste derecho se protege fundamentalmente el debido proceso, lo ha contemplado expresamente en la carta magna, considerando que doctrinariamente: “las partes en juicio deben estar en la posibilidad jurídica y fáctica de ser debidamente citados, oídos y vencidos mediante prueba evidente y eficiente...el derecho de defensa garantiza que ello sea así”⁴¹

En general el derecho constitucional destaca, que los tres derechos humanos, que pretenden concentrar a los demás son : el derecho a la vida, el derecho a la propiedad y el derecho a la libertad; los mismas que encuentran vigencia en el respeto al derecho de defensa como principio garantista de la estructura constitucional orgánica y objetiva; cuya cautela por supuesto es encomendada al estado por la voluntad general a través del estado de derecho: exigiendo a los jueces ejercer la función jurisdiccional, defender libertades, derechos y garantías constitucionales, destacando sin duda el derecho-garantía denominado también derecho medio: Derecho de defensa.

⁴¹ BERNALES BALLESTEROS, Enrique...Análisis Comparado de la Constitución de 1993, Editorial Constitución y sociedad, Lima-Perú, 1996, p. 568.

“El derecho de defensa significa también que en un medio jurídico especial y especializado, profesionalizado, donde los agentes de justicia son sus peritos y donde la intervención de las partes en juicio termina siendo un elemento que incide en el derecho de defensa, de modo que su ausencia determina la desigualdad procesal y propicia la indefensión constitucionalmente reprobada”⁴²

Para que haya un proceso penal propio de un Estado de Derecho es irrenunciable que el inculpado pueda tomar posición frente a los reproches o cargos formulados en su contra, y que se consideren en la obtención de la sentencia los puntos de vista sometidos a discusión expresa. Lo cierto es que la meta procesal es el esclarecimiento de la sospecha a través de un proceso dialéctico, en el que se ponga a discusión aspectos inculpatorios y exculpatorios, así como los argumentos y contra argumentos ponderados entre sí. Por otro lado la Constitución Política establece en el Art. 139.Inc.14 que son principios y derechos de la función jurisdiccional: El Principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso, toda persona será informada de las razones de su detención y tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y ser asesorado por éste desde que es citado o detenida por cualquier autoridad.

A decir del doctor Enrique Bernales Ballesteros, el Derecho de Defensa presenta las siguientes características:

- a).- El derecho de defensa es un derecho constitucionalmente reconocido cuyo desconocimiento invalida el proceso penal.
- b).- En el derecho de defensa convergen una serie de principios procesales básicos: el principio de la inmediación, el derecho a un proceso justo y equilibrado, el derecho de asistencia profesionalizada y el derecho a no ser condenado en ausencia.

⁴² QUIROGA LEON, Aníbal...los derechos humanos, el debido proceso y Las Garantías Constitucionales de la Administración de Justicia, Editorial cultural Cuzco S.A., Lima-Perú 1987, p. 298-299.

c).-Un punto central es el beneficio de gratuidad en juicio, que surge como consecuencia del principio de equidad. El jugador debe garantizar que las partes en un proceso tengan una posición de equilibrio entre ellos, es decir sin ventajas.

Al respecto la evolución doctrinaria y normativa ha venido a establecer un ámbito garantista mínimo en tres niveles del derecho de defensa: 1) El derecho del inculpado a la comunicación previa y detallada de los cargos que se le imputan, 2) La concesión al imputado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa. 3) El derecho del inculpado a defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección, así como de comunicarse libre y privadamente con este. -*Art. 8.2 del Pacto de San José de Costa Rica, incisos (b), (c) y (d)*

El costo de los procesos y la situación económica de las partes no solo constituye uno de los grandes obstáculos de acceso a la justicia, sino que significa compromiso del estado de superar dichos obstáculos a fin que las partes del proceso obtengan satisfacción plena de sus pretensiones, conforme a la justicia. Es por esta circunstancia que emerge el principio de justicia gratuita para aquellos que llegan al proceso en desigualdad de condiciones, nuestra Constitución Política vigente ha consagrado la justicia gratuita a favor de las personas de escasos recursos, a través del defensor de oficio ante la inminente debilidad del derecho de defensa, por ejemplo en el caso de imputados de escasos recursos económicos.

La carta de derechos fundamentales de la Unión Europea expresa en su artículo 47, que “se prestara asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes, siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia”. Entonces si se dejara sin defensa gratuita a un diputado de escasos recursos se atentaría contra el derecho de acceso a la tutela jurisdiccional, al debido proceso y al derecho de defensa, correlativamente.

“Ha de considerarse comprendido en el derecho a una tutela judicial efectiva sin indefensión la imposibilidad de que una persona quede procesalmente

indefensa por carecer de recursos para litigar, supuesto para que el artículo 119 de la Constitución garantiza la gratuidad de la justicia.”⁴³

3.1.1).- FORMULACION CONSTITUCIONAL.-

Nuestra Constitución Política vigente reconoce como derecho fundamental de toda persona: el derecho “...a la *legítima defensa*” (art. 2. inc.23), y entre los principios y derechos de la función jurisdiccional incluye el principio “... de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso.”(art.139.14)

El derecho de defensa como concepto amplio deriva del principio inspirador de todos los derechos fundamentales como es la Defensa de la dignidad de la persona humana (Art.1CP) y precisando que su defensa y respeto son el fin supremo de la sociedad y el estado; así mismo detalla nuestra constitución política vigente en el Art. 139 Inc.14, 15 y 16 bajo el marco teórico de principios y derechos de la función jurisdiccional, al reconocer:

“El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o 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.”

“El principio de que toda persona debe ser informada, inmediatamente y por escrito, de las causas y razones de su detención.”

“El principio de la gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos; y, para todos, en los casos que la ley señala.”

Por supuesto que a primera vista, respecto a los incisos 14 y 15, se trata de una innecesaria repetición que denota las deficiencias de la técnica legislativa. Pero lo importante es que se reconoce

⁴³ STC 138/1988, de 8 de julio.

constitucionalmente como un requisito fundamental para el cumplimiento de los fines del proceso como tal el respeto al derecho de defensa. El derecho de defensa conforme a nuestro ordenamiento constitucional tiene su justificación desde que una persona es citada o detenida por la autoridad correspondiente a cierta investigación, es decir que desde que un investigado es sujeto a actividad indagatoria preliminar o prejudicial, sin la determinación formal de la concepción de imputado tendrá derecho a ser asesorado por el abogado de su elección con la finalidad de afrontar con justicia la relación negativa con la comisión de un delito, precisamente porque desde que se cita a un ciudadano a declarar imputándosele determinada acción ilícita directa o indirecta éste tendrá la oportunidad de defenderse, ofrecer pruebas, proponerlas e incluso ser ya observado por quienes dirigen la investigación.

Debe destacarse la formulación constitucional del inciso décimo sexto señalado, que expresamente habla de defensa gratuita para las personas de escasos recursos sin establecer diferencia alguna si se trata de asuntos penales o civiles o de imputados o agraviados, resultando por tal motivo una necesidad imperante destacar el derecho de defensa gratuita de los imputados de escasos recursos económicos, porque no solamente porque resultan en situación de peligro su derecho a la libertad, sino también es pasible de otras vulneraciones de otros sus derechos fundamentales. Motivo por el cual resulta necesario que conforme a la de la ley de Defensoría de Oficio, se proporcione defensores de oficio idóneos a los fines del derecho de defensa, que inspira su institución.

“Artículo 16.- El defensor de oficio asignado a las dependencias policiales asume la defensa de las personas que se encuentren sometidas a investigación policial además de las que se inician en las divisiones especializadas de la Policía Nacional.

Artículo 17.- El defensor de oficio asignado a los establecimientos penitenciarios del país presta su asesoría a favor de los internos en los siguientes aspectos:

- 1) Logro de beneficios penitenciarios para los sentenciados que cumplan los requisitos de ley.
- 2) Coordinación con el defensor de oficio asignado a salas y juzgados penales, sobre la defensa de los internos con proceso abierto.”⁴⁴

Reiteramos la importancia de la figura del defensor de oficio, a través del contenido al derecho de defensa. “El derecho de defensa de toda persona nace según el Texto Constitucional desde que es citado 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...”⁴⁵. La Norma fundamental reconoce la función de un defensor de oficio, desde el inicio de la investigación penal, sin embargo no todos los peruanos, están en las condiciones de poder solventar a un abogado por tales consideraciones surge la figura del defensor de oficio bajo la responsabilidad del Estado. “el fundamento de la defensa de oficio, es evitar que el sujeto pasivo del proceso penal, que por falta de recursos o por cualquier otra razón no ha podido designar un defensor de confianza, se vea privado de un abogado que asuma su defensa, en casos en que su asistencia es imprescindible.”⁴⁶

Indudablemente, existe una necesidad de una interpretación armónica de la constitución en atención al principio de unidad, por tal motivo el derecho de defensa se integra con los derechos fundamentales afines, respaldados por los tratados internacionales ratificados por el congreso de nuestro país como son:

- a).- El derecho a designar a un abogado de su elección o en su defecto a aceptar el patrocinio de un defensor de oficio.

⁴⁴ Ley que crea el servicio nacional de la defensa de oficio, Ley nº 27019.

⁴⁵ SAN MARTÍN CASTRO, César...Derecho Procesal Penal T: I, Edit. Grijley (segunda edición), Lima-Perú, 2003, p. 120.

⁴⁶ CAROCCA PEREZ, Alex...Garantía Constitucional de la Defensa Procesal, Editorial José María Bosch, Barcelona-España 1998, p. 527.

b).- El derecho a comunicarse con su abogado para coordinar los alcances y respuestas a determinada imputación o realizar algún acto procesal.

c).-El derecho a reconocer en su integridad los cargos y pruebas existentes en su contra.

d).-El derecho a ser informado de las razones de la investigación o motivos de la detención.

“Existiendo una imputación nace el derecho de defensa, lo que importa reconocer que el sujeto pasivo de la imputación tiene, en cuanto posibilidad procesal, el derecho de acceder al proceso o investigación preliminar, a ser oído por la autoridad en todas y cada una de las instancias en que la causa se desenvuelva...”⁴⁷

El antecedente se encuentra en la constitución de 1979 en los artículos 2 inciso 20 parágrafos h y en el artículo 233^o inciso 9, los mismos que señalaban que: “Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse y ser asesorado con un defensor de su elección desde que es citado o detenido”. “La de no ser penado sin juicio ni privado del derecho de defensa en cualquier estado del proceso. El estado prevé la defensa gratuita a las personas de escasos recursos.”

SAN MARTIN CASTRO señala que el derecho de defensa de toda persona nace, según el texto constitucional, desde que es citado o detenida por la autoridad⁴⁸. 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. Existiendo una imputación nace el derecho de defensa, lo que importa reconocer que el sujeto pasivo de la imputación tiene, en cuanta posibilidad procesal, el derecho de acceder

⁴⁷ IBIDEM, p.120

⁴⁸ SAN MARTIN CASTRO, César... Derecho procesal penal, volumen I, ed. Grijley 1999, p. 70-71.

al proceso o investigación preliminar, a ser oído por la autoridad en todas y cada una de las instancias en que la causa se desenvuelve.

3.1.2).-GARANTIAS JUDICIALES MINIMAS DEL DERECHO DE DEFENSA.-

Son Garantías del Derecho de Defensa, que según nuestra constitución para el ejercicio de este:

- El derecho a designar un abogado de su elección o en su defecto uno de oficio.
- El derecho a comunicarse previamente con un abogado para contestar la imputación o realizar algún acto procesal.
- El derecho a conocer la identidad de los cargos.

En la doctrina estas garantías son ampliamente desarrolladas como sigue:

1.- Derecho del detenido a ser comunicado sobre la imputación.- la misma que debe cumplir dos requisitos:

- a) El alcance y las características de la información que se deben otorgar al acusado deben ser idóneas.
- b) La prontitud con que se le debe proporcionar dicha información, debe ser oportuna.

“Respecto a lo primero la razón o causa de la detención debe consistir en una noticia íntegra, clara, precisa, circunstanciada y oportuna del hecho concreto que se atribuye al imputado”⁴⁹. “Si resultara que sólo se da cumplimiento del deber de comunicación de la imputación, obviando alguno de estos requisitos, no se estará cumpliendo con la totalidad de elementos que caracterizan jurídicamente

⁴⁹ VÉLEZ MARICONDE,... Derecho Procesal Penal, T. II, Edit. Córdoba-Argentina, 1986, p. 222 y ss.

a la imputación⁵⁰, se estaría provocando la privación del derecho a ser oído y, con ello, la facultad de influir eficientemente por esa vía, en la decisión respectiva.

2.- Derecho al tiempo y las facilidades necesarias para la defensa.- la misma que exige:

- a) La consideración del tiempo necesario para la preparación de la defensa.
- b) La facilitación de los medios necesarios para la preparación de la defensa.

Respecto al primer punto dependerá de la gravedad del delito(s), la dificultad de obtener evidencias, el número de acusados y los temas jurídicos a examinar; sobre el segundo punto el derecho a comunicarse previa y privadamente con el defensor significa evitar censuras e interferencias, así como el acceso a los documentos necesarios para la preparación de la defensa.

3.- Derecho a contar con un intérprete.- Es esencial que se le proporcione un intérprete al investigado o imputado que le ayude a comprender todo lo que se pueda decir en el juzgado o sala penal y conocer todos los documentos o pruebas que involucren, con la finalidad de familiarizarse con la evidencia y los argumentos legales presentados por la parte acusadora, para poder defenderse.

4.- La asistencia del imputado por un Abogado defensor.- puede ejercerse por un abogado defensor de libre elección o en su defecto por intermedio de uno de oficio, incluso en algunas legislaciones a través del propio imputado; lo importante es el conocimiento jurídico a fin de afrontar la investigación o el proceso. “Exige lógicamente conocimientos jurídicos de que, el imputado en la mayoría de casos

⁵⁰ En: NUÑEZ; Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, anotado, art. 296º Nº 1, ps. 265 y ss., citado por MAIER, JULIO B., Derecho Procesal Penal Argentino, 1b, fundamentos. Edit. Hammurabi, Bs. As. 1989, p. 325.

carece; sin ellos, él no podría defenderse eficazmente, y la defensa, por ende, no respondería a los fines de su institución”⁵¹

“El defensor tiene la función de incidir en los hechos materia de autos, pero fundamentalmente en el derecho. El defensor es un auxiliar de la justicia pero no como órgano imparcial que procura el triunfo de la verdad aunque traicione a su cliente, sino como engranaje ineludible del marco instrumental que el derecho predispone para garantía del individuo y de la sociedad”⁵²

5.- El derecho a la Autodefensa.- La autodefensa, también llamada defensa materia, consiste en la intervención directa y personal del inculpado en el proceso, realizando actividades encaminadas a preservar su libertad e impedir la condena u obtener la mínima sanción penal posible. Llamada también defensa material.

6.- Derecho a confrontar la evidencia presentada por la acusación.- Este derecho le permite examinar -personalmente o por medio de su defensor- las pruebas acumuladas en su contra, descalificarlas, criticarlas o incluso en su propio favor. Admitir que el acusado pueda ser condenado en virtud de documentos que no ha tenido ocasión de conocer, o de testimonios que no ha podido refutar, sería aceptar un procedimiento viciado desde un comienzo y diseñado para condenar. Si el propósito de todo proceso criminal es hacer justicia, y si un principio fundamental del derecho a un juicio justo es el derecho del acusado a defenderse, para que tal defensa sea efectiva deben ponerse a disposición del inculpado todos los medios indispensables para la preparación de la defensa.⁵³

7.- El derecho de no ser obligado o inducido a declarar contra sí mismo o a declararse culpable.- Este derecho es una de las

⁵¹ VÉLEZ MARICONDE, Alfredo; Derecho Procesal Penal, T.II, Editorial Córdoba, Argentina 1986, Actualizada por los Drs. MANUEL N. AYÁN Y JOSÉ I. CAFFERATA NORES, p. 379.

⁵² IBIDEM, p. 399.

⁵³ FAUNDEZ LEDESMA, Héctor... “El derecho a un Juicio Justo”, en Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, Junio, 1991, N° 80, pp. 138-179.

manifestaciones del Derecho de Defensa, y en particular corresponde al deber que impone la norma de no "emplear ciertas formas de coerción, para privar al imputado de su libertad de decisión como informante (transmisor de conocimientos) en su propio caso, reside, por último, evitar que una declaración coacta del imputado pueda ser valorada como elemento de cargo en su contra"⁵⁴

3.2).-EL DERECHO DE DEFENSA Y EL SISTEMA PROCESAL PENAL.-

3.2.1).- EL DERECHO DE DEFENSA EN EL SISTEMA ACUSATORIO.-

El surgimiento y desarrollo del sistema procesal penal acusatorio, ha coincidido con regímenes políticamente liberales o de una marcada orientación democrática, en la que ha existido poca injerencia del estado en la justicia penal. Sin embargo, pese a ello, la relación existente entre el ciudadano y el Estado se ha acentuado en un verdadero respeto por la persona humana y a ciertos ámbitos de liberos mínimas del individuo.

Los autores suelen señalar al sistema acusatorio, en su forma más pura, concretamente en el seno de la democracia griega y en la época de madurez republicana de Roma, pero también se mencionan: el régimen acusatorio del Derecho Germano antiguo, el sistema acusatorio inglés e inclusive, el Fuero Juzgo Ibérico. A cada uno de ellos nos vamos a referir con brevedad.

“El carácter esencial de este sistema es que configura el proceso como una contienda entre partes iguales frente a un juez imparcial supra partes. Inicialmente se considera se considero que el ofendido por el delito era el único que podía ser acusador. Luego se estimo-en una primera etapa- que el delito también ofende a la sociedad.”⁵⁵

⁵⁴ Fallos CSN t. 303, p. 1938, cit. por: MAIER, JULIO B.; Derecho Procesal Penal Argentino, 1 b Editorial Hammurabi, Buenos Aires-Argentina, 1989, p. 367 y 368.

⁵⁵ SAN MARTÍN CASTRO, César...Derecho Procesal Penal T: I, Edit. Grijley (segunda edición), Lima-Perú, 2003, p 42.

a. Antecedentes históricos

El Sistema Acusatorio Griego: Una de las primeras formas procesales acusatorias surge en la clásica democracia de la república helénica. Un aporte importante lo constituyó la división de las acciones penales, en privadas y públicas. Aquellas, se tramitaban bajo el mismo procedimiento civil, en cambio, estas definen el sistema acusatorio ateniense. Cualquier ciudadano estaba facultado para formular una acusación por delito público ante un arconte. La función de este – señala Vélez Mariconde – , después de evaluar si la acusación era seria, según las pruebas ofrecidas por el querellante y con el juramento de este de que continuaría el juicio hasta la sentencia, convocaba al tribunal, el cual se constituía por varios ciudadanos escogidos, al azar, de listas preestablecidas. El juicio era oral, público y contradictorio, y se realizaba en presencia del pueblo que era testigo de todo el proceso. Sin acusación de parte, no había proceso.

El Sistema Acusatorio Romano: Conocido como la *accusatio* o *quoestio romana*, se le ha considerado el antecedente remoto del sistema mixto, por presentar rasgos tanto inquisitivos como acusatorios.

Al igual que en Grecia, en Roma también se distinguió entre *delicta publica* y *delicta privata*. Cualquier ciudadano podía ejercer la acción, en el primer caso, dando lugar al *iudicium publicum*, en el segundo, únicamente la víctima, originando *iudicium privatum*.

El régimen Acusatorio del Derecho Germano Antiguo: en las comunidades germanas antiguas un hecho delictivo podía resolverse en cualquiera de dos momentos. El primero, mediante la “composición privada”, si se trataba de un delito privado, o sea, se resolvería mediante el pago de determinada cantidad de bienes. Segundo, si el delito era público, la persecución incumbía al clan, en este caso el acusador citaba al acusado ante el tribunal, fijado el día de audiencia ante testigos. Acusador y

acusado se enfrentaban en juicio oral y público. Ganaba el litigio, quien presentaba mejor testimonio de su fama en honor personal. Si persistía, el conflicto se dirimía por duelo o mediante el sometido a probanzas como las ordalías.

El sistema acusatorio inglés: el juez podía actuar solo si existía una acusación del particular. A este correspondía no solo el inicio del proceso, sino mantener la acusación durante todo su curso. La indagación probatoria estaba a cargo de funcionarios de la corona y de jueces de paz. El juicio se regía por la oralidad, publicidad y contradicción ante un jurado popular.

b. Caracteres del sistema acusatorio

Son ocho las principales características:

Instancia única.- siendo propio de un régimen relativamente democrático, el sistema acusatorio se presenta como la expresión misma de la justicia ejercida en forma directa por el pueblo, bien sea por una Asamblea o un Jurado Popular.

La acusación.- como su nombre lo indica, la acusación, que da su nombre, fundamentada en un amplio grado de libertades individuales, es indispensable para iniciar el proceso, haciendo énfasis en las reglas *ne procedat iudex ex officio o nemo iudex sine actore*, que significa no procede el juez de oficio o no hay juicio sin actor.

La igualdad de las partes.- esto significa, ni más ni menos, igualdad absoluta de derechos y deberes entre acusador e imputado. No existe preeminencia del acusador sobre el acusado.

Pasividad del Juez.- esto significa una total exclusión de cualquier injerencia del juez en la búsqueda de las pruebas, pues carece de poderes propios para investigar la verdad.

Decisión fundamental en equidad.- la decisión del juzgador conforme a equidad y no a derecho. El tribunal, en el sistema acusatorio, carente de tecnicismo jurídico por ser un tribunal popular lego en derecho, juzga según su leal saber y entender.

Oralidad.- predomina durante la sustentación del proceso penal en épocas en que la escritura era una habilidad rara entre gentes, pues, en efecto, y sin discusión alguna, se ha dicho, que la oralidad es la forma primaria y natural de la comunicación humana.

La escritura, como medio de comunicación complejo e indirecto, aparece en otro estadio del desarrollo de la civilización.

Publicidad.- el público ejerce de alguna forma un control sobre la justicia, en tanto que el juzgador está siendo controlado por ese depositario de la soberanía que es el pueblo.

Contradictorio.- con estas características se procuraba en el sistema acusatorio la búsqueda de la verdad y un equilibrio entre las partes contendientes. La acusación de un hecho delictivo y su demostración no es posible aceptarla unilateralmente; en consecuencia, desde el primer instante en que una persona es acusada, tiene el derecho de conocer no solo los hechos que se le atribuyen o imputan, sino también las pruebas que obran en su contra. Conociendo ambas situaciones, el acusado estará en condiciones de en condiciones contestar cargos. Esto confirma que la demostración de los hechos y su argumentación es dialéctica: el acusador y acusado confrontan sus posiciones, y de esa confrontación que es el contradictorio, ha de resultar la decisión final.

3.4).-EL DERECHO DE DEFENSA EN EL NUEVO CODIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL.-

El derecho de defensa está expresamente contemplado en el nuevo código procesal constitucional, como presupuesto o condición de la acción o proceso de Amparo o de un Hábeas Corpus, conforme aparece del señalado cuerpo normativo, en el caso del rechazo de resoluciones judiciales.

La Acción de Amparo procede respecto de soluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el

acceso a la justicia y el debido proceso; que como ya hemos visto antes se manifiesta a través del cumplimiento del derecho de defensa, de allí la implicancia directa de la protección constitucional a través de un proceso de defensa constitucional.

La acción de Habeas Corpus procede cuando una resolución firme vulnera en forma manifiesta la libertad individual efectiva resultando el derecho de defensa o derecho individual conexo a la libertad; incluso taxativamente entre los derechos protegidos por el Habeas Corpus de naturaleza conexas, que afectan la libertad individual, figura el debido proceso y por lo tanto el derecho de defensa (artículo 25 in fine del Código Penal Constitucional), que lo integra. Extremo legal que es concurrente también con la presentación normativa del tercer párrafo del artículo cuarto del C.P.C. mencionado, cuando expresa que se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respeta de modo enunciativo sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, **de defensa**, al contradictorio e **igual sustancial en el proceso**, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada...y a la **observancia del principio de legalidad procesal penal**.

“La tutela procesal efectiva es un conjunto de derechos abiertos que el código enumera de modo enunciativo: ...el derecho de defensa consiste en la obligación de ser oído, asistido por un abogado por la elección del acusado o demandado o en su defecto de uno de oficio, este derecho comprende la oportunidad de alegar y probar procesalmente los derechos e intereses sin permitirse la resolución judicial inaudita parte, salvo que se trate de una incomparecencia voluntaria, expresa o tácita, o por una negligencia que es imputable a la parte. La intervención del abogado su ausencia en juicio implica una infracción grave que conlleva la nulidad e ineficacia de los actos procesales actuados sin su presencia.”⁵⁶

3.5).-EL DERECHO DE DEFENSA EN EL NUEVO CODIGO PROCESAL PENAL.-

⁵⁶ MESIA, Carlos...Exegesis del Código Procesal Constitucional, Editorial Gaceta Jurídica, Lima-Perú, 2005, p. 119.

El derecho de defensa en el Nuevo Código Procesal Penal es observado con especial relevancia dentro de las normas preliminares (título preliminar) o principistas que determinaran el total desenvolvimiento de las demás normas que conforman esta nueva procesal de aplicación progresiva, según la política legislativa nacional.

“Artículo IX.- Derecho de Defensa

1. Toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a que se le informe de sus derechos, a que le comunique de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra, y a ser asistida por un Abogado Defensor de su elección o, en su caso, por un abogado de oficio, desde que es citada o detenida por la autoridad. También tiene derecho a que se le conceda un tiempo razonable para que prepare su defensa; a ejercer su autodefensa material; a intervenir, en plena igualdad, en la actividad probatoria; y, en las condiciones previstas por la Ley, a utilizar los medios de prueba pertinentes. El ejercicio del derecho de defensa se extiende a todo estado y grado del procedimiento, en la forma y oportunidad que la ley señala.
2. Nadie puede ser obligado o inducido a declarar o reconocer culpabilidad contra sí mismo, contra su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.
3. El proceso penal garantizar, también, el ejercicio de los derechos de información y de participación procesal a la persona agraviada o perjudicada por el delito. La autoridad pública está obligada a velar por su protección y a brindarle un trato acorde con su condición.”⁵⁷

“Una de las novedades que trae consigo el nuevo Código Procesal Penal es que tiene un título preliminar que no tenía el Código de Procedimientos Penales de 1940, lo cual, es importante en el sentido de que las normas que

⁵⁷ Código Penal, Jurista Editores, agosto del 2008, p. 430.

integran este título prevalecen sobre cualquier otra disposición de este nuevo código, por lo que serán utilizadas como fundamento de interpretación.”⁵⁸

Como ya hemos visto en capítulos anteriores apriorísticamente el derecho de defensa es un componente del debido proceso, que constituye una garantía de la administración de justicia. Y conforme a la constitución política vigente el nuevo código procesal penal supera la visión restringida del derecho de defensa circunscrita a la posición del ciudadano sometido a la persecución penal frente al *ius punendi estatal*; para avanzar y reconocer que el derecho de defensa también alcanza al agraviado o víctima.

El artículo IX del título preliminar del nuevo Código Procesal Penal, consagra el carácter inviolable e irrestricto del Derecho de Defensa, señalando el contenido taxativo de otros derechos como:

- El conocimiento de la imputación o intimación como se conoce técnicamente.
- El derecho de ser oído.
- El derecho a que se le conceda un tiempo razonable para preparar su defensa.
- El derecho de expresar en todos los extremos.
- La prohibición de obligar al imputado a declarar contra sí mismo y el derecho que tiene el procesado a no declarar.
- El derecho a ofrecer medios de prueba de acuerdo con su estrategia.
- El derecho al silencio del inculcado como parte de su derecho de defensa.

El derecho de ser asistido por un defensor desde el inicio de la investigación, aun en el ámbito policial.

Además en el nuevo Código Procesal Penal se establece la necesidad u obligación de la presencia del abogado defensor cuando el fiscal lo disponga o cuando el imputado lo solicite y no es posible obligar al inculcado a brindar información contra su voluntad. Por lo tanto:

⁵⁸ Publicado en la Estafeta Jurídica Virtual de la Academia de la Magistratura del Perú, en <http://www.amag.edu.pe>

- Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, de lo deviene:
- El derecho del inculpado de abstenerse a declarar(Art. 87-2 del NCPP)
- Voluntariedad en la declaración del inculpado y su libertad de decisión (Art. 71 del NCPP)
- El derecho a no declarar contra el cónyuge o sus parientes en el cuarto grado de afinidad o segundo de consanguinidad.
- Así mismo el NCPP es claro al señalar algunos derechos del procesado o detenido, como son:

El derecho de tener libre comunicación con su defensor; el derecho a recibir visitas y cartas de parientes o amigos; el derecho a solicitar la revisión de un medico; el derecho a solicitar su libertad cuando reúna los requisitos de ley.

“La intervención de la persona imputada en su defensa en amplia en la investigación preliminar...la actuación del defensor del imputado se ve rodeada de las garantías necesarias y conducentes a su objetivo. De igual forma, se debe de afirmar que el defensor de la persona natural o jurídica agraviada, tiene los derechos en igualdad de condiciones durante esta etapa inicial de investigación.”⁵⁹

En el nuevo código procesal penal se otorga especial relevancia a los derechos del imputado ejerciendo e juez permanente control de tal situación por lo que también se le considera un código garantista.

El imputado durante la sustentación del proceso es titular de derechos y deberes, debe tener capacidad para estar en juicio, tener la aptitud de intervenir y ejercer plenamente su poder de defensa, paralelo a sus otros derechos.

3.5.1) El derecho de defensa en las etapas del proceso penal:

- El derecho de defensa en la investigación preliminar.- el nuevo código procesal penal considera a la policía como órgano de apoyo de la labor del Ministerio Público, quien conduce la investigación y define la

⁵⁹ SANCHEZ VELARDE, Pablo...Comentarios al Código Procesal Penal, Editorial Idemsa, Lima-Perú, 1994, p. 46.

estrategia pertinente en cada caso concreto, como lo dispone la Constitución Política del Estado, artículo 159 inciso 4. El nuevo código procesal penal revaloriza la función de investigación de la policía, que puede intervenir previa coordinación con el fiscal en casos de urgencia y tendrá claro la importancia y la presencia obligatoria de los abogados y por lo tanto de obligatorio respeto del derecho de defensa de los investigados, incluso en caso de ausencia de defensor el interrogatorio se limitara a constatar la identidad de los investigados, como antes ya se ha mencionado. Por supuesto desde el primer llamado como sujeto de la investigación el inculpado y su defensor podrán tomar conocimiento de las diligencias realizadas por la policía, incluso contar con copias simples de los actuados a fin que el defensor estructure la defensa, conforme con el artículo 324 inciso 23 del NCPP. Finalmente se otorga un plazo de 20 días a la investigación preliminar.

3.5.2) El derecho de defensa en la etapa preparatoria:

- El artículo 342 establece 120 días naturales prorrogables a 60 días más, como plazo de la investigación preparatoria, excepto para casos complejos. Esta situación evita dilaciones indebidas por cuanto las partes podrán solicitar al juez una audiencia de control de plazo, conforme al artículo 343 inciso 2.

3.5.3) El derecho de defensa en la etapa intermedia:

- En esta etapa del proceso penal, según el NCPP el derecho de defensa alcanza importancia porque sus alegaciones permitirán fundamentar si existe o no suficiente acreditación penal para pasar a la etapa de juzgamiento, conforme aprecie el juez de la investigación preparatoria escuchando en igual de armas a las partes para finalmente aceptar la acusación propuesta por el fiscal o dictar el sobre seguimiento de la causa

3.5.4) El derecho de defensa en la etapa del juzgamiento:

- El juicio oral constituye la etapa más importante del proceso conforme la mayoría de los autores porque se desarrolla bajo los principios de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción de la actuación probatoria reiterando como ha sido a lo largo del proceso pro el principio de igualdad de armas. Por tal circunstancia el derecho de defensa es resaltado en todas las instancias en la misma magnitud y condiciones que el ente acusador: Ministerio Público.

3.5.5) EI INVESTIGADO, IMPUTADO O INCULPADO.

A nivel preliminar toda persona sujeta cuestionamiento por parte del derecho penal tendrá la calidad de investigado e indistintamente se podrá utilizar los términos de inculpado o imputado una vez formalizado el proceso.

“El imputado es, precisamente, uno de los sujetos esenciales del proceso, y esta consideración tiene una consecuencia importantísima respecto del sentido de la declaración de ese imputado. Si el imputado es sujeto del proceso, su declaración constituirá, fundamentalmente, un medio de defensa. Dicha declaración es uno de los modos por medio de los cuales se expresa uno de los sujetos del proceso. Y no –quede bien en claro- un medio para obtener información de una fuente que, en este caso, viene a ser el propio imputado.

Por lo tanto, si el imputado desea, voluntariamente, hacer ingresar información al proceso, ese es otro problema. Y esa información si puede ser utilizada. Pero la declaración del imputado no puede ser, en modo alguno, un medio por el cual este sujeto debe defenderse.”⁶⁰

FERRI considera al inculpado como el **protagonista más importante del drama penal**. En nuestra legislación, al referirse al actor principal

⁶⁰ BINDER ALBERTO M... Política Criminal, de la formulación a la praxis, Editorial Adhoc S.R.L (primera edición), Lima-Perú, 1998, p. 331.

del proceso penal, se encuentra una serie de denominaciones que se utilizan indistintamente:

- el inculcado o imputado. Es la persona sobre la que recaen los cargos contenidos en la denuncia.
- el procesado o encausado. Es la persona contra quien se dirige la acción penal. Se le llama así desde el comienzo de la instrucción hasta la sentencia que le pone fin.
- el acusado. Es la persona contra quien el representante del Ministerio Público ha formulado acusación.

En sentido amplio, imputado o inculcado es la persona comprendida desde el acto inicial del procedimiento hasta la resolución firme. En el nuevo Código Procesal Penal se asume la denominación del imputado.

3.6).-EL DERECHO DE DEFENSA Y LA NORMATIVA SUPRANACIONAL.-

Si queremos referirnos a la normativa supranacional relativa al tema planteado debemos concentrarnos en la Declaración universal de Derechos Humanos, Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos. A nivel internacional el derecho de defensa ha sido recogido en los siguientes instrumentos internacionales:

3.6.1) Declaración Universal de Derechos Humanos

El artículo 11º establece en su primer inciso lo siguiente:

“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 público en el que se le haya asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”

Este artículo, si bien no hace expresa referencia al derecho de defensa en tanto tal, establece la exigencia de respetar aquellos medios

que permiten su ejercicio, este artículo destaca las garantías de la defensa a los procesos de carácter penal propiamente.

3.6.2) Convención Americana de Derechos Humanos

Este tratado regional, en vigor para el Estado peruano desde el 28 de julio de 1978, también reconoce el derecho de defensa, ubicándolo dentro del inciso 2 del artículo 8º relativo a las garantías judiciales:

El artículo 8.2 de la convención establece un conjunto de garantías mínima que permiten asegurar el derecho de defensa en los procesos penales, esta son:

1. El derecho del inculpado a ser asistido por un traductor o intérprete. (art.8.2.a de la convención).- toda persona necesita comprender en su idioma en qué consiste la imputación en su contra. Este derecho tiene importancia básica, cuando el desconocimiento del idioma utilizado por un tribunal o la dificultad de su comprensión constituya u obstáculo para el ejercicio del derecho de defensa. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, señaló que “el derecho reconocido en el artículo 8.2 de la convención constituye un factor que permite superar eventuales situaciones de desigualdad en el desarrollo de un proceso.”⁶¹
2. Derecho del inculpado a la comunicación previa y detallada de la acusación formulada. (art. 8.2.b de la convención).- este derecho es esencial para el ejercicio del derecho de defensa, pues es el conocimiento de las razones, por las cuales se le imputa a alguien la presunta comisión de un delito, permita preparar adecuadamente los argumentos de descargo, este derecho alcanza plenitud si se indica con claridad las normas y supuestos de hecho en que se basa la acusación. En el caso Castillo-Petrucci se alegó que los inculpados no tuvieron conocimiento oportuno y completo de los cargos que se les hacía.

⁶¹ Opinión Consultiva OC-16/99, del 1 de octubre de 1999, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, párrafos 119 y 120.

3. Concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa. (art. 8.2.c de la convención).- este doble derecho implica, por ejemplo, acceder a documentos y pruebas con antelación para preparar la defensa, ser informado con anticipación de las actuaciones judiciales, participar en estas, etc. No tener la posibilidad de preparar la defensa por falta de comunicación libre y privada con el patrocinado constituye una violación de los derechos mencionados.
4. Derecho del inculcado a defenderse por sí mismo, o a través de un defensor de su elección o nombrado por el Estado. (art. 8.2.c de la convención y art. 8.2.e de la convención).- los derechos señalados también pueden afectarse por la falta de comunicación en forma libre y privada entre el imputado y el abogado, situación que puede extenderse hasta un atentado directo contra el abogado, como lograr su desaparición.

“...un inculcado puede defenderse personalmente, aunque es necesario entender que esto es válido solamente si la legislación interna se lo permite. Cuando no quiere o no puede hacer su defensa personalmente, tiene derecho de ser asistido por un defensor de su elección. Pero en los casos en los cuales no se defiende a sí mismo o no nombrar defensor dentro del plazo establecido por la ley, tiene el derecho de que el Estado le proporcione uno, que será remunerado o no según lo establezca la legislación interna. Es así como la Convención garantiza el derecho de asistencia legal en procedimientos penales. Pero como no ordena que la asistencia legal, cuando se requiera, sea gratuita, un indigente se vería discriminado por razón de su situación económica si, requiriendo asistencia legal, el Estado no se la provee gratuitamente.”⁶²

5. Derecho del inculcado a comunicarse libre y privadamente con su defensor. (art. 8.2.d de la convención).- para acreditar la vulneración expresa de este derecho solo se debe constatar que en el marco de

⁶² Opinión Consultiva OC-11/90, del 10 de agosto de 1990, Excepciones al agotamiento de los recursos internos, párrafo 25.

un proceso se ha impedido la comunicación libre y privada entre la persona inculpada y su abogado. Caso Loayza-Tamayo, que no pudo comunicarse en forma libre y privada con el abogado elegido.

6. Derecho de defensa del inculcado respecto a los testigos y peritos. (art. 8.2.f de la convención).- “en el caso Cantoral-Benavides la corte se pronuncio por la violación del art. 8.2.f de la convención, debido a que el abogado de la víctima no pudo concebir que se realizara la confrontación pericial tendiente a esclarecer las divergencias que arrojaron dos peritajes grafológicos, practicados en un proceso penal y además por que la defensa tampoco pudo entrevistar a los miembros de la policía que capturaron a la víctima y que participaron en el atestado inculpativo contra esta”⁶³

Otros derechos relacionados con derecho de defensa:

- Derecho a recurrir el fallo ante el Juez o Tribunal Superior. (art. 8.2.h de la convención)
- Derecho a no ser obligado a declararse culpable y a declarar sin coacción de naturaleza alguna. (art. 8.2.g de la convención y (art. 8.3 de la convención)

3.6.3).- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Este tratado, en vigor para el Estado peruano desde el 28 de julio de 1978, establece en su artículo 14^o, tercer párrafo. Lo siguiente:

“3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: ...

b) a disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;...

d) a hallar presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un 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

⁶³ HUERTA GUERRERO, Luis Alberto...El Debido Proceso en las decisiones de la Corte Sudamericana de Derechos Humanos, Editorial Comisión Andina de Juristas, Lima-Perú, 2003, p. 57.

justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;”...

Respecto del alcance y contenido de los literales b) y d) extraídos del artículo 14^o. 3, resulta pertinente tener en cuenta lo que se ha señalado el **comité de derechos humanos** en una de sus Observaciones Generales. Con relación al literal b), esto es, el derecho de la persona de comunicarse con un defensor de su elección, el comité ha señalado:

“este apartado exige que el defensor se comunique con el acusado en condiciones que garanticen plenamente el carácter confidencial de sus comunicaciones. Los abogados deben poder asesorar y representar a sus clientes de conformidad con su criterio y normas profesionales establecidas, sin ninguna restricción, influencia, presión o injerencia indebida de ninguna parte”

Del mismo modo, respecto del literal d) señalo:

“El acusado o su abogado deben tener el derecho de actuar diligentemente y sin temor, valiéndose de todos los medios de defensa disponibles, así como el derecho a impugnar el desarrollo de las actuaciones que son injustas”.

Resulta importante notar que esta norma internacional establece tres condiciones *sine qua non* para que la obligación del Estado de proporcionar un defensor de oficio se haga efectiva: 1) debe tratarse de personas acusadas de un delito, lo cual liberaría al Estado de esta obligación respecto de procesos judiciales no penales; 2) debe responder a un “interés de la justicia”; 3) la persona debe carecer de medios suficientes para pagar a un defensor particular.

Los pactos internacionales sobre derechos humanos constituyen norma constitucional directa conforme a lo dispuesto por la cuarta disposición transitoria de la constitución: “las normas relativas a los derechos y a las libertades que la constitución conoce se interpreta de conformidad con la declaración universal de los Derecho Humanos y con

los tratados de acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.”; y suministran contenidos básicos que deben presentar los derechos fundamentales, como es el caso de los contenidos o garantías mínimas del Derecho de Defensa.

Las garantías mínimas del derecho de defensa durante el proceso están enunciadas tanto en el Pacto San José de Costa Rica, como en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (Art. 8 ap. 2 y Art. 14 ap. 3, respectivamente). Las mismas que gozan de jerarquía constitucional, por lo anotado en el párrafo anterior prevalecen sobre toda norma legal (Art. 51 y 55 de la CP). Estas garantías judiciales mínimas de nivel internacional y raigambre constitucional pueden esquematizarse como siguen, conforme coincide la doctrina nacional:

- Asistencia de un traductor.
- Información del hecho.
- Inmunidad de la declaración.
- Defensa técnica.
- Autodefensa.
- Comunicación entre diputado y defensor.
- Preparación de la defensa.
- Producción de la prueba.
- Recursos impugnatorios.

“...los tratados internacionales sobre derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional confían y afirman este derecho (derecho de defensa). Decimos lo confirman, puesto que los pactos también consagran la defensa en juicio y además lo amplían como consecuencia de delimitar los caracteres mínimos que debe reunir el derecho de defensa.”⁶⁴

3.6.4) Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos

Este instrumento del *soft law* aprobado por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076

⁶⁴ EDWARDS, Carlos...Garantías Constitucionales en materia penal, Editorial Astrea, Buenos Aires-Argentina, 1996, p. 101.

(LXII) de 13 de mayo de 1977, reconoce el derecho de defensa penal a las personas reclusas de manera preventiva:

“93. El acusado estará autorizado a pedir la designación de un defensor de oficio cuando se haya previsto dicha asistencia, y a recibir visitas de su abogado, a propósito de su defensa...”

Llama la atención, sin embargo, que en este instrumento se excluya del derecho a la defensa penal a las personas condenadas, a quienes solo se les reconoce la defensa en el plano disciplinario penitenciario:

“30.... 2) Ningún recluso será sancionado sin haber sido informado de la infracción que se le atribuye y sin que se le haya permitido previamente presentar su defensa...3) En la medida en que sea necesario y viable, se permitirá al recluso que presente su defensa por medio de un intérprete.”

3.6.5) Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión.-

Este otro instrumento de Naciones Unidas, adoptado por la Asamblea General en su Resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988, pese a que distingue entre personas detenidas y en prisión, les reconoce igual derecho a acceder a la defensa, lo cual demuestra una evolución respecto de las “Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos”:

“Principio 18

1. Toda persona detenida o presa tendrá derecho a comunicarse con su abogado y a consultarlo.
2. Se darán a la persona detenida o presa tiempo y medios adecuados para consultar con su abogado.”

3.6.6) Principios Básicos sobre la Función de los Abogados.-

Aprobado por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente el 27 de agosto al 7 de

septiembre de 1990, este instrumento tiene la particularidad de establecer una serie de obligaciones de los gobiernos respecto del ejercicio del derecho de defensa. Así por ejemplo, el principio 5 establece la obligación de información a las personas respecto del derecho que les asiste:

“5. Los gobiernos velaran pro que la autoridad competente informe inmediatamente a todas las personas acusadas de haber cometido un delito, o arrestadas, o detenidas, con una acusación penal o no, tengan acceso a un abogado inmediatamente, y en cualquier caso dentro de las 48 horas siguientes al arresto o a la detención.”

Asimismo, se establece la obligación de proporcionar un defensor a toda persona arrestada o detenida dentro en un breve plazo:

“7. Los gobiernos garantizaran además que todas las personas arrestadas, o detenidas, con una acusación penal o no, tengan acceso a un abogado inmediatamente, y en cualquier caso dentro de las 48 horas siguientes al arresto o a la detención.”

Este instrumento resulta sumamente relevante, además, por su precisión respecto de las características profesionales y calidad del servicio de los defensores en relación con los detenidos:

“6. Todas esas personas, cuando no dispongan de abogado, tendrán derecho, siempre que el interés de la justicia así lo demande, a que se le asignen abogados con la experiencia y competencia que requiera el tipo de delito de que se trate a fin de que les presten asistencia jurídica eficaz y gratuita, si carecen de medios suficientes para pagar sus servicios.”

Presentando el marco normativo internacional, es necesario descender al plano nacional para apreciar el grado de compatibilidad de las normas internas con los estándares internacionales citados.”

CAPITULO IV

EL DERECHO DE DEFENSA.

4.1).- EVOLUCION HISTORICA.-

Las partes que reclaman justicia en cualquier situación de conflicto luego de alegar personalmente los fundamentos de su causa entienden que sobre la primitiva expresión a viva voz de la defensa personal de su causa o defensa material directa es necesaria la asesoría técnica de un especialista en la materia.

La evolución histórica del derecho de defensa tiene antigua data, desde la necesidad de solucionar conflictos de intereses o situaciones de interés jurídico. En las líneas del antiguo testamento descubrimos que Isaías y Job dieron normas a las defensas instauradas, con la finalidad que logren éxito en sus intervenciones a favor de los ignorantes, los menores, las viudas y los pobres cuyos derechos fuesen quebrantados. En el caso Peruano el derecho incaico nos habla de la existencia de un sumo sacerdote como consejero religioso-judicial del Inca y los Tucuy Ricuy informaban al Inca respecto al cumplimiento de la Ley, a fin que éste con un poder omnímodo administre la justicia, pero no se conoce expresamente de la existencia de defensores o del derecho de defensa como institución.

“En el Derecho Romano primitivo el acusado es atendido por un asesor. El colegio de los pontífices designaba anualmente un sacerdote para responder a los plebeyos, que demandaban la reparación de algún derecho ante el magistrado, pero cuidando de no revelar los fundamentos del concejo, en virtud

de que el secreto de la doctrina jurídica era para él patriciado un arma política que garantizaba su supremacía.”⁶⁵

“En el siglo V de la fundación de Roma se rompen los velos del derecho tradicional y esotérico; es accesible para los plebeyos preparar su propia defensa y con el procedimiento formulario aparece la institución del patronato. La costumbre admitió que el proceso penal podría presentarse un orador, que defendiera los intereses de su cliente. Era el *patronus* o *causidus* experto en el arte de la oratoria, que debe ser instruido en sus recursos legales por el verdadero *advocatus*, el perito de jurisprudencia y habituado al razonamiento forense...en el libro I, título III, del Digesto existe un capítulo titulado de *procuratoribus* y *defensoribus*, que se ocupa de reglamentar las funciones de los defensores.”⁶⁶

Es decir que el antecedente a la existencia del abogado es el orador especializado denominado patrono, quien representaba y protegía a su cliente.

“En el derecho Germánico los procedimientos judiciales requerían el empleo de determinadas fórmulas, que debía utilizar el intercesor en su carácter de representante del acusado con la circunstancia de que sus afirmaciones erróneas podían ser justificadas, en tanto que la rectificación no era permitida si habían sido hechas por las partes en persona.”⁶⁷ La Constitución Carolina de 1532 reconoció al inculpado el derecho de encomendar su defensa a terceros, con una amplia gama de funciones, desde presenciar la recepción de la prueba hasta solicitar perdón en caso de confesión. En el sistema inquisitivo el procurador de la defensa tuvo actuación inadvertida por el predominio del juez, incluso hubo legislaciones en las que se excluyó al representante de la defensa, los tribunales deslindaban casos de inocencia, como la Ordenanza Criminal Austriaca de 1803, la Ordenanza Criminal Prusiana de 1805.

Las leyes españolas consideraron al defensor en los actos del proceso y a través del Fuero Juzgo y la Nueva Recopilación facultaban a los jueces para

⁶⁵ GONZALES BUSTAMANTE, Juan José... Principio del Derecho Procesal Penal Mexicano, Editorial Porrúa (tercera edición), México, p. 86.

⁶⁶ IBIDEM, p. 87.

⁶⁷ IBIDEM, p. 87.

premiar a los profesores de derecho y abogados del foro a fin que destinasen horas diarias en defensa de los pobres y desvalidos; así mismo, la ley de enjuiciamiento criminal de 1882 obligaban a la defensa de los pobres, con criterio prudente, conforme a la coordinación de los abogados y del Juez. “Las organizaciones y colegios de abogados tenían la obligación de señalar periódicamente a algunos de sus miembros para que se ocupasen de la asistencia gratuita de los menesterosos”⁶⁸

Indudablemente las normas españolas respecto al derecho de defensa irradiaron su contenido sobre el derecho procesal penal republicano de nuestro país. Pero el principio de derecho de defensa como concepto obligatorio y la consagración de que el acusado puede prepararla, tuvo su origen en la Asamblea Constituyente Francesa; condensada en la Declaración del Hombre y del Ciudadano, como sigue:

1. Libertad ilimitada en la expresión de la defensa.
2. Obligación judicial de proveer al acusado de un defensor, si no lo designa.
3. Obligación de los profesores de derecho y abogados a la defensa de los pobres.
4. Prohibición a las autoridades judiciales de compeler a los acusados a declarar contra sí mismos.
5. Derecho de designar defensor desde el momento desde que es detenido.
6. Derecho del defensor a estar presente en todo acto procesal.
7. Obligación de las autoridades judiciales a recibir pruebas dentro de los términos establecidos.
8. Obligación de las autoridades de auxiliar al inculcado para obtener la declaración de personas cuyo examen solicite.

A partir de la Declaración del Hombre y del Ciudadano se han venido perfeccionando los principios rectores del derecho de defensa, hasta llegar a contemplarse en las legislaciones penales del mundo los casos de indefensión como delito de abuso de autoridad, al sancionar la renuencia de las

⁶⁸ IBIDEM, p 88.

autoridades para recibir las pruebas que ofrece el acusado o su defensor, como actos violatorios y atentatorios a los derechos garantizados en la constitución. “...por que el derecho penal no está destinado solamente a tutelar los intereses de la sociedad, que se han quebrantado pro la condición del delito sino que también tutela y garantiza los derechos procesales del inculpado”⁶⁹

“El derecho penal tiene como objeto para unos la seguridad jurídica (entendida por unos como tutela de bienes jurídicos y por otros como tutela de valores éticos sociales) y para otros la defensa social,”⁷⁰ que en realidad forman parte de una sola realidad.

“... el derecho de defensa nace y se reconoce con anterioridad al momento de la formulación de la acusación (o sindicación preliminar del investigado), ya que en caso contrario los actos enunciados se llevarían a efecto sin el concurso de quien es sujeto pasivo del proceso y por tanto parte...”⁷¹ Es decir que la evolución histórica del derecho de defensa ha transitado desde la negación de la misma hasta la inversión de tales reglas y el reconocimiento del derecho de defensa en el momento mismo de la imputación, ya sea a nivel preliminar o judicial.

4.2).-DEFINICIONES DEL DERECHO DE DEFENSA.-

La expresión derecho de defensa es una de aquellas que siempre se ha presentado unido de modo indisoluble al fenómeno jurídico y deriva del término defensa, que significa oponerse al peligro de un daño para rechazar una agresión, “desde una perspectiva sociológica la defensa es un impulso vital, que tiende a procurar la permanencia de lo que esta creado”⁷², porque ambos no solo van a repeler la posición del otro sino que incluso tienen la posibilidad de accionar anteponiéndose a una situación injusta o contraria a sus intereses.

⁶⁹ IBIDEM, p. 90.

⁷⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl...Manual de Derecho Penal, Ediciones Jurídicas, BB. AA. - Argentina, 1986, p. 48.

⁷¹ ASECIO MELLADO, José María... Manual de Derecho Penal, Editorial Tirant Lo Blanch (segunda edición), Valencia – España, p. 71.

⁷² CAROCA PEREZ, Alex...Garantía Constitucional de la Defensa Procesal, José María Bosch Editor, España, 1998, p. 13

A continuación presentamos algunas definiciones del derecho de defensa:

- “La defensa no es otra cosa que la reacción a la agresión, en el caso del diputado es el *Jus puniendi estatal*. Es la única arma que tiene todo el ciudadano sometido a persecución penal. Se garantiza en el curso del proceso, como garantía que proviene del marco constitucional y legal...”⁷³
- “El derecho de defensa constituye un derecho fundamental de carácter irrenunciable, reconocido en la constitución, correlativo a la acusación y basado en el carácter dialectico del proceso, cuya finalidad es la de hacer valer la libertad de toda persona sujeta a un proceso penal”⁷⁴
- “El ejercicio de derecho de defensa se concreta en las actuaciones de la persona que ve amenazada o limitada su libertad, precisamente por causa de un proceso penal...el derecho de defensa ha de reconocerse no solo cuando se haya formulado la acusación dentro del juicio oral, sino desde el instante en el que el procedimiento se dirige contra una determinada persona, imputándole la comisión de un hecho delictivo y debe salvaguardarse a lo largo de todas las actuaciones procesales...”⁷⁵
- “Si el derecho de defensa resulta garantizado en cualquier proceso y no tan solo en el penal...conviene aclarar que el procedimiento penal no solo se limita al imputado sino también alcanza a otras personas que pueden intervenir. Nos referimos fundamentalmente al actor civil, al mismo imputado como demandado civil, y al tercero civilmente demandado...”⁷⁶
- “El derecho de defensa cumple, dentro del proceso penal, un papel particular: por una parte, actúa en forma conjunta con las demás garantías; por la otra, es la garantía que tornan operativas a todas las demás. Por ello, el derecho de defensa no puede ser puesto en el

⁷³ ORE GUARDIA, Arsenio...Estudios de Derecho Procesal Penal, Editorial Alternativas (primera edición), Lima- Perú, 1993, p. 295. Presentando artículo de Pablo Talavera Elguera.

⁷⁴ ASENCIO MELLADO, José María... Manual de Derecho Penal, Editorial Tirant Lo Blanch (segunda edición), Valencia – España, p. 70.

⁷⁵ GIMENO SENDRA/ MORENO CATENA/ CORTES DOMINGUEZ... Lecciones de Derecho Procesal Penal, editorial Colex, Madrid- España, 2001, p. 49.

⁷⁶ MAIER, Julio B.J...Derecho Procesal Penal, T.I., Fundamentos, Editores del Puertos s.r.l. (segunda edición) BB. AA. – Argentina, 1999, p. 543.

mismo plano que las otras garantías procesales. La inviolabilidad del derecho de defensa es la garantía fundamental con la que cuenta el ciudadano, porque es el único que permite que las demás garantías tengan una vigencia concreta dentro del proceso penal.”⁷⁷

- “El derecho de defensa es la otra cara de la acusación, exigida por el principio de contradicción y una de las garantías más importantes del proceso penal propio de un Estado de Derecho, desde el punto de vista del imputado.”⁷⁸
- “El derecho de defensa es un derecho fundamental extensible a cualquier procedimiento, con mayor o menor alcance, según su naturaleza y finalidad y que debe observarse no solo en su conjunto sino también en cada una de sus fases.”⁷⁹

El derecho de defensa constituye un pre-requisito destacado del proceso penal moderno en la instalación de un Estado de Derecho de sus fines, porque la naturaleza esencialmente pública del delito, resalta el interés general (que subyace en materia penal) paralela al interés privado.

En materia punitiva la igualdad en la investigación y represión del delito es básica por ser un fenómeno que afecta a la colectividad, por lo que la igualdad debe ser material y formal para lograr un proceso eficaz y conforme a los principios constitucionales, por tal motivo:

“La defensa en un estado de derecho, constituye un derecho fundamental que como tal ha de ser no solo protegido pasivamente por el estado, sino igualmente impulsado y amparado dotándolo en todo caso de eficiencia ...por ello en el proceso penal, la defensa técnica, y salvo en el supuesto del juicio de faltas, constituye una obligación para el estado, el cual si la parte no designa abogado, debe proveérselo aún en contra de su voluntad...En definitiva el proceso penal moderno no tiene como objetivo ni puede basarse en la idea de

⁷⁷ BINDER ALBERTO M... Política Criminal, de la formulación a la praxis, Editorial Adhoc S.R.L (primera edición), Lima-Perú, 1998, p. 151.

⁷⁸ GOMEZ COLOMER, Juan Luis...Derecho Jurisdiccional, Editorial Tirant Lo Blanch (sexta edición), Valencia-España, 1997, p. 248.

⁷⁹ CHAMORRO BERNAL, Francisco...La Tutela Judicial Efectiva, Editorial Bosch S.A. (primera edición), Barcelona, España, 1994, p. 133.

colaboración o coacción del imputado para obtener la condena, sino que el mismo ha de ser tenido en consideración como sujeto procesal y titular del derecho de defensa.”⁸⁰

Podemos definir el derecho de defensa con Gimeno Sendra: “como el derecho público constitucional que asiste a toda persona física a quien se le pueda atribuir la comisión de un hecho punible, mediante cuyo ejercicio se garantiza al imputado la asistencia técnica de un abogado defensor y se les concede a ambos la capacidad de postulación necesaria para oponerse eficazmente a la pretensión punitiva y poder hacer valer dentro del proceso del derecho constitucional a la libertad del ciudadano”⁸¹

“Julio Maier aclara que este derecho no sólo limita la protección al imputado, pues también alcanza a otras personas que pueden intervenir en el, tales como el actor civil o el tercero. Se trata de defender un derecho o interés legítimo frente a la expectativa de una decisión estatal sobre él, sea porque se pretende algo o porque, al contrario nos oponemos a esa pretensión, requiriendo que ella no prospere. El Ministerio Público, desde esta perspectiva de la defensa como limitación del poder estatal, no tiene derecho de defensa, sino un conjunto de facultades y armas para cumplir su función persecutoria”⁸²

- CARACTERISTICAS

Es importante remarcar que la defensa tiene tres características fundamentales: pública, libre y profesional: así, es pública porque cumple una función en este orden, si bien es cierto que el defensor, defiende los intereses privados del procesado, pero su accionar va encaminado a una finalidad de orden social⁸³; es libre porque no admite restricción alguna salvo las establecidas por ley; y es profesional porque es solicitada por determinada persona especialista en derecho.

⁸⁰ ASENCIO MELLADO, José María... Manual de Derecho Penal, Editorial Tirant Lo Blanch (segunda edición), Valencia-España, p.25

⁸¹ SAN MARTIN CASTRO, César... Derecho Proceso Penal, editorial Grijley T.I. (segunda edición), Lima – Perú, 2003, p. 119.

⁸² IBIDEM, p. 119.

⁸³ DEL VALLE RANDICH, Luis...Derecho Procesal Penal, Parte General 2º tomo, Imprenta Editora Pérez Pacussich, p. 20.

Finalmente debemos mencionar que la defensa alcanza la plenitud de sus características en todo sistema penal legitimado; y si llamamos sistema penal al control social punitivo institucionalizado, que abarca desde una sospecha de delito hasta que se impone y ejecuta una pena que genera, todo sistema penal para su validez necesita del derecho de defensa, desde el inicio de la presunta comisión del delito.

4.2.1).- DIMENSIONES Y CONTENIDO DEL DERECHO DE DEFENSA

El derecho de defensa tiene dos dimensiones, según CAROCCA PEREZ:

a) Como derecho subjetivo; es visto como un derecho fundamental que pertenece a todas las partes en el proceso, cuyas notas características son su *irrenunciabilidad* y su *inalienabilidad*, se sitúa en el núcleo mismo del proceso con la participación de los afectados por la decisión jurisdiccional, es decir en el proceso de formación de la resolución destinada a decidir sobre sus intereses.

“Que la defensa sea irrenunciable significa que no pueda ser objeto de denuncia por la parte procesal...por propia voluntad de decidir que no se le conceda la oportunidad de defenderse...es que sea inalienable significa que no pueda ser objeto de disposición voluntaria pro su titular, ni su ejercicio puede ser sustraído o traspasado a terceros ejercitando capacidad de control sobre los defensores técnicos...”⁸⁴

b) Como garantía del proceso; de carácter objetivo institucional, la defensa constituye un verdadero requisito para la validez del proceso, al margen de la voluntad de la parte.

⁸⁴ CAROCCA PEREZ, Alex...Garantía Constitucional de la Defensa Procesal, José María Bosch Editor, España, 1998, p. 21

“La defensa procesal tiene un perfil objetivo o institucional, que lleva a considerarla como un verdadero requisito para la validez del proceso, es decir como una garantía de la configuración del propio del juicio jurisdiccional válido.”⁸⁵

4.3).- CONTENIDO PRINCIPISTA–DOGMATICO DEL DERECHO DE DEFENSA.-

El derecho de defensa incorpora dos principios fundamentales del derecho penal:

4.3.1) EL PRINCIPIO DE CONTRADICCION.- relacionado a la posibilidad efectiva de las partes de comparecer o acceder a la jurisdicción a fin de defender sus intereses o pretensiones. La concurrencia del principio contradictorio y el derecho de defensa como manifestación técnica es esencial para constituir un proceso; porque a través de la existencia de la posibilidad de contradecir se hace manifiesta la dualidad de posiciones de las partes; que necesitan la garantía de la defensa para configurar un proceso, más que un método para la búsqueda de la verdad.

Según la doctrina, la contradicción exige: 1. La imputación; 2. La intimidación; y, 3. El derecho de audiencia. Para que el imputado pueda defenderse es imprescindible la imputación, la cual importa una relación clara, precisa y circunstanciada de un delito formulado o denunciado por el Ministerio Público. Esta imputación debe ser conocida por el procesado –que es lo que se denomina *intimidación*-, quien además debe tener el *derecho de audiencia*. Una necesidad de justicia apremiante para el proceso penal es que *nadie sea condenado sin ser oído y vencido en juicio*.

4.3.2) EL PRINCIPIO ACUSATORIO.- según Baumann se entiende por principio acusatorio aquel según el cual no ha de ser la misma persona la que realiza las averiguaciones y decida después al respecto. José

⁸⁵ IBIDEM, p. 22.

María Asencio Mellado señala que el principio acusatorio tiene tres notas esenciales:

- a) Ejercicio y mantenimiento de la acusación por un órgano distinto al Juez, así como la exigencia de una acción pública. Rige la máxima *ne procedat iudex ex officio*.
- b) La división del proceso en dos fases y las tareas propias de cada una de ellas de investigación y decisión respectivamente, han de ser conferidas a órganos diferentes con el fin de evitar un probable y posible prejuzgamiento por parte del juez sentenciador. Rige la máxima de la *prohibición de la identidad entre instructor y decisor*.
- c) Relativa vinculación del órgano jurisdiccional a las pretensiones de las partes, en atención a la acusación fiscal.

4.3.3) PRINCIPIO “NO HAY DERECHO SIN DEFENSA”.- el derecho de defensa no solo es una emanación de la dignidad personal del imputado y también de la víctima, sino, además es un requisito indispensable para asegurar (a ellos y a la sociedad) el desarrollo de un proceso respetuoso de la escala de valores del estado de derecho; en una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el estado de Derecho constituyen una unidad, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros.

Por eso, el sistema constitucional (constitución Nacional y normativa supranacional incorporada al Art. 75, inc. 22) asegura todas sus manifestaciones desde el primer momento de la persecución penal y en cada una de las etapas procesales, conforme precisamente al denominado bloque de Constitucionalidad. Solo podrán tolerarse restricciones de origen legal y de carácter reglamentario, a condición de que no afecten su esencia, porque el derecho de defensa es un componente insustituible del juicio previo y un límite infranqueable en la búsqueda de la verdad sobre la acusación de un delito, que solo puede obtenerse legítimamente con el inexcusable resguardo de la defensa del imputado. Entonces los juzgadores para tener un pleno conocimiento de

la realidad ilícita deberían presenciar alegación de la defensa del imputado.

4.3.4).-PRINCIPIO-CONDICION DE IGUALDAD.- Un aspecto significativo de la normativa supranacional que integra el nuevo sistema constitucional exige que la defensa del imputado se desarrolle en condiciones de “plena igualdad” con la acusación, lo que se grafica con la alocución “paridad de armas”, cuando la acusación está a cargo de la víctima, o esta participa en ella de alguna manera, la plena igualdad debe analizarse también desde su punto de visto. Si bien no parece el sentido originario de la garantía, bien puede así interpretarse en virtud de los principios protectores de aquella que inspiran la legislación supranacional y sus disposiciones expresas. Estos ocurrirá cuando aquel tenga, no solo en teoría sino también en la práctica, las mismas posibilidades: el principio de igualdad de medio, inherente al concepto de justicia es solamente un aspecto del concepto más amplio del proceso justo, en materia penal, que el acusador para influir en las decisiones de los jueces sobre el caso, lo que dependerá de los siguientes aspectos: La posibilidad de presentar todos los medios de defensas pertinentes y como consecuencia de ello la de influir en la resolución del proceso es expresamente reconocida por el CEDH.

4.4).-CLASES DE DEFENSA O FORMAS DE EJERCICIO DEL DERECHO DE DEFENSA.-

El derecho de defensa como derecho fundamental, puede ser ejercitado tanto por el investigado-procesado como por el abogado defensor.

4.4.1).-LA DEFENSA TÉCNICA.-También llamada pública o formal debido a su naturaleza obligatoria y jurídica, cuya tecnicidad es comprensible porque desde el punto de vista de servicio público es imprescindible aún contra la voluntad del investigado-procesado para cumplir con las exigencias de equilibrio y justeza de un proceso penal,

es decir para garantizar el desarrollo de los principios procesales penales.

La defensa técnica en el proceso penal es un derecho fundamental de cada una de las partes. “En el proceso penal la defensa técnica del imputado acusado adquiere, además, la condición de requisito necesario, que se impone al propio titular del jus puniendi.”⁸⁶ Como sabemos el estado es quien asume el monopolio de la administración de justicia, a través del poder judicial, que solo podrá realizar el proceso e imponer penas dentro del estricto marco constitucional si está presente tanto el abogado del acusado, como el abogado del agraviado y en consecuencia cumplir los principios **“no hay derecho sin defensa y principio de condición de igualdad”**, para alcanzar la tutela y evitar la indetención.

La defensa técnica fundamentalmente presupone asistencia y representación, la primera referida al aporte técnico a la defensa material, informa acerca de los derechos e intereses que la ley le acuerda o reconoce, en relación a los pro y contra que franquean al imputado tanto a nivel de los hechos que se le incriminan como al derecho etc. El segundo presupuesto de la defensa técnica es la representación, es decir que representa al imputado -valga la redundancia- a lo largo de todo el proceso, salvo en aquellos actos en que la ley exige una participación personalísima del procesado.

La paridad de la acusación y de la defensa demuestra la necesidad, para el éxito de la función punitiva, no solo de la acción, doble y contraria, del Ministerio Público y del defensor, sino del equilibrio entre ellos, en el sentido de que estén dotados de los mismos poderes en el desenvolvimiento del proceso. Este es un principio fundamental del proceso penal.⁸⁷

⁸⁶ MONTERO AROCA, Juan...Derecho Jurisdiccional, editorial Tirant lo Blanch (sexta edición), Valencia-España, 1997, p.79.

⁸⁷ CARNELUTTI, Francisco... Derecho Procesal Civil y Penal, Editorial Oxford Biblioteca, Clásicos del Derecho Penal, p. 217

“La defensa técnica, a realizar por un abogado en ejercicio sobre las cuestiones jurídicas materiales y procesales a tratar en el proceso penal, en funciones de consejo y asesoramiento, que ya hemos considerado.”⁸⁸

“Una de las formas de propender a las equiparación de posiciones entre el acusador y el acusado es, sin duda el erigir a la *defensa técnica* en un presupuesto de la validez del procedimientos y, en fin, de la sentencia.”⁸⁹

Principales características:

- El derecho a la asistencia letrada consiste en la facultad de elegir un abogado de su confianza y revocable el nombramiento para designar a otro.
- La actuación del defensor no puede colisionar con la voluntad del defendido.
- El derecho de defensa es irrenunciable aparece un legítimo mecanismo de autoprotección del sistema para cumplir con los requisitos del proceso.
- La defensa técnica es obligatoria.
- La defensa técnica por excelencia es la que realiza un conocer del derecho, por tal motivo las leyes reconocen el derecho a la asistencia de abogado en las instancias policiales y judiciales.

“Es indudable que la defensa técnica es un presupuesto necesario para la correcta viabilidad del proceso. Aun cuando el imputado puede hacer uso de la autodefensa, resulta imprescindible la presencia y asistencia del abogado defensor en el curso del procedimiento.”⁹⁰

⁸⁸ GOMEZ COLOMER, Juan Luis...Derecho Jurisdiccional, Editorial Tirant Lo Blanch (sexta edición), Valencia-España, 1997, p. 248.

⁸⁹ MAIER, Julio B.J...Derecho Procesal Penal, T.I., Fundamentos, Editores del Puertos s.r.l. (segunda edición) BB. AA. – Argentina, 1999, p. 583.

⁹⁰ SANCHEZ VELARDE, Pablo...Comentarios al Código Procesal Penal, Editorial Idemsa, Lima-Perú, 1994, p. 110.

4.4.2).-LA DEFENSA MATERIAL.- También llamada privada, explica la reacción natural de un inculpado de hacer su propia defensa, ya sea contestando la imputación, negándola o guardando silencio o bien aceptando la acusación fiscal podríamos agregar que la autodefensa, es decir, ejercida directamente por el imputado puede realizarse en la participación de actos procesales, pasando por la presentación de escritos hasta la utilización de medios impugnatorios o presentación de pruebas de descargo que contradigan la tesis de la acusación. Por ejemplo proponer la recusación de un juez, si se encuentra incomunicado, pedir la variación de un mandato de detención, proponer diligencias pertinentes, nombrar peritos, solicitar la confrontación, proponer prueba anticipada, proponer declaración ampliatoria, pedir la reposición de bienes, o evitar transferencias indebidas y expresar la última palabra en el juicio oral.

El proceso penal moderno no tiene como objetivo ni puede basarse en la idea de la colaboración del imputado de modo espontaneo o bajo coacción para obtener una condena, sino que la confesión sincera del imputado necesita de otros medios o evidencias corroborantes y ante todo debe respetarse la calidad de sujeto procesal de imputado, y su condición de titular del derecho de defensa.

La defensa material también denominada autodefensa, consiste en la intervención del imputado en el proceso realizando actividades encaminadas a preservar sus derechos: lograr su libertad o impedir la condena u obtener la mínima sanción penal posible. “La declaración del imputado...es el momento particular del proceso penal en el cual se ejerce el derecho de defensa...en los procedimientos de tipo inquisitivo...la declaración de imputado no es un acto en el cual se ejerce el derecho de defensa material, sino en el cual se trata de provocar la confesión del imputado.”⁹¹

⁹¹ BINDER ALBERTO M... Política Criminal, de la formulación a la praxis, Editorial Adhoc S.R.L (primera edición), Lima-Perú, 1998, p. 153.

En cuanto a la autodefensa, la doctrina es reacia a otorgar al imputado la posibilidad de defenderse personalmente, en virtud de diversas razones que se fundamentan en dos aspectos: a) el técnico y b) el psíquico.

- a) Técnicamente el imputado carece, generalmente, de los conocimientos adecuados para una eficiente defensa, aunque podría salvarse este obstáculo si fuera abogado.
- b) La limitación psíquica se refiere a la circunstancia que toda persona sometida o que forma parte directa de un proceso penal atraviesa una situación sumamente traumática que le impide la suficiente serenidad para encarar una defensa eficaz.

Sin embargo, los pactos internacionales sobre derechos humanos consagran expresamente la posibilidad de autodefensa del imputado, adquiriendo por ende, rango constitucional la defensa personal del imputado. Veamos otras apreciaciones al respecto:

“La defensa material o amplia: es una función pública en la que participan todas las autoridades y funcionarios que interviene en el proceso penal y consiste en consignar y apreciar las circunstancias tanto adversas como favorables al imputado, así como instruirle en sus derechos y recursos, en tanto no esté asistido por su letrado.”⁹²

“El titular del derecho interviene directa y personalmente tratando de evitar una resolución adversa. La legislación procesal se manifiesta abiertamente por esta forma de defensa, aunque predomina la intervención del letrado.”⁹³

La posibilidad de autodefensa debe limitarse a supuesto de simplicidad, porque sería irrazonable y desproporcionada exigir que inculpado plantee cuestiones jurídicas o no ser que simultáneamente asuma su defensa técnica por su condición de abogado.

⁹² DE LA OLIVA SANTOS, Andrés... derecho Procesal Penal, Editorial Centro de estudios Ramón Areos SA. (sexta edición), Madrid-España, 2003, p. 896.

⁹³ SANCHEZ VELARDE, Pablo...Comentarios al Código Procesal Penal, Editorial Idemsa, Lima-Perú, 1994, p. 109.

4.6. CONTENIDO FORMAL DEL DERECHO DE DEFENSA.-

- Alegaciones.- En el ejercicio del derecho de defensa como una manifestación de la genérica libertad de alegaciones orales o escritas.
- Practica de prueba.- el derecho constitucional a la prueba incluye también poder intervenir en la ajena para controlar su correcta practica y contradecirla, por lo tanto: no se debe prohibir absolutamente a la parte la aportación de pruebas sobre todo o parte del proceso, no se debe de negar el ofrecimiento de pruebas sino por una resolución motivada, no se debe de negar el ofrecimiento de pruebas con motivación irrazonable, no se debe vulnerar el equilibrio de igualdad de las partes en la prueba.
- Ejercicio pro hómine del derecho de defensa.- se debe interpretar en el modo más favorable en el ejercicio del derecho de defensa.

4.5).-EL DEFENSOR.-

4.5.1) CONCEPTO.-

Manzini indica que el defensor penal no es un patrocinador de la delincuencia sino del derecho y de la justicia, en cuanto puedan estar lesionados en la persona del imputado, además este autor distingue entre defensa y defensor, señala que la primera se puede dar sin la segunda. Cuando el procesado declara ante el juez asume a su defensa sin necesidad de que esté presente su defensor.

“Es conveniente detenerse a reflexionar que la intervención del defensor ayuda y hasta es necesaria a fin de que el Ministerio Público pueda ejercitar libremente la función de la acusación... el Ministerio Público imparcial es una contradicción de términos. Pero condición de su parcialidad es que tenga un adversario sino lo tiene humanamente se aproxima al juez y traiciona inconscientemente su oficio.”⁹⁴

⁹⁴ CARNELUTTI, Francisco... Derecho Procesal Civil y Penal, Editorial Oxford Biblioteca, Clásicos del Derecho Penal, p. 29.

“...los órganos judiciales tienen el deber positivo de evitar desequilibrios entre la posición procesal de las partes, así como el proceso de desjudicialización...”⁹⁵El derecho a la libertad y el derecho a la seguridad confiados al Estado a pesar de la aparente contradicción exige que los órganos judiciales, en general, que los operadores del derecho luchen por un equilibrio procesal, donde la asistencia jurídica de un letrado juega un papel preponderante para la legitimidad en el Estado de Derecho.

“El defensor no es solo un asistente técnico del imputado, sino, antes bien, un verdadero sujeto del procedimiento penal, que, por lo general, ejerce facultades autónomas, sin depender de la voluntad del imputado, y cuya actividad responde siempre a un interés parcial, la defensa del imputado.”⁹⁶

El defensor es aquel profesional dedicado a presentar cuestiones de hecho y derecho favorable al procesado, es decir, encargado de aportar y hacer valer en el proceso todas las circunstancias y puntos de vista que respalden su tesis de defensa.

“El derecho no está obligado a valerse de los elementos inculpatórios que no consten ya en la causa...es independiente de la voluntad de su defendido, e suerte que su deber de defenderlo no cesa porque el inculpado no quiera defenderse ni que se le defienda.”⁹⁷

4.5.2) CLASES.-

DEFENSOR VOLUNTARIO.- también denominado defensor de elección, es aquel defensor privado a quien acude el imputado para confiar su representación y asesoramiento técnico, claro está que la capacidad económica del imputado permite que no se ponga en riesgo sus posibilidades alimentarias al momento de retribuir los servicios profesionales particulares. Es inherente a la elección del defensor voluntario su cambio en cualquier momento. La ley señala expresamente

⁹⁵ ALVAREZ CONDE, Enrique...Curso de Derecho Constitucional, Editorial Techos (cuarta edición), Madrid-España, 1952, p. 457.

⁹⁶ MAIER, Julio B.J...Derecho Procesal Penal, T.I., Fundamentos, Editores del Puertos s.r.l. (segunda edición) BB. AA. – Argentina, 1999, p. 843-844.

⁹⁷ SAN MARTIN CASTRO, César... Derecho Proceso Penal, editorial Grijley T.I. (segunda edición), Lima – Perú, 2003, p. 288-289.

la necesidad de asistencia del letrado para la eficacia de una diligencia procesal.

DEFENSOR DE OFICIO.- es un defensor público cuya retribución por defender gratuitamente a diputados de escasos recursos en Juzgados ordinarios o sumarios está a cargo del Ministerio de Justicia y específicamente de la Dirección Nacional de Justicia, requiriendo su desenvolvimiento administrativo la Ley de Defensoría de Oficio y la Constitución Política del Estado motivo por el cual intervienen a favor de los investigados, desde la etapa de la investigación policial hasta la expedición definitiva de la sentencia.

4.5.3.) DEBERES Y DERECHOS.-

- “El primer derecho del abogado es el ejercicio de su profesión y constituye, en cierta manera, una manifestación del derecho constitucional al trabajo.
- Existe también un derecho que resulta muy importante en el ejercicio de la defensa penal, principalmente, el de la libre comunicación con su defendido y el de la inviolabilidad de su correspondencia con el imputado y los documentos que este le entregue para la defensa.
- Y como consecuencia, el derecho de secreto profesional (que constituye, a la vez, un deber), el cual le permite abstenerse de declararse como testigo sobre los referidos hechos. Exención que establecen, tanto los Códigos del Proceso Civil como el del Proceso Penal.
- En cuanto a los deberes, estos, en atención a la verdadera misión social del abogado y su actividad procesal -vista modernamente como de auxiliar del juzgador-, adquiriendo particular relevancia.”⁹⁸

La existencia del defensor ejerciendo el derecho de defensa del imputado confronta “...el principal problema del proceso penal, porque su propia existencia se funda en la posibilidad de diferenciar el ejercicio del poder penal

⁹⁸ VESCOVI, Enrique... Teoría del Proceso Penal, Editorial Temis S.A. Santa fe de Bogotá-Colombia (Segunda edición), 1999, p. 203.

de un simple derecho de fuerza. Sin garantías no hay proceso penal...sin proceso penal no hay proceso penal, sino pura fuerza del estado.”⁹⁹

“El abogado tiene la labor de comprender y hacerse comprender, para construir un puente que permita la comunicación entre quien debe juzgar y quien debe ser juzgado, a fin de buscar el enlace de este mundo precario de acontecimiento con aquel mundo eterno del debe ser del derecho, que debe es la justicia.”¹⁰⁰

La función que desempeña el defensor letrado es tan importante para la propia existencia del estado de derecho, que en aquellos casos que el imputado no tenga las posibilidades de nombrar bajo su propio peculio a su defensa el estado la asume, como prerrequisito del derecho procesal moderno, donde subyace el interés general y esta exigencia debe comprender tanto al imputado como al agraviado, que por sus escasos recursos económicos no pueda asumir la defensa de su causa.

⁹⁹ BINDER ALBERTO M... Política Criminal, de la formulación a la praxis, Editorial Adhoc S.R.L (primera edición), Lima-Perú, 1998, p. 66.

¹⁰⁰ ALZAMORA VALDEZ, Mario...La Profesión del Abogado, en: Chanamé Orbe, Raúl, Introducción al Derecho. Editora y Distribuidora Jurídica Grijley E.I.R.L, Lima-Perú, 1996, p. 522.

CAPITULO V

EL SERVICIO NACIONAL DE DEFENSA DE OFICIO

5.1).- GENERALIDADES

El Servicio Nacional de Defensa de Oficio fue creado en 1998 a través de la Ley N° 27019. Su finalidad ha sido desde entonces brindar defensa gratuita a personas de escasos recursos económicos y a aquellas que las leyes procesales determinen.

Inicialmente la ley limitó el ámbito de acción de los defensores de oficio a los “organismos policiales, fiscales y jurisdiccionales del país”, excluyendo inexplicablemente a los establecimientos penitenciarios. Esta omisión fue subsanada posteriormente por el Reglamento (Decreto Supremo N° 005-99-JUS).

La existencia de la Defensa de Oficio no se justifica simplemente en virtud de un mandato o disposición legal; la existencia y fundamento de la Defensa de Oficio se encuentra en la necesidad que tiene el Estado de asegurar el acceso a la justicia a todos los peruanos, en condiciones de igualdad jurídica, garantizando la igualdad de las partes, lo que se logra a través de la representación profesional de un Defensor de Oficio; toda vez que la justicia constituye uno de los valores fundamentales para conseguir la armonía en una sociedad.

Es así que la Defensa de Oficio surgió en el Perú ante la necesidad de defender al inculcado en materia penal. La defensa legal, constituye pues la piedra angular de nuestro desarrollo en materia de asistencia legal y representa la expresión de nuestra tradición jurídica.

Esta institución no siempre estuvo al servicio público. Su prestación estaba ligada a la buena voluntad de los Colegios Profesionales de Abogados y al tiempo de trabajo que los letrados pudieran otorgar para defender a los más necesitados.

Fue el Código de Procedimientos Penales de 1940 el que instauró normativamente la institución del Ministerio de la Defensa, que hoy constituye la base legal del actual Servicio Nacional de la Defensa de Oficio, a cargo del Ministerio de Justicia.

Hasta el mes de agosto de 1997, la Defensa de Oficio perteneció y estuvo a cargo del Poder Judicial, oportunidad en que mediante Decreto de Urgencia N° 082-97 del 29 de agosto, la Defensa de Oficio pasó a formar parte del Ministerio de Justicia, a través de la respectiva transferencia de recursos presupuestarios.

Posteriormente, mediante Ley N° 27019 del 15 de diciembre de 1998, se crea el Servicio Nacional de la Defensa de Oficio, a cargo de la Dirección Nacional de Justicia, órgano de línea del Ministerio, siendo propósito esencial de este Servicio, garantizar el derecho de defensa de las personas de escasos recursos económicos, así como en los casos en que las leyes procesales lo determinen; proveyendo para tal efecto de un abogado Defensor de Oficio.

En su intervención, se le requiere que comparezca al proceso para ejecutar una eficaz asistencia técnica, planificar su trabajo, valorar con el usuario las circunstancias del caso y fijar una estrategia, alejando la improvisación; es decir, su asistencia debe estar marcada por un verdadero ejercicio de la defensa técnica.

La entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal representa un aspecto trascendental en el proceso de reforma de la administración de la justicia penal, así como un giro profundo en nuestra tradición jurídico penal, lo que obliga a cambios impostergables.

“El fundamento de esta institución se encuentra en la necesidad de garantizar la igualdad a las partes a lo largo del proceso, a través de la representación profesional y de todos los beneficios que esta conlleva. Nace como una

obligación, independientemente de la voluntad de las partes, pudiendo incluso ser impuesta contra el deseo del imputado.”¹⁰¹

5.2).- AMBITO DE APLICACION

El artículo 8º del Reglamento de la Ley del SNDO establece que el servicio se brinda en los ámbitos jurisdiccional, fiscal, policial y penitenciario. Llama la atención, sin embargo, que se incluya dentro del ámbito jurisdiccional al Fuero Privativo Militar. Al respecto es necesario señalar que, según autoridades de la Dirección Nacional de Defensa de Oficio y Servicios Jurídicos Populares, dicho ámbito ha quedado excluido de la labor de los defensores de oficio a través de una disposición interna del Ministerio de Justicia.

Es así que el actual ámbito de actuación de la Defensa de Oficio comprende las Salas y Juzgados Especializados en lo Penal, los Juzgados Especializados en Familia, los Establecimientos Penitenciarios, las entidades policiales especializadas como la DININCRI, DINANDRO y DINCOTE, las Comisarías, los Módulos de Básicos de Justicia y los Consultorio Jurídico Populares o Módulos-ALEGRA, en los que los defensores de oficio prestan servicios de accesoria legal que no necesariamente implican un patrocinio o en donde se asumen casos de naturaleza natural y administrativos.

5.3).- DISTRIBUCION NACIONAL DEL SERVICIO DE DEFENSA DE OFICIO.

Nº	Distrito Judicial	Defensores de Oficio
1	Amazonas	10
2	Ancash	13
3	Apurímac	12
4	Arequipa	31
5	Ayacucho	20
6	Cajamarca	13
7	Callao	28
8	Cañete	8
9	Cusco	26

¹⁰¹ Justicia Viva, Manual del sistema peruano de justicia, op. cit., p. 110.

10	Huancavelica	10
11	Huánuco	14
12	Huaura	34
13	Ica	26
14	Junín	29
15	La Libertad	72
16	Lambayeque	28
17	Lima	195
18	Loreto	10
19	Madre de Dios	6
20	Moquegua	7
21	Pasco	6
22	Piura	19
23	Puno	18
24	San Martín	8
25	Santa	14
26	Tacna	11
27	Tumbes	8
28	Ucayali	12
-	Total	685

5.4).- DISTRIBUCION POR ENTIDAD ASIGNADA

Ya se ha visto que los defensores de oficio prestan servicios en actividades de investigación jurisdiccional y pre jurisdiccional, es decir dentro del marco del desenvolvimiento del Poder Judicial, las fiscalías, la Policía y los establecimientos penitenciarios.

Entidad	Nº de defensores
Salas Penales	115
Juzg. Especiales en Penal	222
Juzg. Especiales en Familia	116
Módulos Básicos de Justicia	41
Juzg. de Paz Letrados	06
Juzg. de Paz Letrados Comisarias	21

Establecimientos Penitenciarios	58
Dependencias Policiales	15
Consultorios Jurídicos Populares	02
ALEGRA	17
Total	613

5.5).- USUARIOS Y LAS ATRIBUCIONES DESEMPEÑADAS POR EL DEFENSOR DE OFICIO

En el artículo 32° del Reglamento de la Ley del SNDO señala que tienen derecho a la defensa de oficio las personas de escasos recursos económicos que son parte de procesos penales, ante juzgados especializados de familia o se encuentren sometidas a investigación policial.

Si bien la regla general es la gratuidad del servicio el artículo 34 del reglamento establece la obligación del pago de honorario profesionales a los usuarios que pierdan el beneficio de la defensa de oficio, en aplicación de alguna de las causales del artículo 33, como son:

- 1) Inducir a error a un defensor de oficio, falseando u ocultando la verdad.
- 2) Sugerir a su defensor de oficio la práctica de acto de corrupción.
- 3) Incumplir con sus deberes dispuestos en los inciso 5 (no usar expresiones agraviantes) y 6 (respeto a los magistrados y a las partes) del artículo 12° del Reglamento.
- 4) Ocultar su verdadera situación económica para beneficiarse indebidamente con el servicio de defensoría de oficio.
- 5) Por haber interpuesto recusación o denuncia contra su defensor de oficio y haber sido declarada infundada.
- 6) Por renuncia expresa a la defensa de oficio.

La norma no aclara a que entidad o persona debe efectuarse el pago.

Labores desempeñadas por los defensores de oficio:

Los defensores de oficio refieren que en concreto brindan los servicios siguientes:

- Difusión de la labor que realizan (charlas en establecimientos penitenciarios o en carpas en la vía pública).
- Asesoría jurídica (a personas que se aproximan por primera vez al SNDO).
- Participación en diligencias judiciales diversas (instructivas, inspecciones, lectura de sentencia, confrontaciones, etc.) a solicitud del juez encargado.
- Elaboración de escritos para juzgados (recursos).
- Patrocinio.

CAPITULO VI

UNA APROXIMACION A LA REALIDAD: FACTORES QUE LIMITAN EL EJERCICIO DEL DERECHO DE DEFENSA DEL INculpADO EN LA ETAPA DE INSTRUCCIÓN.

“Todo justiciable tiene derecho a ejercer una defensa adecuada de sus intereses en cualquier tipo de proceso; sin embargo este derecho adquiere significativa relevancia cuando se trata de un procedimiento penal, en el que está en juego la libertad y el patrimonio del imputado”¹⁰²

6.1) EXPLICACIÓN DEL DISEÑO, HIPÓTESIS, INTERROGANTES GUÍA Y METODOLOGÍA APLICADA

Dentro de los factores de índole operacional que limitan el ejercicio al derecho de defensa en nuestro país, a través del Sistema Nacional de Defensa de Oficio, por su amplitud requiere un examen empírico -jurídico concreto, con la finalidad de aproximarnos a la realidad de la actividad procesal de defensa y su incidencia en el Derecho de Defensa, motivo por el cual nos hemos concentrando objetivamente en el caso de personas privadas de la libertad, que se encuentran internas en el establecimiento penitenciario de San Pedro- ex Lurigancho- de la capital de la República; porque específicamente esta sede penal es la de mayor población penitenciaria en el país y donde existirían mayor porcentaje de personas de escasos recursos requirentes de defensor de oficio para preparar la estrategia de defensa previa a la declaración inductiva, que es el momento propiamente del inicio de la investigación judicial, considerando que la iniciación de la intervención jurisdiccional exige especiales concreciones de la figura del juzgador conforme lo señala la Constitución Política del Estado, respecto al contenido del Debido Proceso y el derecho de defensa materia de la presente tesis.

¹⁰² CUBAS VILLANUEVA, Víctor...El Proceso Penal – Garantías Constitucionales del Proceso Penal, Editorial Palestra (quinta edición), Lima-Perú, 2003, p. 44

Que el ánimo que nos impulsa durante el desarrollo de la presente tesis es plantear y lograr soluciones a un problema factico de relevancia no solo penal sino constitucional por cuanto hemos sido testigos de la vulneración del derecho de defensa de los imputados especialmente a nivel de la investigación judicial incluso en la etapa del juzgamiento desencadenando el hacinamiento en las cárceles del Perú y sin embargo aun cuando es una realidad problemática palpable diariamente en el desenvolvimiento del poder judicial no existido una real política de corrección institucional y legislativa, la única esperanza legitima está en la reforma del sistema procesal penal.

En atención a la hipótesis formulada:

Los factores que limitan el derecho de defensa del inculpado para comunicarse con su defensa de oficio y preparar la estrategia de defensa previa a la declaración instructiva, son varias, tales como:

- **El alto índice delincencial.**
- **La omisión del juzgador de notificar al defensor.**
- **Predominio de la cultura procesal inquisitiva.**

Hemos aplicado una ficha de encuesta, como instrumento de medición, para los fines de corroborar la hipótesis formulada; y la hemos dirigido a una masa significativa de la población (penitenciaria) del establecimiento penitenciario San Pedro – ex Lurigancho- Lima, correspondiente a los datos estadísticos que maneja el instituto nacional penitenciario del Perú, relativos al 10 de enero del 2009, los que fueron verificados *in situ* por información del director del mencionado establecimiento penitenciario: Coronel Oscar García Talledo. Precisándose que de un total de 10 518 internos se realizaron 510 encuestas. Es decir que del universo poblacional de internos la referida sede penitenciaria se alcanzo a encuestar un 5%, a fin de describir porcentualmente la problemática sujeta a análisis y explorar las alternativas de solución.

10 518 \longrightarrow 100

510 \longrightarrow x

$$X = \frac{510 \times 100}{10518} = \frac{51000}{10518} = 4.84 = 5\%$$

Por otro lado hemos realizado una exploración en el nivel de aprobación de los defensores de oficio por parte de los internos del establecimiento penitenciario San Pedro – ex Lurigancho a través de entrevistas exploratorias grupales. Con la finalidad de apreciar como perciben el proceso judicial instaurado en su contra con el desempeño de la defensa de oficio en la primera diligencia judicial, para validar los resultados cuantificados y enriquecerlos con sus propias explicaciones, porque a partir de las experiencias y óptica de aquellas personas privadas de su libertad es que consideramos que nos aproximamos con mayor rigurosidad al problema planteado verificación de hipótesis e implementación de soluciones.

En todo momento hemos tratado de no perder la dirección que el Debido Proceso inspira a nuestra tesis, en primer momento del contacto entre el juez -fiscal - imputado- y su defensor de oficio.

También hemos avocados nuestros esfuerzos a la entrevista de jueces de turno, quienes se encargan de atender y resolver la situación jurídica de los procesados para finalmente entrevistar a los defensores de oficio de turno.

La hipótesis planteada fue verificada a través de las técnicas de recolección de datos en las que indudablemente incluimos a las de observación resultando veraz el análisis explicativo probabilístico planteado frente al problema de la indefensión del imputado desde el primer momento de la intervención jurisdiccional; dejándose de lado garantías judiciales que cuestionan el debido proceso y por lo tanto la validez del proceso instaurado.

6.2) INTERROGANTES GUÍA DEL ANÁLISIS DEL PROBLEMA

Ha sido necesario tener presente el planteamiento del problema expuesto en el proyecto de investigación para poder desarrollar el marco teórico y factico necesario, correlativo al diseño de los instrumentos y técnicas de investigación aplicadas. Así resulta planteado el problema general de la que devienen otras

interrogantes problemáticas absueltas paralelamente tanto en el contexto teórico como experimental presentado en la tesis:

1. ¿Cuáles son los factores que limitan el derecho de defensa?
 - 1.1. ¿El derecho de defensa es una garantía constitucional contenida en el debido proceso?
 - 1.2. ¿El derecho de defensa es una garantía constitucional, procesal, penal respetada en el caso de los detenidos de escasos recursos que acuden a la defensa de oficio en el inicio de la instrucción?
 - 1.3. ¿Las limitaciones al ejercicio del derecho de defensa vulneran los derechos de los procesados en detención preventiva?
 - 1.4. ¿Cómo es apreciado el defensor de oficio por los usuarios del sistema nacional de defensa de oficio que se encuentran privados de su libertad?
 - 1.5. ¿Los detenidos de escasos recursos al inicio de la instrucción que acuden a la defensa de oficio tienen oportunidad y tiempo necesario para preparar su defensa?
 - 1.6. ¿ el reducido número de defensores de oficio perjudica el ejercicio del derecho de defensa de los detenidos de escasos recursos
 - 1.7. ¿Debe comunicarse al detenido los derechos que le asisten?
 - 1.8. ¿ la cultura procesal inquisitiva de los operadores del derecho perjudica el ejercicio del derecho de defensa del detenido de escasos recursos?

Por medio de la respuesta concreta a estas interrogantes pretendemos, en el caso de los internos sometidos a instrucción por denuncia fiscal y correlativo a auto apertorio de instrucción analizar el desenvolvimiento de la garantía procesal del derecho de defensa y por lo tanto respeto al derecho del debido proceso, por ser un derecho marco en cuyo contexto se desarrolla los demás derechos y garantías procesales, penales constitucionalizadas.

6.3) ANÁLISIS DE LA HIPÓTESIS PLANTEADA

6.3.1).- Interrogantes guía del análisis de la hipótesis planteada en la encuesta realizada a los internos del establecimiento penitenciario San Pedro – ex Lurigancho.

6.3.1.1).- La primera diligencia judicial y el servicio de defensa de oficio.

Formulación de la interrogante:

- ¿Diga UD. si en la primera diligencia judicial (ante el Juez) UD. tomo el servicio del defensor de oficio?

SI

NO

387 internos refirieron que **sí** tomaron el servicio de defensa de oficio y **123** internos refirieron que **no**.

510 \longrightarrow 100%

387 \longrightarrow X

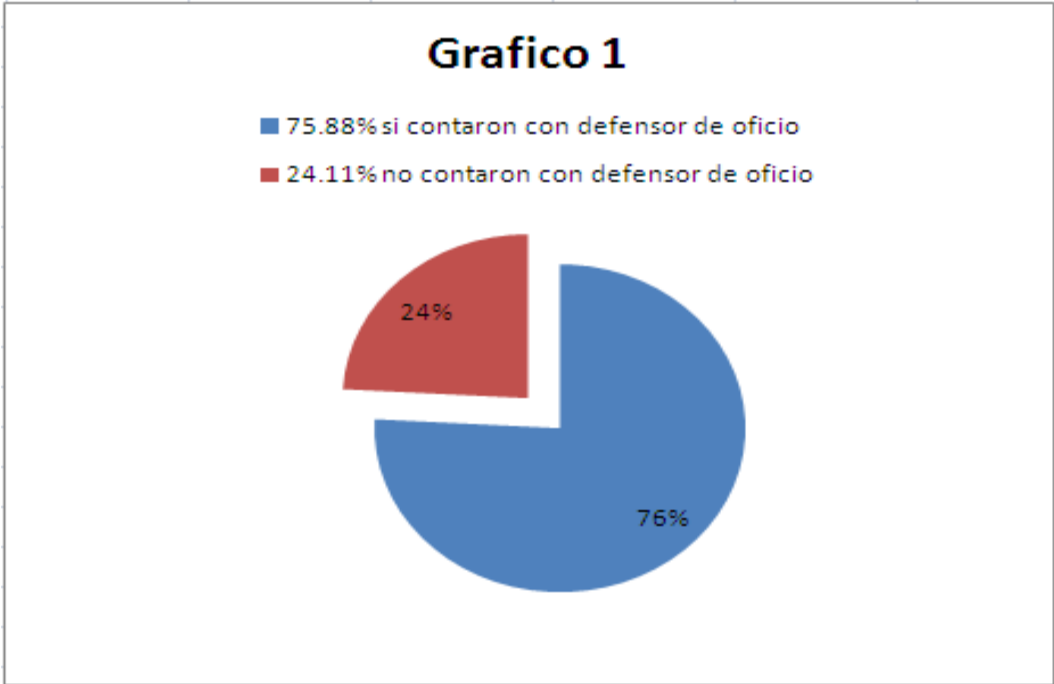
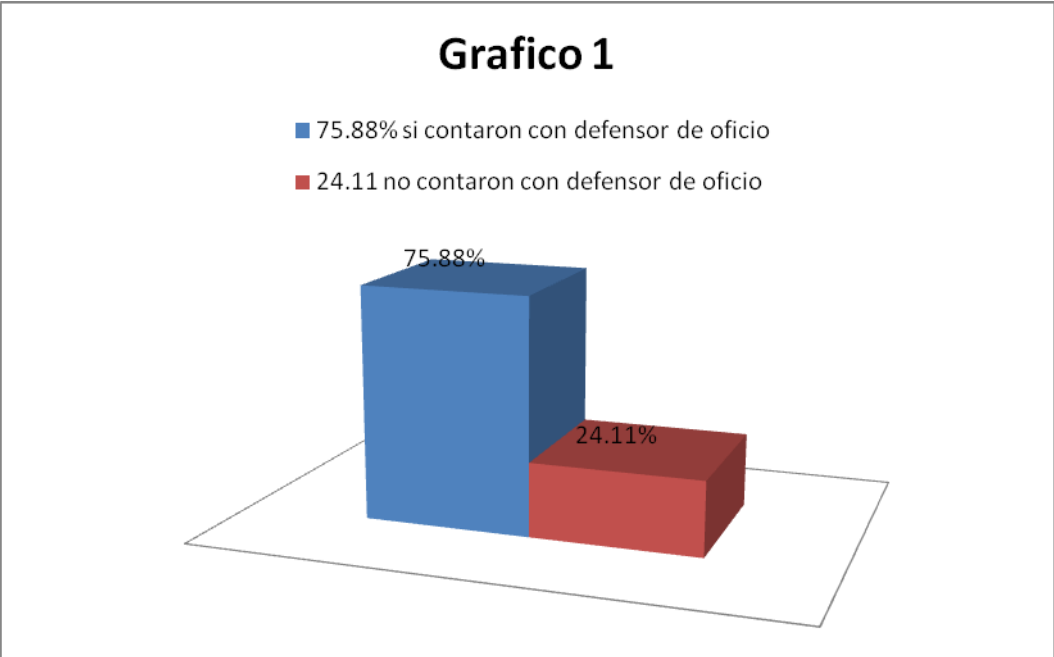
$$X = \frac{387 \times 100}{510} = \frac{38\,700}{510} = 75.88\%$$

510 \longrightarrow 100%

123 \longrightarrow X

$$X = \frac{123 \times 100}{510} = \frac{12\,300}{510} = 24.11\%$$

Resultado: más del 50% de internos del establecimiento penitenciario San Pedro – ex Lurigancho refirieron que tomaron el servicio de defensa de oficio.



6.3.1.2).- Oportunidad de planeamiento de estrategia de defensa antes del inicio de la primera diligencia judicial.

Formulación de la interrogante:

- ¿Diga UD. si tuvo oportunidad de conversas con el defensor de oficio antes del inicio de la primera diligencia judicial para preparar su defensa?

SI

NO

63 internos **si** tuvieron la oportunidad de conversar con el defensor de oficio y **324** internos **no**.

387 → 100%

63 → X

$$X = \frac{63 \times 100}{387} = \frac{6\,300}{387} = 16.27\%$$

387 → 100%

324 → X

$$X = \frac{324 \times 100}{387} = \frac{32\,400}{387} = 83.72\%$$

Resultado: más del 80% de internos de establecimiento penitenciario San Pedro – ex Lurigancho refirieron que no tuvieron la oportunidad de conversar con el defensor de oficio antes del inicio de la primera diligencia para preparar su defensa.

Grafico 2

- 16.27% de internos si tuvieron la oportunidad de conversar con el defensor de oficio
- 83.72% de internos no tuvieron la oportunidad de conversar con el defensor de oficio

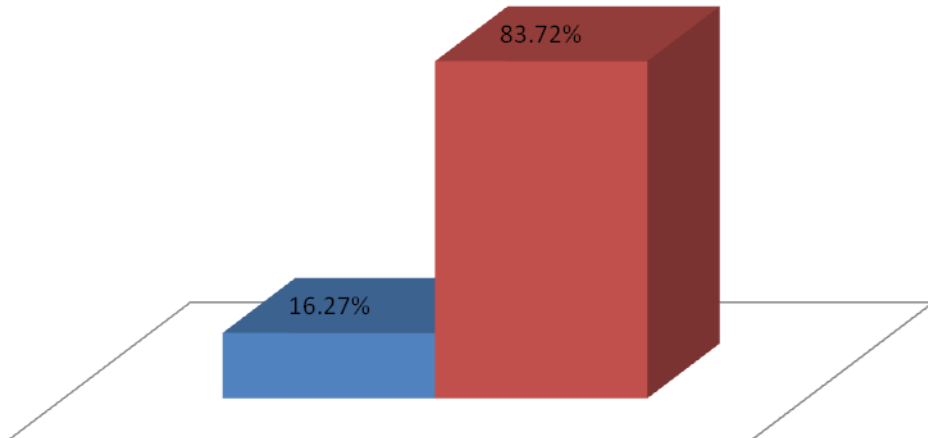
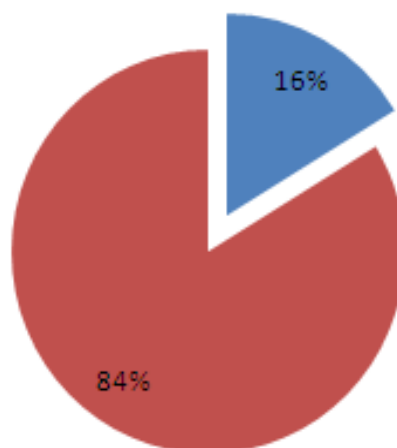


Grafico 2

- 16.27% de internos si tuvieron la oportunidad de hablar con su defensor de oficio
- 83.72% de internos no tuvieron la oportunidad de hablar con su defensor de oficio



6.3.1.3).- El alto índice delincencial, como factor limitante del derecho del procesado a comunicarse con el defensor de oficio, antes de la primera diligencia judicial para preparar su defensa.

Formulación de la interrogante:

- ¿Diga UD. si el alto índice delincencial (alto número de detenidos por diferentes delitos), limita su derecho a comunicarse con su defensor de oficio antes de la primera diligencia judicial, para preparar su defensa?

SI

NO

321 internos **si** creen que el alto índice delincencial limita su derecho a comunicarse con su defensor de oficio y **66** internos **no**.

387 → 100%

321 → X

$$X = \frac{321 \times 100}{387} = \frac{32\ 100}{387} = 89.94\%$$

387 → 100%

66 → X

$$X = \frac{66 \times 100}{387} = \frac{6\ 600}{387} = 17.05\%$$

Resultado: más del 80% de internos de establecimiento penitenciario San Pedro – ex Lurigancho refirieron que el alto índice delincencial limita su derecho a comunicarse con se defensor de oficio antes de la primera diligencia judicial, para preparar su defensa.

Grafico 3

- 89.94% de internos si creen que el alto indice delincencial limita su derecho a comunicarse con su defensor de oficio
- 17.05% de internos no creen que el alto indice delincencial limita su derecho a coumincarse con su defensor de oficio

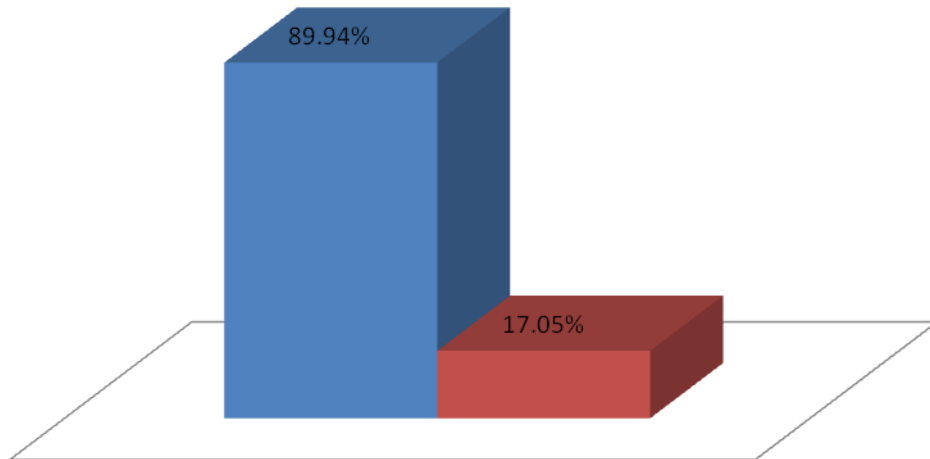
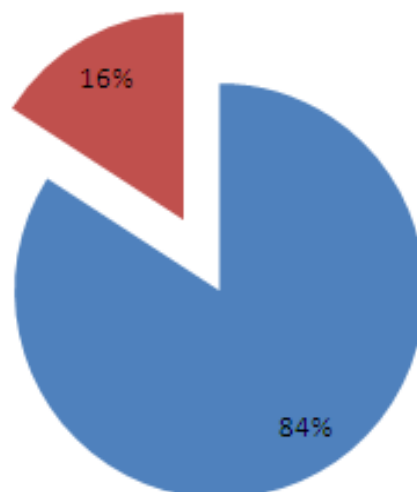


Grafico 3

- 89.94% de internos si creen que el alto índice delincencial limita su derecho a comunicarse con su defensor de oficio
- 17.05% de internos no creen que el alto índice delincencial limita su derecho a comunicarse con su defensor de oficio



6.3.1.4).- El escaso número de defensores de oficio, como factor limitante del derecho del procesado a comunicarse con el defensor de oficio, antes de la primera diligencia judicial para preparar su defensa.

Formulación de la interrogante:

- ¿Diga UD. si el escaso número de defensores de oficio limita su derecho a comunicarse con su defensor de oficio antes de la primera diligencia judicial, para preparar su defensa?

SI

NO

342 internos **si** creen que el escaso número de defensores de oficio limita su derecho a comunicarse con su defensor de oficio y **45** internos **no**.

387 → 100%

342 → X

$$X = \frac{342 \times 100}{387} = \frac{34\,200}{387} = 88.37\%$$

387 → 100%

45 → X

$$X = \frac{45 \times 100}{387} = \frac{4\,500}{387} = 11.62\%$$

Resultado: más del 80% de internos de establecimiento penitenciario San Pedro – ex Lurigancho refirieron que el escaso número de defensores de oficio limita su derecho a comunicarse con su defensor de oficio antes de la primera diligencia judicial, para preparar su defensa.

Grafico 4

- 88.37% de internos si creen que el escaso numero de defensores de oficio limita su derecho a comunicarse
- 11.62% de internos no creen que el escaso numero de defensores de oficio limita su derecho a comunicarse

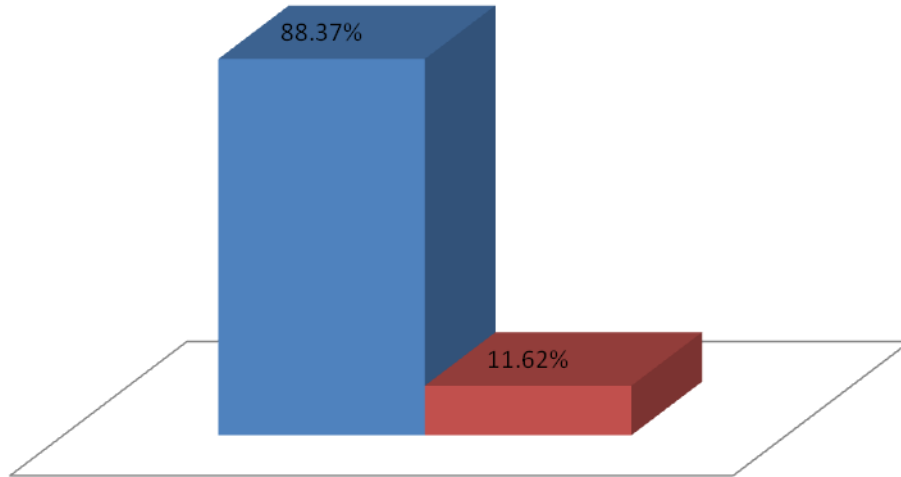
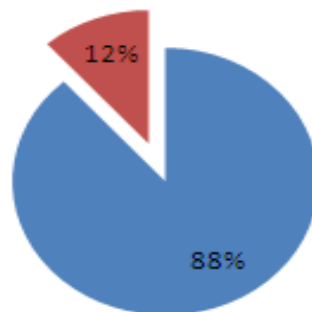


Grafico 4

- 88.37% de internos si creen que el escaso numero de defensores de oficio limita su derecho a comunicarse
- 11.62% de internos no creen que el escaso numero de defensores de oficio limita su derecho a comunicarse



6.3.1.5).- Desconocimiento del procesado de su derecho a tener un tiempo conveniente para preparar su defensa, antes del inicio de la primera diligencia judicial.

Formulación de la interrogante:

- ¿Diga UD. si le han notificado o comunicado que puede ser UD. asesorado por un defensor de oficio y luego tener un tiempo conveniente para preparar su defensa antes del inicio de la primera diligencia judicial?

SI

NO

20 internos **si** tuvieron la oportunidad de conversar con el defensor de oficio y **367** internos **no**.

387 \longrightarrow 100%

20 \longrightarrow X

$$X = \frac{20 \times 100}{387} = \frac{2000}{387} = 5.16\%$$

387 \longrightarrow 100%

367 \longrightarrow X

$$X = \frac{367 \times 100}{387} = \frac{36700}{387} = 94.83\%$$

Grafico 5

- 5.16% de internos si tuvieron la oportunidad de conversar con el defensor de oficio para preparar su defensa, antes de la primera diligencia judicial
- 94.83% de internos no tuvieron la oportunidad de conversar con el defensor de oficio para preparar su defensa, antes de la primera diligencia judicial

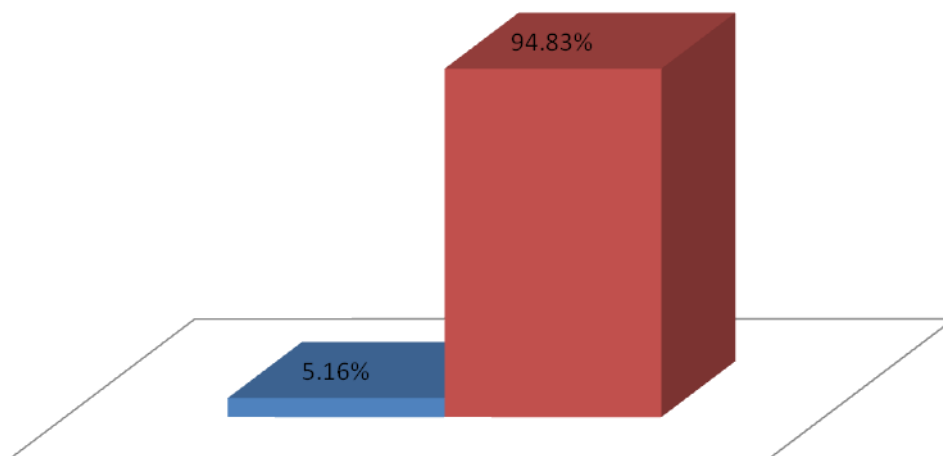
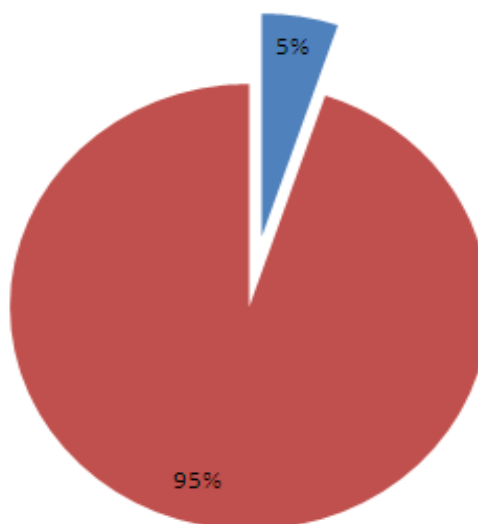


Grafico 5

- 5.16% internos si tuvieron la oportunidad de conversar con el defensor de oficio
- 94.83% internos no tuvieron la oportunidad de conversar con el defensor de oficio



6.3.2).- Análisis de la hipótesis planteada a partir de entrevistas exploratorias grupales.

Durante la conversación directa y observación de actitudes de los internos del establecimiento penitenciario San Pedro – ex Lurigancho, que grupalmente y espontáneamente expresaban su descontento con la labor actual de los defensores de oficio, con expresiones como las siguientes:

- “ESTAN DE MAS”.- el contenido de esta expresión estaba referido al sentimiento de indefensión experimentado.
- “ADEMAS NO REALIZAN EL TRABAJO CON ESMERO”.- el contenido de esta expresión trato de complementar la idea que no solamente sufren el escaso número de defensores de oficio como factor limitante a su derecho a la defensa para preparar su estrategia antes de su declaración instructiva sino que también los defensores de oficio no realizan su trabajo con esmero, indicando “parcialización, desentendimiento del caso desanimo o propiamente falta de comunicación entre el defensor y el usuario, para explicar las posibilidades reales del caso concreto.
- “UN PEQUEÑO PLAZO PARA COORDINAR LA DEFENSA”.- si bien es ciertos algunos internos expresaron que lograron conversar con el defensor de oficio antes del inicio de la primera diligencia judicial, se quejaron del limitado espacio de tiempo para coordinar su defensa.
- “CONVERSE MUY BREVE”; “CONVERSE TRES MINUTOS”; “CONVERSE DIEZ MINUTOS”; “CINCO MINUTOS NO FUE SUFICIENTE”; “DESCONOCE SI EL DEFENSOR DIO LECTURA AL EXPEDIENTE (antes de la primera diligencia judicial)”; “SI CONVERSE CON EL DEFENSOR, NO FUE SUFICIENTE”; “CONVERSE 30 MINUTOS”.- el contenido de estas expresiones coinciden en señalar que si bien lograron conversar con su defensor el tiempo no fue idóneo salvo en el último caso, porque también existieron palabras de conformidad con el trabajo del defensor de oficio, en un caso específico, en otros existió también conformidad con el trabajo del defensor de oficio porque expresaron que lograron conversar con el defensor pero no pueden

precisar si el breve tiempo de coordinación los perjudico o no en sus intereses.

- “NO COLABORAN COMO DEBERIAN COLABORAR”.- el contenido de estas expresiones denotan el descontento por la labor de los defensores de oficio.
- “SOLO QUIEREN TERMINAR SU DIA”.- incluso uno de ellos señalo que no declaro con defensor de oficio por cuanto no lo considero necesario y declaro sin defensor alguno.

En general los internos del establecimiento penitenciario San Pedro – ex Lurigancho que expresaron su apreciación negativa al desenvolvimiento del defensor de oficio en la primera diligencia judicial corroboran la observación realizada en el juzgado de turno permanente del Distrito judicial de Lima, donde los defensores de oficio solo acuden en el momento que el secretario del juez solicita su presencia demostrando una actitud pasiva en la defensa en la mayoría de casos, siendo apreciados como defensores de “último minuto”; materializadores de una defensa superficial o poco efectiva, parcialización con el juez o el fiscal, falta de anticipación razonable (debida) al defensor para preparar la estrategia de defensa de los detenidos que acuden a la defensa de oficio, por lo que al respecto consideramos globalmente las manifestaciones de una cultura procesal inquisitiva por lo antes dicho no solo en la figura del juzgador y del fiscal que deben plasmar y controlar el cumplimiento de las garantías procesales constitucionales como el derecho a la defensa, sino también en la persona del defensor de oficio

6.3.3).-Interrogante guía del análisis de la hipótesis planteada en la entrevista a los jueces de turno del distrito judicial de Lima.

- ¿En alguna oportunidad usted ha notificado al defensor de oficio para participar en la primera diligencia judicial con detenido a su cargo?

El 100% de los entrevistados refirieron que en ningún caso han notificado al defensor de oficio a fin de que se presente para

participar en la primera diligencia judicial con detenido a su cargo por cuanto existe un defensor de oficio asignado a cada juzgado penal de la ciudad de Lima e incluso de manera permanente por turnos de 24 horas en el juzgado de turnos permanente del distrito judicial de Lima, dejando constancia que las oficinas de defensores de oficio se encuentran en las mismas instalaciones del Poder Judicial lo que facilita el llamado inmediato en caso sea necesaria su presencia para la diligencia de declaración instructiva la misma que en general es la primera diligencia judicial con presencia del detenido que se realiza en los juzgados penales.

6.3.4) interrogante guía del análisis de la hipótesis planteada en la entrevista a los defensores de oficio de turno del distrito judicial de Lima.

- ¿En alguna oportunidad usted ha sido notificado para participar en la primera diligencia judicial con detenido usuario del derecho de defensa de oficio?

En esta primera interrogante el 100% respondió que no fue notificado para tomar reconocimiento del caso con anticipación y que solo acudió al llamado del juzgador.

- ¿Considera UD. necesario un tiempo previo de comunicación con el usuario del derecho de defensa de oficio para preparar la estrategia de defensa correspondiente al caso concreto?

En esta segunda interrogante aunque coincidieron en afirmar la necesidad de contar con un tiempo previo no solo de comunicación con el usuario, sino también de lectura del expediente relativo al caso admitieron que el tiempo que utilizan en la práctica para comunicarse con el usuario es mínimo o prefieren dar lectura - breve- a los actuados (lectura apresurada a los actuados) en algunos casos aunque por las recargadas labores no es materialmente posible por cuanto el expediente es manejado directamente por el secretario del juzgado y no se le requiere con

antelación debido al detenido respecto a su necesidad de defensor de oficio. Precisando que el detenido recién expresa su deseo de contar con la defensa de oficio cuando se inicia el interrogatorio sin embargo excepcionalmente debido a la recarga de expedientes con detenido solo se toman las generales de ley de este ultimo limitándose el defensor a formular la impugnación o apelación al mandato de detención de ser impuesta esta medida procesal coercitiva personal.

CONCLUSIONES

1. Se ha verificado la hipótesis con los resultado que arrojó la investigación realizada en la presente tesis cualitativa y cuantitativamente se ha demostrado la hipótesis planteada, es decir **Los factores que limitan el derecho de defensa del inculpado para comunicarse con su defensa de oficio y preparar la estrategia de defensa previa a la declaración instructiva, son varias, tales como:**
 - **El alto índice delincencial.**
 - **La omisión del juzgador de notificar al defensor.**
 - **Predominio de la cultura procesal inquisitiva.**
2. No se respeta el ejercicio del derecho de defensa del procesado o inculpado pese a la existencia de normatividad constitucional
3. la vulneración del derecho de defensa no permite que el procesado pueda comunicarse con el defensor de oficio e impide preparar la estrategia de defensa previa a la declaración instructiva.
4. En el Peru no se respeta el ejercicio del derecho de defensa del procesado pese a ser una garantía que goza de amparo normativo internacional, a través principalmente de las siguientes normas supranacionales: artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
5. Las limitaciones al ejercicio del derecho de defensa de los detenidos de escasos recursos perjudica directamente la elaboración de su estrategia de defensa y por lo tanto vulnera su derecho a la libertad.
6. El defensor de oficio es apreciado negativamente por los usuarios del sistema nacional de defensa de oficio que se encuentran privados de su libertad.

7. Los detenidos de escasos recursos que acuden a la defensa de oficio no tienen oportunidad y tiempo necesario para preparar su defensa.
8. Los detenidos de escasos recursos al inicio de la instrucción que acuden a la defensa de oficio son numerosos perjudicando su derecho de defensa debido al reducido número de defensores de oficio.
9. Debe comunicarse al detenido de escasos recursos que acude a la defensa de oficio su derecho a tener un tiempo adecuado para preparar con su defensor de oficio la defensa pertinente al caso concreto, en estricto cumplimiento en su derecho a la defensa.
10. Existe predominio de la cultura procesal inquisitiva en los operadores del derecho que perjudican directamente el derecho de defensa, concretamente detenido de escasos recursos que acude a la defensa de oficio, como es el caso de los internos del establecimiento penitenciario San Pedro – ex Lurigancho- Lima.
11. La Constitución Política del Estado defiende un modelo procesal penal garantista (acusatorio- garantista-adversarial) que no es aplicada a favor de los internos de escasos recursos económicos del establecimiento penitenciario San Pedro – ex Lurigancho – Lima, que acuden a la defensa de oficio.

RECOMENDACIONES

El desarrollo de la presente investigación, nos permite destacar la importancia de los derechos fundamentales íntimamente relacionados con la propia esencia de la Constitución Política del Estado y por supuesto con el derecho constitucional en armonía con sus normas de aplicación, que hacen posible la gobernabilidad de nuestro país. Por lo tanto en sujeción a las conclusiones arribadas podemos formular las siguientes recomendaciones:

1. Se debe crear el Ministerio de Defensoría de Oficio, como una institución autónoma a fin de darle preponderancia y especialización de vida a la figura del defensor de oficio, esto significa que es necesario fortalecer de manera institucional al derecho de defensa, a través del reconocimiento de la importancia de la defensoría de oficio.
2. Modificar la ley de defensoría y su reglamento, a fin de reforzar y dinamizar el respeto del derecho de defensa de oficio y difundir el Código de Ética del defensor de oficio, otorgando mayor concientización profesional a su labor.
3. Se debe aplicar inmediatamente, es decir con carácter de urgencia los principios garantistas procesales – penales – constitucionales como el derecho a la defensa a fin de garantizar el cumplimiento al debido proceso en nuestro país.
4. Se debe difundir el conocimiento a los derechos fundamentales a fin de lograr su irrestricto respeto, por todas las instancias (públicas o privadas) más aun cuando estas tienen la naturaleza de básicas, por que conforman el núcleo esencial de derechos.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- **ALVAREZ CONDE, Enrique**...Curso de Derecho Constitucional, Editorial Techos (cuarta edición), Madrid-España, 1952, pág. 457.
- **ALZAMORA VALDEZ, Mario**...La Profesión del Abogado, en: Chanamé Orbe, Raúl, Introducción al Derecho, Editora y Distribuidora Jurídica Grijley E.I.R.L, Lima-Perú, 1996, pág. 522.

- **ASENCIO MELLADO, José María...** Manual de Derecho Penal, Editorial Tirant Lo Blanch (segunda edición), Valencia-España, págs. 25-70-71.
- **BERNALES BALLESTEROS, Enrique...**Análisis Comparado de la Constitución de 1993, Editorial Constitución y sociedad, Lima-Perú 1996, pág. 568.
- **BINDER ALBERTO, M...** Política Criminal de la formulación a la praxis, Editorial Adhoc S.R.L. (primera edición), Lima- Perú, 1998, pág. 66-131-151-153.
- **BUSTAMENTE ALARCON, Reynaldo...**Derechos fundamentales y proceso justo, ARA, Lima – Perú, 2001, pág. 342.
- **CARNELUTTI, Francisco...** Derecho Procesal Civil y Penal, Editorial Oxford Biblioteca, Clásicos del Derecho Penal, págs. 29-217.
- **CAROCCA PEREZ, Alex...**Garantía Constitucional de la Defensa Procesal, Editorial José María Bosch, Barcelona-España 1998, págs. 13-16-21-22-120-171-527
- **CHAMORRO BERNAL, Francisco...**La Tutela Judicial Efectiva, Editorial Bosch S.A (primera edición), Barcelona-España, 1994, pág. 111-126-127-133.
- **CUBAS VILLANUEVA, Víctor...**El Proceso Penal – Garantías Constitucionales del Proceso Penal, Editorial Palestra (quinta edición), Lima-Perú, 2003, pág. 44.
- **DEL VALLE RANDICH, LUIS...** Derecho Procesal Penal, Parte General 2º tomo, Imprenta Editora Pérez Pacussich, pág.20.
- **DE LA OLIVA SANTOS, Andrés...** derecho Procesal Penal, Editorial Centro de Estudios Ramón Areos SA. (sexta edición), Madrid-España, 2003, pág. 896.
- **DIEZ PICAZO/GULLON...** Sistema de Derecho Civil, v. I, op. Cit., p. 160. PÉREZ LUÑO A. E. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, op. cit., pág. 276.
- **EDWARDS, Carlos...**Garantías Constitucionales en materia penal, Editorial Astrea, Buenos Aires-Argentina, 1996, pág. 101.

- En: NUÑEZ; Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, anotado, art. 296º N° 1, págs. 265 y ss., citado por MAIER, JULIO B., Derecho Procesal Penal Argentino, 1b, fundamentos. Edit. Hammurabi, Buenos Aires-Argentina, 1989, pág. 325.
- **ESPARZA LEIBAR, Iñaki**...”El Principio del debido Proceso”, Editorial José María Bosch, Barcelona -España 1995, págs. 16-25-241.
- **FAUNDEZ LEDESMA, Héctor**... “El derecho a un Juicio Justo”. En Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas; Junio, 1991, N° 80, págs. 138-179.
- **GIMENO SENDRA/ MORENO CATENA/ CORTES DOMINGUEZ**... Lecciones de Derecho Procesal Penal, Editorial Colex, Madrid-España, 2001, pág. 49.
- **GOMEZ COLOMER, Juan Luis**...Derecho Jurisdiccional, Editorial Tirant Lo Blanch (sexta edición), Valencia-España, 1997, pág. 248.
- **GONZALES BUSTAMANTE, Juan José**... Principio del Derecho Procesal Penal Mexicano, Editorial Porrúa (tercera edición), México, págs. 86-87-88-90.
- **GONZALES PEREZ, Jesús**... El Derecho a la Tutela Jurisdiccional, Editorial Civitas (tercera edición), 2001, Madrid, págs. 33- 57-69.
- **HUERTA GUERRERO, Luis Alberto**...El Debido Proceso en las decisiones de la Corte Sudamericana de Derechos Humanos, Editorial Comisión Andina de Juristas, Lima-Perú, 2003, pág. 57.
- **MAIER, Julio B.J**...Derecho Procesal Penal, T.I., Fundamentos, Editores del Puertos S.R.L. (segunda edición) BB. AA. – Argentina, 1999, pág. 543-583-843-844.
- **MESIAS, Carlos**...Exegesis del Código Procesal Constitucional, Editorial Gaceta Jurídica (segunda edición), Lima- Perú, 2005, pág. 119.
- **MONTERO AROCA, Juan**...Derecho Jurisdiccional, Editorial Tirant lo Blanch (sexta edición), Valencia-España, 1997, pág.79.
- **ORE GUARDIA, Arsenio**...Estudios de Derecho Procesal Penal, Editorial Alternativas (primera edición), Lima-Perú, 1993, pág. 295. Presentando artículo de Pablo Talavera Elguera.

- **QUIROGA LEÓN, Aníbal...** El Debido Proceso Legal en el Perú y el sistema interamericano de protección de derechos humanos y Jurisprudencia, Jurista editores, Lima, Perú, 2003. págs. 47-298-299.
- **RAMOS MENDEZ, F...**El Proceso Penal, pág. 16.
- **SAN MARTÍN CASTRO, César...** Derecho Procesal Penal, TI, Editorial. Grijley (segunda edición), Lima- Perú 2003. Págs. 42-43-70-71-86-109-113-119-120-288-289.
- **SANCHEZ VELARDE, Pablo...**Comentarios al Código Procesal Penal, Editorial Idemsa, Lima – Perú, 1994, págs. 46-109-110.
- **SERRERA CONTRERAS,**... El orden contencioso-administrativo en el Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial, "Revista Iberoamericana de Derecho Procesal", 1981. pp. 129 y ss.
- **VÉLEZ MARICONDE,**...Derecho Procesal Penal, T. II, Edit. Córdoba-Argentina, 1986, Actualizada por los Dr. MANUEL N. AYÁN Y JOSÉ I. CAFFERATA NORES, págs. 222-379-399 y ss.
- **VESCOVI, Enrique...**Teoría General del Proceso, Editorial Temis S. A, Santa Fe de Bogotá-Colombia, 1999, págs. 7-80-88-89-91-203.
- **ZAFFARONI, Eugenio Raúl...**Manual de Derecho Penal, Ediciones Jurídicas, BB. AA. - Argentina, 1986, pág. 48.

LINKOGRAFÍA

- Publicado en la Estafeta Jurídica Virtual de la Academia de la Magistratura del Perú, en <http://www.amag.edu.pe>
- <http://www.derechocambiosocial.com/rjc/Revista10/contradiccion.htm>
- <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/04945-2006-AA%20Resolucion.html>
- <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06260-2005-HC.html>

- <http://www.cinterfor.org.uy/public/spanish/region/ampro/cinterfor/temas/workers/doc/otros/xviii/cap1/i.htm>
- <http://www.minjus.gob.pe/noticias/noticias-popup.asp?strNoticiald=00135>
- http://www.ciberjure.com.pe/index.php?option=com_content&task=view&id=2342&Itemid=9

Diccionarios:

- DICCIONARIO JURIDICO OMEBA

ANEXOS

ENCUESTA

TEMA DE INVESTIGACION: EL DERECHO DE DEFENSA AL INICIO DE LA INSTRUCCIÓN JUDICIAL EN EL TRABAJO DEL DEFENSOR DE OFICIO.-

POBLACION: INTERNOS DEL ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO SAN PEDRO (Lurigancho).-

FECHA:

10 de enero del 2009 autorización de ingreso Director: OSCAR GARCIA TALLEDO quien señalo que en la fecha hay un total de 10 518 internos

INSTRUCCIONES: marque con un aspa la respuesta que considere conveniente:

PREGUNTAS:

1.- ¿diga UD. si en la primera diligencia judicial (ante el Juez) UD. tomo el servicio del defensor de oficio?

SI NO

2.- ¿diga UD. si tuvo oportunidad de conversas con el defensor de oficio antes del inicio de la primera diligencia judicial para preparar su defensa?

SI NO

3.- ¿diga UD. si el alto índice delincencial (alto número de detenidos por diferentes delitos), limita su derecho a comunicarse con su defensor de oficio antes de la primera diligencia judicial, para preparar su defensa?

SI NO

4.- ¿diga UD. si el escaso número de defensores de oficio limita su derecho a comunicarse con su defensor de oficio antes de la primera diligencia judicial, para preparar su defensa?

SI NO

5.- ¿diga UD. si le han notificado o comunicado que puede ser UD. asesorado por un defensor de oficio y luego tener un tiempo conveniente para preparar su defensa antes del inicio de la primera diligencia judicial?

SI NO

MUCHAS GRACIAS POR SU COLABORACION

14. Conclusiones y Recomendaciones.-

- Se debe difundir y promover el respeto al derecho de defensa en todos los ámbitos del desenvolvimiento jurídico penal, incluso administrativo; desde la formación de los estudiantes de pregrado, lo que significa un replanteo del contenido del programa curricular profesional de derecho y ciencias políticas en las universidades de nuestro país a fin de afrontar la problemática del compromiso, por el respeto de los derechos fundamentales y propiamente de aquellas garantías del procedimiento procesal penal.
- La constitucionalización del derecho procesal penal exige una mirada inmediata a la Carta Magna en el proceso de defensa de una garantía tan importante del derecho procesal penal como es el derecho de defensa.
- La legitimidad de un estado social y democrático de derecho depende de la viabilización de las garantías constitucionales como el derecho de defensa a cargo del estado.
- El proceso penal desarrollado conforme la constitución solo es posible a través del cumplimiento del debido proceso y por lo tanto de los derechos y principios de la función jurisdiccional, entre los que destaca el derecho de defensa por ser una de las bases del respeto a la dignidad humana.
- El Perú necesita que los defensores de oficio se han personas académicas y experimentalmente preparadas, es decir, idóneas en el desempeño del cargo a fin de lograr su fiel cumplimiento mas allá del formalismo legal estableciendo propiamente su intervención un mecanismo de lucha a favor de la justicia.
- El Sistema Inquisitivo predominante en legislación nacional nos presenta a un juzgador concentrador de poderes de investigación judicial (instructor) y sentenciador simultáneamente lo que vulnera el principio de imparcialidad judicial que debe distinguir al trabajo jurisdiccional.
- Se debe reformar plenamente el Sistema Procesal Penal a fin de otorgarle al defensor de oficio y a través de este al derecho de defensa la preponderancia debida para lograr un juicio justo más aun

cuando el derecho de defensa está reconocido por la norma constitucional e internacional.

- Se debe viabilizar mecanismos de implementación en el sistema de trabajo del defensor de oficio a fin de lograr el cumplimiento de sus fines y el respeto al derecho de defensa, especialmente en el caso de las personas de escasos recursos económicos quienes encuentran en el defensor de oficio su única esperanza de libertad, debiendo por ejemplo tomar conocimiento exacto anticipado o debido conforme a la necesidad de defensa del caso para luego comunicarse con el usuario defendido y finalmente diseñar la estrategia de defensa que debe utilizarse en la primera diligencia de declaración instructiva.
- En el Perú desde la primera diligencia de declaración instructiva en el proceso penal denota un desarrollo limitador al derecho de defensa del imputado para comunicarse correctamente con su defensor de oficio, quien con conocimiento de causa (lectura del expediente en curso y análisis de las evidencias incriminadoras o pseudo incriminadoras) podrá plantear una estrategia de defensa con respeto a las facultades que le han sido confiadas (al defensor de oficio).
- No existe racionalidad ni proporcionalidad en relación a la carga procesal que debe de hacer frente el defensor de oficio para el pleno cumplimiento del derecho de defensa, especialmente en el caso de la defensa de las personas de escasos recursos económicos a través del Sistema Nacional de Oficio.
- El defensor de oficio del Ministerio de Justicia tiene a su cargo una misión trascendental que consiste en la propia defensa de la dignidad humana, por lo tanto el abogado debe ser un técnico jurídico preparado que ejerza su función en forma idónea.