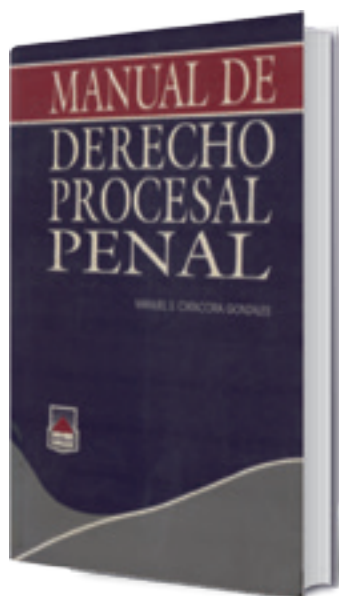


MANUAL DE DERECHO PROCESAL PENAL¹

SELECCIÓN DE FRAGMENTOS

LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL PROCESO PENAL PERUANO

Gratuidad. Debido proceso. Instancia plural o derecho a recurrir. Indemnización por errores judiciales. Presunción de inocencia. Cosa juzgada. Ejercicio público de la acción penal. Exclusividad de la función jurisdiccional. Libertad. Carácter imperativo de la ley procesal. Interpretación restrictiva de ley procesal. Legitimidad de la prueba. Derecho de defensa.



La palabra principio tiene muchas acepciones, una de ellas es la que consigna la Real Academia de la Lengua Española cuando dice: “norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta”. Otros como BASADRE, dicen que, principios o ideas jurídicas son los fundamentos teóricos de las normas que las justifican o explican; en tanto que ORGAZ designa como tal, al criterio fundamental y universal que forma base de apreciación y solución de las situaciones y cuestiones jurídicas.

El Derecho, como construcción social, responde a determinadas exigencias colectivas producidas en un

¹ Selección del editor, fragmentos del libro Lecciones de Derecho Procesal Penal. Cultural Cuzco, 1990.

momento histórico, que se inspiran en necesidades o intereses predominantes en ese tiempo y en las valoraciones éticas vigentes.

Entonces, cada reforma legal tiene que marchar al compás de lo que la sociedad, políticamente organizada, se propone realizar de acuerdo a las aspiraciones comunes, sino de la totalidad, por lo menos de la mayoría de sus habitantes. Los pueblos y los Estados, en su evolución y desarrollo expresan a través de su legislación sus peculiaridades históricas.

Por eso, los Estados, de tiempo en tiempo, varían su esquema político normativo a través de sus Constituciones que retratan en buena cuenta un ideal de realizaciones. Esa Constitución, sirve entonces de base y marco teórico, alrededor del cual se construyen las demás normas como los códigos, leyes orgánicas, etc. El Derecho Procesal no puede sustraerse a esta norma y lo que es más importante, el Derecho Procesal Penal es el que más atención merece en las Constituciones modernas. Por eso, tienen razón los que dicen que el Derecho Procesal Penal es el que mejor retrata la historia política de un país.

En los últimos años se ha considerado necesario, al redactarse los códigos nuevos, mostrar las ideas fundamentales, básicas que han orientado su redacción, los que consignan en el título preliminar con diversos nombres. Por ejemplo, en el Código de Enjuiciamientos en materia penal de 1920, se utilizó la expresión “Disposiciones Generales”. Al igual que el Código de 1940 que se redactó en el afán de adaptar el Código de Procedimientos en materia criminal de 1920 al Código Penal de 1924. En el derecho comparado, la mayoría de los Códigos modernos han preferido la denominación: “Disposiciones Generales (Uruguay y Colombia). El proyecto de Código modelo para Latinoamérica de Maier y el proyecto para la República Argentina, que es exactamente igual, utilizan la frase: Principios Básicos.”

Sobre este tema ha ocurrido algo que no podemos soslayar, el Código Procesal Penal aprobado por el Decreto Legislativo 638, consideraba en el Título Preliminar, un subtítulo denominado “Principios Generales”, con diez artículos. Posteriormente, en el proyecto preparado por la Comisión Especial Revisora, creada por la Ley 26299, se varió la denominación por la de “Principios Fundamentales”. Finalmente, en el Código aprobado por el Congreso de la República en diciembre de 1995 y que ha sido observado por el Poder Ejecutivo, se prescinde de la expresión “Principios” y se desarrollan diez artículos bajo la frase “Título Preliminar”. Por eso, aunque el proyecto no lo reconozca, tenemos que admitir que en el Título Preliminar no hay otra cosa que principios y derechos.

Obviamente, estos diez artículos que en buena cuenta sintetizan los lineamientos doctrinarios que han inspirado su redacción y que han de servir como criterios orientadores de su aplicación, no son sino la actualización de otras normas de mayor rango como son: La Constitución Política, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Declaración Universal de Derechos Humanos. En principio hubo la necesidad de señalar las posibilidades y las limitaciones de las personas y entidades comprometidas en la administración de justicia penal. Estas posibilidades, poderes, derechos y facultades no sólo responden a motivaciones deontológicas, sino también lógicas.

Como quiera que en el proceso penal no sólo intervienen personas con misiones distintas y específicas, sino también diferentes formas de comportamiento, tiene que reconocerse que son muchos los principios que deben respetarse. Así, por ejemplo, hay principios inherentes a la jurisdicción, otros a la estructura misma del proceso, como principios correspondientes a cada una de las etapas del proceso. De otro lado, los autores tampoco son uniformes al clasificarlos. De lo que se ocupa el Título Preliminar es de los principios inherentes al proceso en forma genérica, puesto que hay principios relativos al juicio, a la prueba, etc. Antiguamente los principios eran pocos; con el tiempo han aumentado y variado. Son, algo así, como la jerarquía mayor dentro de la norma procesal. Constituyen, pues, los principios generales del Derecho en el proceso penal a que se refiere el inciso 8) del artículo 139 de la Constitución.

Los principios tampoco pueden considerarse válidos para todos los tiempos, porque pueden variar por las transformaciones sociales. En la Constitución figuran, unas veces como derechos fundamentales de la persona y otras como garantías de la administración de justicia.

En ese sentido, debe tenerse en cuenta que en la doctrina estos principios persiguen cuatro finalidades:

“El Derecho, como construcción social, responde a determinadas exigencias colectivas producidas en un momento histórico, que se inspiran en necesidades o intereses predominantes en ese tiempo y en las valoraciones éticas vigentes.”

- a) Orientan la actividad de los jueces, fiscales y de quienes intervienen en el proceso, al aplicar los dispositivos del Código cuando no hay una disposición expresa para un caso particular no previsto.
- b) Reconocen atributos y garantías especiales a las personas que directa o indirectamente se ven involucrados en un proceso penal.
- c) Orientan la aplicación o interpretación de la ley, al caso concreto. Precisamente la interpretación sistemática tiene su fuente en los principios fundamentales.
- d) Inspiran la función legislativa posterior. O sea que las nuevas leyes procesales que se den en el futuro deben adecuarse a estos principios.

Estos principios no pueden concebirse aisladamente, sino que son enlazados, la forma cómo está redactado el articulado revela que hay varios principios dentro de un mismo artículo, y en otros casos, no han sido reiterados.

Para desarrollar este tema vamos a seguir el orden establecido en el proyecto del Código Procesal aprobado por el Congreso en diciembre de 1995. A pesar de que en éste no se han tomado en cuenta otros principios importantes como el de la celeridad, motivación de los fallos, etc.

El principio de celeridad, reconocido por el artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y consagrado por el inciso 3 c) del artículo 14 del Pacto Internacional, en el sentido de que toda persona tiene derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas, en concordancia

“ El principio de la igualdad ante la ley, en un país como el nuestro, será una ficción si no se ofrece a la población una justicia gratuita.

al “plazo razonable” que se indica en el inciso 19 del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cobra actualidad, si se tiene en cuenta que uno de los grandes problemas de la administración de justicia peruana, es y ha sido la duración prolongada de los procesos.

El artículo I del Proyecto aprobado por el Congreso, considera tres principios: gratuidad, debido proceso y recurribilidad; y el derecho a la indemnización por los errores judiciales.

Gratuidad

El principio de la gratuidad, antes no reconocido como tal, sino como una especie de gracia para los litigantes de escasos recursos económicos. En tal virtud, no fue concebido como una condición para el desarrollo de una administración de justicia en igualdad de condiciones, porque el acceso a ella estaba supeditado a determinados gastos.

En un país de grandes contrastes sociales, económicos, hasta étnicos, lo menos que puede ofrecerse es la facilidad para el acceso a la justicia. Este ha sido tal vez el aspecto más descuidado de nuestro sistema. De nada valen los demás principios, si la búsqueda de la justicia ha de ser onerosa, más aún en un país donde la mayoría de la población apenas cuenta con recursos que le permiten sobrevivir.

El principio de la igualdad ante la ley, en un país como el nuestro, será una ficción si no se ofrece a la población una justicia gratuita.

Si la administración de justicia es un servicio público importante del Estado, como lo es la educación o la salud, no hay razón para que le cueste ya sea al imputado o agraviado. Es absurdo que, para reclamar cien, tenga que gastarse como mil. Lo que se gasta o puede gastarse en un proceso penal, se convierte en un instrumento de discriminación, sobre todo cuando este gasto es indebido como la prebenda, el agasajo, la coima, frecuentes en nuestro medio. No obstante de que la Constitución en el inciso 16) del artículo 139 garantiza la gratuidad de la administración de justicia y la defensa gratuita para las personas de escasos recursos, el cobro de papeletas, boletas todavía existen. En la Constitución del 79, artículo 233 literal c), sólo se garantizaba la defensa gratuita en el campo penal.

La Ley Orgánica del Poder Judicial reafirma este principio, cuando en el artículo 24 segundo párrafo, señala que la gratuidad tiene carácter general en materia constitucional, penal, laboral y agraria, y las demás que señala la ley.

Queda sobreentendido que las personas que intervienen en el proceso deben percibir remuneraciones otorgadas por el Estado. Los Códigos, en los capítulos correspondientes, establecen que el personal que necesariamente interviene en el proceso, debe estar al servicio del Estado, como lo es el caso del Instituto de Medicina Legal para ciertos peritajes, y de entidades públicas, para los informes y estudios especializados, procurando no recurrir a personas particulares, sino en casos extremos y a condición de que no sean remunerados por las partes, sino por el Estado.

Debido proceso

El denominado debido proceso, tiene su expresión primera en el artículo 109 de la Declaración Universal de Derechos Humanos cuando dice: “a ser oída públicamente y con justicia” y que resulta más explícito en el inciso 1) del artículo 14 del Pacto Internacional “a ser oída públicamente y con las debidas garantías”, expresión que se reproduce en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Constitución de 1993, artículo 139.3 reconoce como un principio de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso. Podría afirmarse que el segundo párrafo de la disposición constitucional que acabamos de mencionar, involucra al principio del juez natural, del cual no se ha ocupado el Título Preliminar del Proyecto. El principio o derecho al juez natural pretende que una persona sólo puede ser juzgada por un juez establecido de antemano. Las leyes orgánicas señalan los requisitos y forma de los nombramientos judiciales, para conocer, no determinado hecho, sino para todos los casos que se produzcan en el futuro.

La mención de este principio podría parecer redundante, porque todos los principios que se han tratado y los que se van a seguir examinando conforman el debido proceso, pero vale la oportunidad para recordar que el proceso se integra por etapas en las cuales los actos apuntan a un objetivo conducente a cada una de ellas y se encuentran debidamente regulados por la ley. Así, cada parte o sujeto tiene deberes y derechos, de acuerdo al rol que le corresponde en el proceso, el cual no puede desenvolverse arbitrariamente. El debido proceso se desarrolla cumpliendo exactamente la norma que para cada situación se ha previsto y, de este modo, asegurar las condiciones para que la justicia penal se administre como corresponde, evitando que la autoridad afecte los derechos fundamentales de la persona.

La Constitución, en el artículo 139.10, asegura como principio el de no ser penado sin un proceso judicial, el mismo que debe llevarse a cabo con respeto de las demás garantías que contiene la mencionada norma. El debido proceso no es un principio aparte, sino el acatamiento a todos los demás principios y preceptos que constituyen la base del proceso penal que se pretende aplicar.

Instancia plural o derecho a recurrir

Desde que el Estado reserva para sí el ius puniendi se ve en la necesidad de declarar una serie de derechos y garantías protectoras de los ciudadanos para impedir la eventual arbitrariedad de aquél.

La administración de justicia no sería eficiente si no se le agrega un mecanismo de control que posibilite la revisión de las decisiones, a fin de corregir los errores consustanciales a la naturaleza humana. Por ello, existe la instancia plural a que se refiere el artículo 139.6 de la Constitución. No basta que haya un juez predeterminado y competente, sino que debe haber la garantía de que un juez de mayor rango revise y enmiende los equívocos que por descuido, ignorancia o malicia puedan cometer esos jueces naturales. Para ello también se han creado los recursos impugnatorios que la ley procesal señala de acuerdo a la naturaleza de cada asunto. No es suficiente, pues, que haya un juez predeterminado y competente, sino también que sus arbitrariedades voluntarias o involuntarias puedan ser enmendadas.

“El debido proceso no es un principio aparte, sino el acatamiento a todos los demás principios y preceptos que constituyen la base del proceso penal.”

El derecho a los recursos se halla previsto en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de acuerdo al cual: Toda persona culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y que la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal Superior, conforme a lo previsto por la Ley.

El principio de la instancia plural, que en otras legislaciones se le nombra con el doble grado o derecho a recurrir, se halla previsto en el literal h) del inciso 2) del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que reconoce como derecho, el de recurrir el fallo ante Juez o Tribunal Superior.

Como puede observarse, tanto el Pacto Internacional como la Convención Americana se refieren a los fallos. Aun cuando el Pacto se refiere únicamente a los fallos condenatorios, la Convención utiliza una expresión más genérica, porque se extiende a toda clase de fallo. La Constitución utiliza la frase: pluralidad de la instancia, que se puede interpretar en el sentido de que se refiere a toda clase de sentencias, así como a las resoluciones, a las que se permite recurribilidad. No puede concederse apelación a toda clase de resoluciones, so pretexto de instancia plural, puesto que algunas tienen previsto por la ley, el recurso que les es propio. De lo contrario, los juicios serían interminables.

Por lo tanto, ya no podrá hablarse más de la instancia única que proclamaba el artículo 1 del Código de Procedimientos Penales, aunque en la práctica no pasó de ser una mera declaración teórica.

La instancia plural, sin embargo, ha sido cuestionada por quienes sostienen que permitir que un juez o tribunal superior revise la sentencia con base a las actas de la primera instancia, es hacer prevalecer al juez peor informado, sobre el mejor informado, si se tiene en cuenta que es imposible una reproducción de toda la prueba para evaluarla debidamente. Pues, autorizar una nueva fase probatoria significaría la creación de otra primera instancia, pero no la de una verdadera segunda instancia. Aun en el caso de que se abriera una segunda instancia, no superará nunca a la primera por la negativa influencia que produce el transcurso del tiempo al permitir la pérdida de espontaneidad en las declaraciones y de valiosos elementos de prueba, aparte de que alargan el pronunciamiento.

Sin embargo, el uso de la escritura permite condensar en el acta, lo más importante de las diligencias; el aporte de la técnica y la tecnología para la obtención y evaluación de las pruebas, permiten un conocimiento suficiente sobre los hechos al tribunal colegiado y advertir los errores del juez de primera instancia para enmendarlos. Siendo esto así, no se trata de una verdadera instancia, sino de una revisión a través del recurso impugnatorio.

Aquí, es decir, en lo que se llama segunda instancia, la mayor garantía está en su integración plural y su idoneidad, porque los jueces revisores siempre son mayores en número y en experiencia. Así, la aparente implicancia existente entre lo que se puede considerar doble instancia y el juicio oral y público, quedaría superado. Es más, la existencia del recurso de casación, aparte de los de apelación, asegura con más eficacia el control. Aun cuando la casación no es instancia, cumple la función de asegurar una correcta aplicación de la ley en la forma y en el fondo. Por eso, el vocablo “instancia”, en esta parte, no tiene que tomarse exactamente en la acepción “conjunto de actuaciones practicadas que culminan en una resolución, dentro de un orden jerárquico”.

“ En lo que se llama segunda instancia, la mayor garantía está en su integración plural y su idoneidad, porque los jueces revisores siempre son mayores en número y en experiencia. ”

Lo que se quiere es que, un juez de rango superior revise la correspondencia o no de una decisión impugnada con la voluntad de la ley; tanto en la crítica y la revisión de una decisión, obliga al segundo decidente a valerse de los elementos que inspiraron al primero y no a proceder a una nueva actuación probatoria. Por lo mismo, los jueces menos experimentados están destinados al procedimiento del primer grado, y los más expertos al conocimiento de la impugnación.

La Ley Orgánica del Poder Judicial señala, con mayor amplitud, cuando en el artículo 11 declara que las resoluciones judiciales son susceptibles de revisión, con arreglo a ley, en una instancia superior; que la interposición de un medio impugnatorio constituye un acto voluntario del justiciable; y, que lo resuelto en segunda instancia constituye cosa juzgada.

Eso quiere decir que la impugnación sólo procede para los casos contemplados en la ley y que debe ejercitarse en la forma que ella establece.

Indemnización por errores judiciales

El artículo 139.7 de la Constitución consagra como garantía de la administración de justicia la indemnización por los errores judiciales cometidos en los procesos penales así como por las detenciones arbitrarias, sin perjuicio de las responsabilidades que determine la ley. El artículo I del Código es más explícito al reconocer la indemnización sólo por los errores judiciales en general sin referirse a las detenciones ordenadas o mantenidas de manera arbitraria o negligente.

La posición peruana es diferente a la contenida en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La Constitución reconoce el derecho indemnizatorio a toda clase de errores judiciales a condición de que se hayan producido en un proceso penal. Eso quiere decir que no sólo los sentenciados tienen derecho a indemnización, sino los detenidos preventivamente y los que por cualquier otro medio sufrieron la privación de su libertad. El Pacto Internacional destina dos normas. El artículo 9.5 reconoce la reparación para toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, en tanto que el artículo 14.6 aclara que cuando una sentencia condenatoria haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de la sentencia deberá ser indemnizada conforme a ley. En cambio, el literal b) del artículo 10 de la Convención Americana, considera sólo al que ha sido condenado en sentencia firme por error judicial. Ambas indemnizacio-

nes han sido materia de la Ley 24973, la cual define los alcances de cada una de ellas. Así en el artículo 3 señala que tienen derecho a indemnización por error judicial: a) Las personas que en juicio de revisión obtienen resolución de la Corte Suprema que declara la sentencia errónea o arbitraria; y b) Los que han sido sometidos a proceso judicial y privados de su libertad como consecuencia de éste, y obtenido posteriormente auto de archivamiento definitivo o sentencia absolutoria.

La misma ley (artículo 2), señala que tiene derecho a indemnización por detención arbitraria, quien es privado de su libertad por la autoridad judicial o administrativa sin causa justificada o, existiendo ésta, se excede de los límites fijados por la Constitución o por la sentencia, o el que no es puesto oportunamente a disposición del juez competente dentro del término establecido por la Constitución.

El monto de la indemnización por error judicial se fija a prudente arbitrio del juez en atención al daño moral o material causado a la víctima, acreditada fehacientemente, pero su importe no puede ser inferior al salario mínimo vital vigente para los trabajadores de la industria y comercio de la provincia de Lima, ni superior a diez veces éste por cada día. Para ambos casos, se crea un Fondo Nacional Indemnizatorio de Errores Judiciales y Detenciones Arbitrarias, que tiene diversas fuentes de ingreso y se establece un procedimiento especial en la vía civil para su cobro.

El supuesto en el error judicial es que no haya habido intención dolosa en las autoridades, sino en otros factores como ignorancia, negligencia, ausentes de mala intención. Pues, en estos últimos, aparte de la indemnización que corresponde al Estado, los infractores serán pasibles a las sanciones penales o extrapenales que puedan señalarse de acuerdo a la naturaleza y gravedad del perjuicio. Por eso, tratándose de detenciones arbitrarias, el mandato constitucional concluye “sin perjuicio de la responsabilidad de quien las ordena”. Aparte de estos mecanismos, la ley ha previsto otros como el de la indemnización del daño causado, dispuesto por el literal c) del artículo 11 de la Ley 23506 cuando se identifica al responsable de la agresión al declararse fundadas las acciones de hábeas corpus y amparo.

Finalmente, existe la Ley 24979 sobre responsabilidad civil de los jueces, cuando en el ejercicio de sus funciones, actuando con dolo, culpa, negligencia o ignorancia inexcusables tramiten las acciones o emitan resoluciones, contraviniendo las garantías constitucionales y legales de la administración de justicia.

Presunción de inocencia

El artículo II se refiere al principio de inocencia, cuyo origen se remonta a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano aprobada por la Convención Francesa el 02 de octubre de 1789, cuando en el artículo 9 se manifestaba que debía presumirse inocente a todo hombre, mientras no haya sido declarado culpable, etc.

El párrafo 1 del artículo 119 de la Declaración Universal expresa: “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a Ley (....)”, en términos semejantes se pronuncia el Pacto Internacional en el artículo 14.2 y el artículo 8.2 de la Convención Americana.

Nuestra Constitución en el literal e) del inciso 24 del artículo 2, afirma que toda persona es considerada inocente y que sólo después de una sentencia firme se le aplicará la pena o medida de seguridad correspondiente.

Presunción en el mundo forense significa algo que por ministerio de la ley se tiene como verdad, lo que por mandato legal se tiene como verdadero mientras no exista prueba en contrario.

Para otros, la presunción es el resultado del proceso lógico que consiste en pasar de un hecho conocido a otro desconocido, de modo que el indicio sería el hecho conocido del que se parte para establecer la presunción. Desde este punto de vista se habla de muchas clases de presunciones. Dentro de ellas estaría la presunción de inocencia, en virtud de la cual la carga de la prueba del delito y de la participación del procesado incumbe al acusador, desde que la duda beneficia al acusado, y éste debe ser tratado como inocente, hasta que no se pronuncie contra él, la condena definitiva. Esta sería la doctrina aceptada por el proyecto del Código Procesal Penal.

Lo que nuestras leyes dejan sentado es que al imputado se le trate como si fuera inocente, que su situación procesal no debe afectar su estado de ciudadanía ni sus

“ Lo que nuestras leyes dejan sentado es que al imputado se le trate como si fuera inocente, que su situación procesal no debe afectar su estado de ciudadanía ni sus derechos fundamentales. ”

derechos fundamentales. Sin embargo, lo que en buena cuenta existe, al iniciarse un proceso, es que hay presunción de culpa. A una persona se le procesa porque se le está señalando como presunto autor del delito. El sindicado llega a esa situación porque equivocadamente o no, se le reputa culpable del hecho. Si la presunción de inocencia operase plenamente, no sería posible iniciar un proceso; tampoco sería posible dictar la detención preventiva antes del fallo, ni siquiera en casos de flagrante delito. Por eso, pensamos que la redacción del Código y de la Constitución es correcta.

La redacción del Código significa, en primer lugar, que el trato que se le debe dar es sin actitudes que afecten su integridad psíquica, moral o física, sin pretender limitar sus expresiones, ni forzarlo a asumir posiciones denigrantes.

Pasará a la historia la creencia de que el procesado tiene como contendientes no sólo a la parte civil, sino también al fiscal y al propio juez.

En el Código de Procedimientos Penales, en la investigación policial el imputado no tenía derechos, en la instrucción los tenía restringidos y sólo en el juicio se le reconocían algunos. Ahora, ya no será así, desde el inicio tendrá los mismos derechos. La hostilidad de que era objeto deberá estar ausente y en las diligencias no se usará la presión o cualquier forma de coacción.

Hay quienes piensan que no debe hablarse de presunción, ni de culpa, ni de inocencia,

“ Pasará a la historia la creencia de que el procesado tiene como contendientes no sólo a la parte civil, sino también al fiscal y al propio juez. ”

porque ello predispone para adoptar posición parcializada en la obtención y selección de la prueba. La convicción sobre el delito y la identidad del autor debe estar libre de prejuicios y presunciones y lograrse sólo en un marco de imparcialidad, serenidad e independencia. En el proceso no hay culpable, ni delincuente, sólo un imputado cuya definición se sabrá al final, es decir, que la situación jurídica del procesado es la misma que la de un inocente.

Resultaría una implicancia castigar con antelación a una persona para saber si merece o no castigo. Pero el simple hecho de la iniciación de un proceso y su trámite ocasiona mortificación al extremo de

decirse que el sufrimiento del inocente es, desgraciadamente, el acto insuprimible del proceso penal.

En conclusión, el artículo en comentario no dice que el imputado sea inocente hasta el momento en que se dicte una sentencia firme, porque si cometió el delito no lo es, sino que solamente se le trate como a tal hasta que cambie su situación jurídica y se le declare culpable.

La Constitución (artículo 139.4) señala también como garantía de la administración de justicia la “publicidad de los procesos” de manera que el inciso 10) se refiere al proceso como condición de la condena. Para los efectos del principio, juicio y proceso pueden tener el mismo significado, puesto que, de acuerdo al Código el juicio está contenido dentro del proceso. La pena o medida de seguridad debe ser el resultado de un procedimiento en el que se han observado las formas establecidas por la ley, referentes a la investigación, la prueba, la acusación y la defensa ante un juez competente. La pena ya no es, como en los tiempos primitivos, una reacción inmediata frente a la conducta desviada, sino posterior y después de un procedimiento previsto para evitar el error, la arbitrariedad y la precipitación. Esto supone la observancia plena de las leyes en cuanto a su forma para la aplicación de la ley de fondo.

El artículo ha puesto especial interés para evitar que las autoridades exhiban y presenten como culpables a las personas implicadas en un delito, mientras no se haya dictado el fallo definitivo, ni que se dé en ese sentido, información a los medios de comunicación social sobre los hechos del proceso penal, ni sobre los cargos existentes contra el imputado. Esto nos hace recordar el artículo 109 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que precisa que toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el debido respeto a la dignidad inherente al ser humano.

En cuanto a la sentencia firme, se tiene por tal a la que ha pasado a tener autoridad de cosa juzgada, porque se agotó la posibilidad de la impugnación obteniéndose una solución definitiva. Antiguamente, se utilizaba el término “ejecutoriada”; por ejemplo: el artículo 182 del Código de Enjuiciamientos en materia penal de 1863 decía que las sentencias quedaban ejecutoriadas en tres situaciones:

- a) Cuando la ley no permite recurso alguno ordinario y extraordinario;
- b) Cuando ha sido confirmada o revocada la de primera instancia o se ha absuelto la consulta en los casos en que la ley no permite el recurso de nulidad, y;
- c) Cuando no se ha apelado dentro del término legal.

Pero, no obstante ello, el término daba lugar a comentarios y discusiones por lo que se ha considerado más técnico el uso de la palabra “firme” en el sentido de que es inmodificable o inconvencible.

El artículo terminantemente señala que no se impone la pena si no hay sentencia firme, en cuyo caso la sentencia condenatoria recurrida quedaría en suspenso hasta que el superior dé su veredicto, pero esto no es tan exacto. De acuerdo al título, en la parte relativa al cumplimiento de sentencias, hay casos en que la sentencia condenatoria se cumple aunque esté recurrida, cuando la naturaleza, gravedad del delito o el peligro de fuga, aconsejan su inmediata ejecución. (artículo. 3795 del Proyecto y 3301 del Código de Procedimientos Penales).

Cosa juzgada

El artículo IV se refiere al principio de la cosa juzgada (*non bis in ídem* o *res iudicata*) mencionado en el inciso 13) del artículo 139 de la Constitución que empieza precisando como garantía de la administración de justicia, la prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La Declaración Universal no lo menciona. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14.7, lo incorpora como norma internacional, expresando que nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido condenado o absuelto por una sentencia firme, de acuerdo con la ley y el procedimiento de cada país. Pero, la Convención Americana, en el artículo 8.4, declara que el inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. Como se ve, los tres instrumentos tratan de manera diferente este principio.

El Pacto Internacional reconoce el derecho de las personas que han sido absueltas o condenadas a no ser sometidas a nuevo juicio, mientras que la Convención Americana lo reconoce a los absueltos, únicamente. De otro lado, el Pacto Internacional se refiere a un delito por el cual haya sido absuelto o condenado, en tanto que la Convención Americana hace mención a los mismos hechos, es decir, algo más extenso que el delito. La palabra “cosa juzgada” significa: “juicio dado sobre la *litis*”.

En principio, la autoridad de la cosa juzgada se funda en la necesidad imperiosa de poner fin a los pleitos para dar certidumbre y estabilidad a los derechos, como parte de la tutela del Estado. En el derecho clásico se impide repetir la acción promovida, cualquiera que fuese la suerte del proceso y con carácter definitivo. El principal efec-

to que producen las sentencias judiciales que se convierten en inmutables, tiene como fundamento principal la conveniencia de impedir la revisión de lo ya resuelto, para que no sea objeto de varias discusiones, impidiendo que se eternicen y que se multipliquen las impugnaciones. La razón inicial era la exigencia práctica de asegurar la certidumbre en el goce de los bienes, puesto que la finalidad del proceso era la actuación de la voluntad de la ley y debía tenerse como verdadero lo que el juez expresaba en ella sin admitir prueba en contrario ni permitir su modificación.

En la edad media se hablaba de la santidad de la cosa juzgada porque la inspiración divina determinaba que el juez no pudiera equivocarse. De todos modos, era una presunción de verdad creada por la necesidad de dar estabilidad a las relaciones jurídicas.

La teoría reconoce que hay dos clases de cosa juzgada: la formal y la material. La primera tiene lugar cuando dentro del mismo procedimiento ya no caben impugnaciones. La sentencia es la última palabra con relación al tema que se ha tratado en el juicio. Ósea que sus efectos son dentro del mismo proceso que termina con la sentencia firme. A esta clase de cosa juzgada se está refiriendo la primera oración del texto constitucional. La cosa juzgada material va más allá, porque sus efectos trascienden a un proceso posterior sobre el mismo objeto. Aquí es donde funciona plenamente el *non bis in ídem*. Protege de un nuevo proceso por un hecho que mereció sentencia.

El artículo III del proyecto en comentario se refiere a este tipo de cosa juzgada, o sea que mientras que la Constitución se ocupa de la cosa juzgada formal, el proyecto se refiere a la cosa juzgada material. Lo que se busca es la seguridad jurídica y la tutela de la libertad personal, basándose en los hechos que han sido materia del juicio, sin importar la calificación jurídica que se le haya dado. Por eso, es causa de extinción penal que inclusive puede resolverse de oficio o en vía de excepción.

El mismo inciso 13) del artículo 1395 de la Constitución precisa que la amnistía, el indulto, los sobreseimientos definitivos y las prescripciones producen los efectos de la cosa juzgada. Esta declaración era innecesaria respecto a la amnistía y la prescripción, porque ambas,

“ En la edad media se hablaba de la santidad de la cosa juzgada porque la inspiración divina determinaba que el juez no pudiera equivocarse. ”

por su propia naturaleza, producen consecuencias jurídicas más contundentes que la cosa juzgada. En efecto, la amnistía produce la extinción de la acción penal y significa que la conducta que en un momento era punible, dejó de serlo, de modo que su fuerza es mucho mayor que la cosa juzgada. Igual sucede con la prescripción. Por eso pensamos que dicha declaración constitucional sólo debió mencionar a los sobreseimientos definitivos.

Como se ha dicho, la institución de la cosa juzgada, es una de las más antiguas del proceso y que mayores discusiones ha provocado, porque en la práctica dio lugar a muchas injusticias, llegándose a sostener la crisis permanente de la cosa juzgada. Esto tiene su origen en la importancia de los valores que están en juego, es decir, entre la defensa de la justicia y la necesidad de la seguridad jurídica. La lucha por la justicia reclama la conveniencia de más instancias que garanticen una solución más justa y libre del error judicial, de modo que no se condene a un inocente o no se fomente la maliciosa impunidad; pero, a la vez, la seguridad jurídica y la certeza oportuna reclaman una solución definitiva, cualquiera que sea, que es preferible a la incertidumbre perpetua.

En la antigüedad, el non *bis in idem* fue una ficción de verdad, necesaria, destinada a preservar las sentencias definitivas de cualquier sistema de impugnación. Pero la frecuencia de sentencias erróneas o injustas, hizo variar su intangibilidad, terminando por reconocerse la revisión de los fallos, comenzando en el procedimiento civil con el nombre de juicio contradictorio. No obstante de que la regla general era de que la sentencia se daba de una vez para siempre y que nadie que había sido conde-

nado podía ser llevado de nuevo ante el mismo tribunal, por el mismo hecho, tuvo que aceptarse la nulidad para los fallos condenatorios por prevaricación o error, para ir extendiéndose poco a poco a cada vez más casos. Se comenzó diciendo que la condena que pesa sobre un inocente, desde el momento que se descubre el error, es un crimen flagrante, el más infame y el más alevoso de todos los crímenes, y que no había consideración alguna para permitir que se consuma. Por ello, con carácter excepcional, se acepta la revisión de algunas sentencias, tema del cual nos ocuparemos en el capítulo correspondiente.

“la amnistía produce la extinción de la acción penal y significa que la conducta que en un momento era punible, dejó de serlo, de modo que su fuerza es mucho mayor que la cosa juzgada.”

El artículo III del Proyecto prevé la revisión por la Corte Suprema, con carácter excepcional, de las sentencias condenatorias en los casos taxativamente indicados en el Código. Sin embargo, esta es una cuestión muy discutida, porque en principio de acuerdo al artículo 139.13 la revisión no estaría permitida, ni siquiera para las sentencias condenatorias. Pero la realidad que supera siempre a los textos legales, exige que se le establezcan por razones de justicia.

Un primer problema es que en la doctrina se discute si es un recurso impugnativo o es una acción.

Si se tiene en cuenta que la revisión tiende a anular una sentencia firme con autoridad de cosa juzgada, como excepción al principio non bis in idem y con el objeto de corregir una injusticia, muchos autores creen que se trata de un recurso extraordinario de impugnación y así se le concibió en los Códigos de 1920 y 1940 en los cuales se le da el nombre de recurso, aun cuando figure en un título especial dentro de los procedimientos especiales. Ósea que con el nombre de recurso, se le legisla como procedimiento especial.

Otros autores, como Enrique PAULAS (Derecho Procesal Penal, Volumen II, pág. 189), sostienen que no es un medio impugnativo de la sentencia, sino un juicio especialísimo, porque va contra una resolución ejecutoriada que justamente es aquella contra la cual no cabe recurso alguno. Además, como no hay plazo para la interposición de la revisión, si se considerara recurso, no habría jamás una sentencia firme.

Consecuentemente, no sería un recurso procesal más, sino una impugnación especial.

El proyecto del Código Procesal, en el artículo 4009, legisla la revisión como una acción dentro del título general de la impugnación. Esta posición es más técnica.

Otra cuestión que también es materia de debate, es respecto a los casos en que procede. Cuando se acepta, en un principio los casos son pocos, aunque con el tiempo van aumentando y no sólo limitados a las sentencias condenatorias. Ahora la tendencia es ir ampliando su campo de acción, comprendiendo a algunos casos de sentencias absolutorias. Pues, limitarlo sólo a las condenatorias se estima discriminatorio y violatorio del principio de igualdad procesal, situación en la que lamentablemente se ha alineado el proyecto.

Ejercicio público de la acción penal

El artículo IV es uno de los aspectos más trascendentales de la reforma, porque significa la incorporación del Perú al sistema acusatorio moderno. Esto obviamente ha provocado comentarios adversos como el de que los fiscales no están preparados para esa nueva función o que simplemente representan un recorte a las funciones jurisdiccionales de los jueces. Sin embargo, no se tiene en cuenta que es la única alternativa posible para mejorar la administración de justicia penal y que es el resultado inevitable de la evolución.

En principio, la responsabilidad del ejercicio público de la acción penal a que se refiere el artículo que comentamos no es ninguna novedad. En el Código de Enjuiciamientos de 1863 (artículo 18) se estableció como obligación del Ministerio Fiscal, la de acusar y cooperar en la acusación que entabla el agraviado. Después, el Código de Procedimientos de 1920 (artículo 15) comenzaba señalando como atribución del Ministerio Fiscal, iniciar la acción criminal o denegarla con motivo de las denuncias hechas. El Código de Procedimientos Penales no sólo reproduce, sino que amplía estas potestades, culminando con la Ley Orgánica del Ministerio Público, Decreto Legislativo 052, que le entrega la titularidad de la acción penal pública con las consiguientes responsabilidades, como la carga de la prueba. Como se ve, estos instrumentos legales ya encargaron al Ministerio Público la titularidad del ejercicio público de la acción penal.

En buena cuenta, es el resultado del reconocimiento de que la persecución penal sólo puede estar a cargo de un organismo estatal como garantía del orden jurídico-social y en el convencimiento de que entre los entes estatales, el Ministerio Público es el más idóneo para ello. La información histórica nos muestra que en un principio, sólo el interesado estaba facultado para promover la acción penal; más tarde, esa potestad se la otorga igualmente al Estado y hasta al mismo órgano jurisdiccional mediante la iniciación de oficio. Finalmente, es atribución del Ministerio Público con algunas excepciones. Por la evolución misma, llegará el día en que desaparezca la llamada acción privada, consolidando poco a poco el principio de oficialidad. En el sistema inquisitivo no hay diferencia entre los órganos de la persecución penal, porque el investigador y el decisor se confunden en una sola persona.

Autores como MANZINI y LEONE llegan a identificar al Ministerio Público con la acción penal. El primer autor escribe: “La acción penal es la actividad del Ministerio Público dirigida a obtener del Juez una decisión en mérito a la pretensión punitiva del Estado, pro-

veniente del delito”. LEONE define la acción penal como “el requerimiento por parte del Ministerio Público de una decisión del Juez sobre una notitia criminis, que tiene como contenido un hecho determinado correspondiente a una hipótesis penal”.

Todo esto, no hace sino demostrar que en la evolución natural y las exigencias sociales de cada época han conducido a confiar el monopolio de la acción penal pública al Ministerio Público. En la exposición de motivos, están explicadas con más amplitud estas razones. Lo cierto es que en la actualidad todos están de acuerdo en dos cosas: a) El Ministerio Público sea el encargado del ejercicio público de la acción penal, y

b) La inoperancia de la instrucción como etapa del proceso y su carácter inconstitucional.

La instrucción ya no tiene sitio en el proceso actual porque es un rezago del sistema inquisitivo que tenía su justificación en 1920 y 1940, décadas en las cuales no había quién hiciera una investigación y tenía que hacerla el Juez. A medida que se constituye y organiza la Policía Nacional, el llamado Atestado policial adquiere cada vez mayor importancia al punto de que, en la mayoría de los casos, la instrucción se convierte en etapa complementaria a la investigación policial a costa de pérdida de tiempo y de energías. Además, posibilita la detención preventiva, lo que significa una pena anticipada y la causa del hacinamiento carcelario que impide cualquier política de resocialización. Finalmente, la instrucción desconoce el respeto a los derechos humanos y demás garantías judiciales reconocidas por tratados internacionales que se aprobaron después de que entraron en vigencia los expresados Códigos.

Ahora bien, las ventajas de adoptar el sistema acusatorio en el cual, el Ministerio Público asume un rol protagónico importante, trae como consecuencia otros cambios convenientes como son: Devolver al juez su real función como es la de juzgar, y al fiscal una posición más dinámica que la actual, pero también más responsable en el proceso. Dadas las garantías que ahora rodean a la investigación preliminar y el grado técnico con que se puede elaborar bajo la dirección del fiscal, no hay motivo para que ella sea reproducida ante el órgano jurisdiccional con el natural desgaste de esfuerzo humano, tiempo y dinero. Si el fiscal que dirige la investigación llega a reu-

“ La instrucción ya no tiene sitio en el proceso actual porque es un rezago del sistema inquisitivo que tenía su justificación en 1920 y 1940. ”

nir la prueba del delito y la responsabilidad del autor, puede formular acusación y la causa decidirse en audiencia pública con todas las garantías correspondientes. Tampoco será necesario que se eleve al tribunal superior para ello, sino que el juicio debe hacerse ante el juez provincial como primera instancia. BAUMANN, a propósito del proceso penal alemán, escribe: “El Ministerio Público es el señor de la investigación. Con arreglo a la Ordenanza procesal penal, tiene que averiguar los hechos con ayuda de la policía (...) frente a la cual el Ministerio Público tiene un poder de dirección (...). Concluida la investigación, se clausura el procedimiento o se promueve la acción pública (...). El Juez actúa por regla general, solamente en este momento. Decide la apertura del debate y lo dirige; este concluye con la sentencia judicial”.

Desde el punto de vista de la justicia penal, la Constitución reconoce tres estamentos:

- a) Un Poder Judicial autónomo, con exclusividad en la función jurisdiccional, que goza de independencia en su ejercicio en un marco de publicidad y asegurando el respeto a las garantías de la persona (artículos 138.5 y 139).
- b) Un Ministerio Público que le corresponde promover de oficio o a petición de parte, la acción de la justicia, conduciendo la investigación del delito (artículo 159.3).
- c) La Policía Nacional que le asigna como fundamental tarea, restablecer el orden interno, prestando protección y ayuda a las personas y a la sociedad, garantiza el

cumplimiento de las leyes, la seguridad de los patrimonios, prevenir y combatir la delincuencia (artículo 166).

“ La Policía no desarrolla funciones procesales, sino de protección, seguridad, orden interno, prevención y lucha contra la delincuencia. ”

En resumen, frente al monopolio de la jurisdicción que corresponde al Poder Judicial, coloca al Ministerio Público que tiene el monopolio de la acción penal pública. La Policía no desarrolla funciones procesales, sino de protección, seguridad, orden interno, prevención y lucha contra la delincuencia. Eso quiere decir que para la existencia del proceso es preciso que el órgano jurisdiccional sea requerido desde fuera, mediante el ejercicio de la acción que conforme a la Constitución es potestad del Ministerio Pú-

blico. Sin acción, no hay jurisdicción. La denuncia de parte puede ser posible pero no necesaria.

Pero el actor, cualquiera que sea, debe proveerse de los elementos necesarios que le permitan demostrar la veracidad de los fundamentos de su acción, con objetividad e independencia. El Ministerio Público como titular del ejercicio de la acción penal pública y a la vez como velador de los derechos ciudadanos debe apreciar además las circunstancias favorables y desfavorables en la conducta del imputado. Por lo tanto, tiene que asumir una función directriz en la investigación, puesto que, como promotor de la acción de la justicia, nadie más que él, estaría facultado para ello. Sería absurdo esperar que otro organismo o persona efectúe las investigaciones por su cuenta y riesgo, para que el Ministerio Público haciendo suyos los resultados pueda formular una acusación y tener éxito en su demostración. Por eso, la Constitución señala a quién encomendaba la investigación. La única conclusión posible es pues: el fiscal averigua y acusa, el juez juzga. El sentido común nos sugiere que solamente cuando el fiscal haga una investigación con el apoyo, no sólo de la policía, sino de cuanta persona natural o jurídica le pueda ofrecer los elementos suficientes para formarse convicción, podrá estar en condiciones óptimas para ejercitar la acción debidamente y sostenerla hasta las últimas consecuencias. Sólo así podrá lograrse un juzgamiento inmediato, en audiencia pública, ante un juez legal y con todas las garantías del caso, aparte de que se asegurará la presencia de más sentenciados que detenidos en las cárceles, un control más efectivo de los tribunales superiores sobre los jueces y un alivio en la carga procesal en todos los organismos jurisdiccionales.

Para esta misión tan importante de los fiscales, la ley les asegura plenitud en sus iniciativas y autonomía, la cual debe estar supeditada desde luego a las prescripciones constitucionales. Es decir, que deben obediencia a la Constitución y a la ley; y, lógicamente, a las instrucciones que de acuerdo a sus facultades y en la forma prevista por aquéllas, deban recibir. La forma y oportunidad en que se puedan dar esas instrucciones, están previstas tanto en la ley procesal, como en su ley orgánica. Aparentemente estaba demás aclarar que los actos que realiza no constituyen función jurisdiccional, pero creemos que se debió a la duda que surgió al considerarse por algunos magistrados que el fiscal iba a reemplazar al juez instructor en sus funciones judiciales. Por eso mismo, se reitera en la expresión final del artículo IV que para tomar alguna decisión de ese carácter debe solicitarla al juez penal.

No debe dejarse de tener en cuenta que la investigación fiscal tiene por objeto reunir los elementos de convicción suficientes para sustentar una acusación. Esta investigación es la base de la acusación, mientras que el juicio es la base de la sentencia. Si la investigación no llena su objeto, no hay acusación, ni juicio, ni mucho menos sentencia. Como dice el artículo 92, tiene como finalidad determinar si la conducta incriminada es delictuosa, las circunstancias y móviles de su perpetración, etc. La investigación no sólo ha de lograr establecer si se cometió o no delito, sino también quiénes y cuántos intervinieron y qué clase de participación tuvo cada uno de los implicados. Sólo así podrá proponer las sanciones o medidas sustitutorias.

Se presenta para los miembros del Ministerio Público la oportunidad de demostrar que efectivamente son capaces de responder a las expectativas no sólo nacionales, sino los que en el extranjero propugnan la desaparición de la instrucción para sustituirla por la investigación fiscal. Por supuesto que, aparte de los elementos infraestructurales, se ha de necesitar buena voluntad de cambio para desterrar la apatía y algunos vicios funcionales que todavía subsisten y una entrega total a los fines de su Ministerio.

Lo que no nos convence es el artículo 119 que desconoce la plenitud de iniciativa y autonomía que proclama el artículo IV. La facultad que se da en el segundo párrafo del artículo 119 al juez para dejar sin efecto la decisión del fiscal para investigar el delito, absteniéndose de declarar por promovida la acción penal, contradice injustificadamente al artículo IV. Pensamos que la facultad investigadora del Fiscal no puede ser interferida por nadie. La falta de un requisito de procedibilidad y la ausencia de tipicidad o la identidad de los autores, serán advertidas durante o después de la investigación, pero no antes.

Exclusividad de la función jurisdiccional

El artículo V consagra el principio de exclusividad de la función jurisdiccional o de oficialidad, como otros lo llaman; nos recuerda el artículo 1399 de la Constitución en cuanto señala como garantía de la administración de justicia la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, no pudiendo existir jurisdicción independiente, quedando prohibidos los juicios por comisión y delegación y que ninguna autoridad pueda avocarse causas de dicho órgano, ni intervenir en el ejercicio de sus funciones. El ejercicio punitivo del Estado sólo puede desarrollarse ante los órganos jurisdiccionales competentes. El arbitraje no funciona en materia penal, salvo en lo que respecta a la reparación civil.

El reconocimiento cabal de este principio implica además, tres prohibiciones:

- a) La prohibición del justiciable de ser desviado de la jurisdicción predeterminada por la ley.
- b) Prohibición de ser juzgado por tribunales de excepción o comisiones especiales; y
- c) Prohibición de dar posesión en el cargo a quien no ha sido nombrado en la forma prevista por ley (Constitución artículo 139.19).

En defensa de este principio se han creado también los mecanismos de la declinatoria de competencia, la contienda de competencia y la recusación orientadas a mantener además la vigencia de la neutralidad y la imparcialidad.

En este principio se halla implícito al que se le llama con el nombre del Juez natural o del Juez legal. Es decir, al derecho que todos tienen a ser puestos a disposición del Juez ordinario predeterminado por la ley. Nadie puede ser sometido a Juez distinto que el reconocido por las leyes orgánicas o de procedimiento. Por lo tanto, desaparecen los tribunales de honor y los jueces ad hoc. Lo que se trata es de establecer un régimen que excluya la posibilidad de manipular los juzgados y tribunales en el procesamiento de ciertos casos y mucho menos con posterioridad a las conductas incriminadas. Según esto, nadie puede ser sustraído de la competencia por un tribunal según la ley vigente en el momento del hecho punible. La variación de la competencia por ley, sólo puede regir para el futuro. Por eso el art. 325° del Código Procesal sanciona con nulidad el no acatamiento de este mandato.

Libertad

El artículo VI es una reafirmación del principio de libertad contenido en sus diversas formas en el inciso 24) del artículo 2 de la Constitución, el artículo 9 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 9 del Pacto Internacional y el artículo 7° de la Convención Americana. Tales preceptos, incorporados al proceso penal, advierten que en éste la regla general cuando se inicia un proceso es la libertad, pudiendo decretarse excepcionalmente la detención. El Pacto Internacional

“El ejercicio punitivo del Estado sólo puede desarrollarse ante los órganos jurisdiccionales competentes. El arbitraje no funciona en materia penal, salvo en lo que respecta a la reparación civil.”

es concluyente al disponer que “la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo”.

El precepto de la Constitución (literales f y g del inciso 24 del artículo 2) deja sentado que la detención de una persona sólo procede en dos casos:

- a) Cuando el juez lo dispone por escrito y mediante resolución motivada;
- b) Por la policía en casos de flagrante delito, a condición de ser puesto dentro de las veinticuatro horas a disposición del juzgado correspondiente, excepto en los casos de narcotráfico, espionaje y terrorismo en el que el plazo se extiende a quince días, con cargo de dar cuenta al Ministerio Público, y al juez, quien puede asumir jurisdicción antes de vencido el término.

Sólo así, se puede impedir se vulnere la inalienabilidad de la libertad como derecho fundamental de la persona.

Pero también hay que considerar que la libertad personal está protegida por otras disposiciones relativas a otras libertades, como la libertad de opinión, expresión, reunión, etc., y no sólo se refieren a su privación injustificada, sino también a su prolongación después de haber sido ordenada una excarcelación, a la que no es motivada, a la que se ejecuta

sin respetar las formalidades establecidas por la ley o que se cumplen en lugares distintos a los designados por la misma y al amparo de una ley no compatible con la Constitución.

Debemos entender como detención preventiva, la privación de la libertad anterior al fallo, cualquiera que sea el nombre que se le dé. Por lo tanto, hay que concluir que no está permitida la detención preventiva, permanente o indefinida.

Pero la detención ordenada por el Juez debe reunir ciertas características como son la de ser escrita y motivada, según el Código, a las

que podemos añadir los que señala la Carta Política, como ser informado inmediatamente de la causa o razones de la detención (artículo 139.15) y el de no ser incomunicado, sino en caso indispensable para el esclarecimiento de un delito y en la forma y tiempo previstos por la ley (literal g artículo 2.24). El Pacto Internacional (artículo 9.2) dispone que toda persona detenida sea informada en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación contra ella. Eso quiere decir que el mandato que expide el juez debe ser preciso y claro, exponiendo los hechos concretos que se atribuyen al que va a sufrir la medida, la base legal de la detención y los hechos subyacentes. La Convención Americana (artículo 7.4) manda que toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de la detención y notificada, sin demora, de los cargos formulados contra ella.

Todas estas condiciones se han de respetar si se cumplen exactamente las precisiones del artículo VI del Proyecto. En ese sentido, el mandamiento escrito y motivado es la forma más idónea de hacer conocer los alcances de la resolución judicial y permite además identificar al juez que la dispone para que pueda saberse si es, o no, el competente. Quedan proscritas entonces las órdenes telefónicas o similares. Eso quiere decir también que la única forma de proceder es la notificación con transcripción de la resolución pertinente, o sea que, primero debe dictarse la resolución motivada, luego transcribirla a la autoridad que debe proceder a la detención; y, además, notificarse al detenido con el tenor de la resolución para que, en el ejercicio de su derecho de defensa, pueda formular los recursos o peticiones que considere pertinentes. Entonces, no bastará que el juez dirija un oficio para que proceda a la detención, sino que este oficio debe contener las razones que tuvo el juez para decretarla, precisando además los datos sobre la identidad personal del requerido.

No debemos olvidar que la motivación de todas las resoluciones es una obligación Constitucional. Por eso, en el Título III del Libro Segundo se precisa al detalle todo lo concerniente a la restricción del derecho a la libertad (artículos 132 y siguientes) como son: los requisitos, formalidades, recursos, términos, etc.

En cuanto a la detención que está facultada la policía en los casos de flagrante delito y con las formalidades del literal f) inciso 24, artículo 2 de la Constitución, está autorizada por la función que tiene de garantizar, mantener y restablecer el orden interno, prevenir y combatir la delincuencia y las que se señalan en el artículo 166, pero no como responsable de la investigación del hecho. Por eso, dispone de breve término para que se ponga al detenido a disposición del juez. Esta clase de detención constituye una medida cautelar, realizada con motivo de un delito cuya ejecución es manifiesta-

“ El mandamiento escrito y motivado es la forma más idónea de hacer conocer los alcances de la resolución judicial y permite además identificar al juez que la dispone para que pueda saberse si es, o no, el competente. ”

mente objetiva, y destinada a proporcionar al fiscal y juez los elementos básicos para la iniciación de un proceso. Esta medida policial puede o no ser mantenida por el juez. En la doctrina se afirma que la detención policial está sujeta a los siguientes requisitos: a) comisión de delito flagrante; b) necesidad de la medida; y, c) provisionalidad; puesto que ella sólo tiene por objeto evitar los peligros de la dispersión, ocultamiento y desnaturalización o pérdida de los medios de prueba.

Conviene precisar, entonces, lo que se entiende por delito flagrante. La acepción más extendida abarca diversas situaciones como son: cuando el autor es sorprendido en el momento de la comisión, cuando es perseguido y detenido sin solución de continuidad respecto a la ejecución, tentativa o frustración; y cuando es aprehendido en circunstancias tales, o con objetos que constituyen indicios vehementes de la comisión del delito y de la participación del sospechoso (CABANELLAS). La noción de flagrante delito es igual al del delito *in fraganti* que se conoció en el Código de Enjuiciamientos de 1863. De acuerdo a la doctrina de esa época, se consideró flagrante todo delito sorprendido en el acto de su comisión o inmediatamente después. Abarcaba también, este concepto, al detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo y al que fuera sorprendido con efectos o instrumentos que infundan la presunción vehemente de su participación en él.

El Código de Procedimientos en Materia Criminal de 1920, en el artículo 50, decía que se reputa sorprendido en flagrante delito al que lo fuera en el acto de la comisión del hecho y al que huye perseguido por el ofendido, por la policía o por una o más personas del pueblo. Esta norma introdujo además la noción del cuasi flagrante delito en los casos en que el clamor público, lo señale, al que inmediatamente fuese sorprendido con las huellas, etc. Pero, en la redacción del Código de Procedimientos Penales desaparece la noción de flagrante y cuasi flagrante para sustituirlo por el de comisión inmediata. Con motivo de la Constitución del 79, recobra vigencia la idea del delito flagrante para los casos en que debe intervenir la policía y detener a las personas, así como proceder a hacer las investigaciones o registros en el domicilio de ellas (Constitución artículo 2 9.).

El artículo 109.8 del proyecto expresa que hay flagrancia cuando la comisión del delito es actual y en esa circunstancia su autor es descubierto, o cuando el agente es perseguido y detenido inmediatamente después de haber cometido delito o cuando es sorprendido con objetos o huellas que vienen de ejecutarlo. En estos casos, inclusive los particulares están autorizados a aprehender a estos sujetos para entregarlos a la policía.

La detención prolongada, por encima de los plazos previstos en la Constitución y en el Código, y sin los requisitos que la propia ley señala, resulta arbitraria y por lo tanto puede ser objeto de una acción de hábeas corpus.

Algunos autores distinguen entre la flagrancia propia e impropia. Es propia cuando se sorprende a una persona en el acto mismo de cometer el delito, e impropia cuando se le sorprende huyendo, ocultándose o en los actos supuestos por la ley, pero siempre a condición de que se den otras circunstancias.

Carácter imperativo de la ley procesal

El artículo VII del proyecto reitera el carácter imperativo del proceso penal, noción sobre la cual no hay discusión, puesto que deriva de su naturaleza pública. La ley procesal penal o cualquier ley procesal es de orden público, dada la característica de las relaciones que norma y la finalidad que persigue. De un lado, regula la actividad de órganos estatales como el Poder Judicial y el Ministerio Público actuando al servicio del interés social y de la justicia; y, de otro, a los sujetos que por alguna razón se ven comprometidos en un proceso, puesto que la actuación de la ley penal es una atribución exclusiva de la soberanía nacional, encausando el camino de la reacción estatal frente al delito.

No sólo la pena es pública, sino el mecanismo que se emplea para señalarla. Ósea que, la única persecución penal válida es la del Estado a través de sus órganos específicos que actúan en la forma preestablecida y regulada por la ley, incluso cuando se trata de delitos perseguibles sólo a petición del interesado. Como dice MAIER: “El proceso penal es por ello un proceso autoritario, en tanto todas sus funciones, en más o en menos, son atribuidas a órganos del Estado que ejercen su poder penal ya persiguiendo penalmente, ya actuando la ley penal en sí misma, incluso la misma defensa técnica de los particulares perseguidos penalmente es asumida por el Estado cuando ellos no la proveen o cuando no están en condiciones de asumirla personalmente, según decisión estatal. El proceso penal es, en realidad, un instrumento oficial para que el Estado aplique su poder penal, una pura realización estatal del poder penal para el que sólo se establecen ciertos límites en homenaje a la dignidad humana individual”.

“ La única persecución penal válida es la del Estado a través de sus órganos específicos que actúan en la forma preestablecida y regulada por la ley. ”

La ley procesal penal tiene por misión la protección de intereses públicos como es el poder estatal para asegurar el control social sobre las conductas desviadas, tanto en la función de perseguir el delito, cuanto en la de establecer la verdad para juzgarlo, aun cuando hayan intereses privados de por medio como es el pago de la indemnización civil. Por lo tanto, debe existir una identificación total entre la ley procesal con la Constitución.

La ley procesal penal tiene vigencia en un doble sentido: en el espacio y en el tiempo. Desde el primer punto de vista, rige en todo el territorio estatal, entendiéndose como tal el suelo, el subsuelo, el dominio marítimo y el espacio aéreo que los cubre, en la extensión y forma que se indica en el artículo 54 de la primera ley del Estado, el cual tiene la potestad de aplicar sus propias leyes, por delitos cometidos dentro de su territorio o fuera de él, pero de acuerdo con la ley penal.

Cuando un Código Procesal se renueva radicalmente y la variación del procedimiento es sustancial, no queda otra alternativa que los procesos que alcanzan sentencia, continúen regulándose hasta la ejecución final por la ley vigente y que los procesos que no culminaron se tramiten de acuerdo a la nueva ley. En todo caso, la nueva ley señala el ámbito de la aplicación de cada uno en un título especial, tal como ha ocurrido en este caso con las disposiciones finales y transitorias. El artículo VII se refiere exclusivamente a la ley procesal. De paso, se consagra una vez más el principio de la irretroactividad de la ley prevista en la Constitución (artículo 103) y su excepción en materia penal con el nombre de retroactividad benigna.

“ La ley procesal más benigna, tiene que ser la que ofrece mayores posibilidades en la afirmación de los principios y garantías procesales reconocidas en la Constitución. ”

En materia procesal penal, la ley se aplica a los hechos que ocurren durante su vigencia, de modo que si no se ha producido todavía la sentencia, el trámite debe continuar de acuerdo a la nueva ley. Pero si la nueva ley procesal establece disposiciones menos favorables al imputado, seguirán respetándose las normas procesales anteriores. La disposición transitoria sexta del Proyecto, precisa que los procesos con sentencia recurrida pendiente continuarán sustanciándose de acuerdo al procedimiento con el que se iniciaron. Se supone que la nueva ley es mejor que la derogada o modificada, por lo que no puede mantenerse la situación injusta. En el campo

penal no hay ninguna duda al respecto, porque ningún hecho puede sancionarse si no está previsto como delito en el momento de su ejecución o de estarlo conlleva una pena menos rigurosa que la anterior. Pero en el campo procesal no es tan fácil determinar qué disposición es más o menos favorable, puesto que las normas procesales tienen otra finalidad como es llegar a la certeza sobre la noticia calificada de un delito. En esta situación se piensa que la ley procesal más benigna, tiene que ser la que ofrece mayores posibilidades en la afirmación de los principios y garantías procesales reconocidas en la Constitución. Es potestad del magistrado determinar cuál es la más favorable en materia procesal.

Interpretación restrictiva de ley procesal

El artículo VIII del proyecto consagra la interpretación restrictiva de la ley procesal penal. En principio, en materia procesal penal, el magistrado debe sujetarse al texto expreso y claro de la ley y sólo cuando existe alguna duda deberá tener en cuenta el conjunto armónico del proceso y sus elementos integrantes. Pero si se trata de imputar una acción dada o una determinada forma de conducta que no aparece bien clara, tendrá que ceñirse al texto, sobre todo si la interpretación puede resultar perjudicial al imputado. El órgano jurisdiccional tiene la obligación de resolver de acuerdo al espíritu general de la legislación y a la equidad, en el caso de que no haya precepto alguno que resuelva la cuestión, y si se le presentan dos o más alternativas, deberá escoger la que más favorezca al imputado.

No debe perderse de vista que la duda es un estado de conciencia del juzgador o de quien va a aplicar la ley, mientras que la interpretación es una forma de mejorar ese estado de la conciencia. Pero la duda puede referirse a las pruebas y al sentido de las normas, que son dos cosas distintas. El artículo que comentamos, sólo se refiere a las normas relativas a la libertad del imputado y otras medidas restrictivas así como a las facultades de los sujetos procesales. Sólo para estos casos funciona la interpretación restrictiva, es decir, cuando las palabras de la ley fueron más allá de lo que quiso expresar el legislador. No faltarán casos en que sea necesario determinar cuál es la ley procesal aplicable a un caso concreto, ya sea porque ha variado la normatividad con relación a las personas o porque ha habido sucesión de leyes aplicables a un mismo caso, en el que es necesario comprender el significado de la ley dentro de todo el conjunto normativo.

En la interpretación también hay que buscar su concordancia con los derechos y garantías constitucionales; no debemos olvidar que los preceptos constitucionales que

aparecen, ya sea como derechos fundamentales de la persona o como garantías de la administración de justicia, sirven como criterios orientadores no sólo en la misión legislativa, sino también en la tarea interpretativa de los jueces. En ese sentido, la interpretación restrictiva determinará superar las dudas de manera que comprenda un escaso número de casos. Pero del mismo texto hay que inferir que está permitida la interpretación extensiva cuando ella ofrezca la alternativa de procurar un beneficio al inculpado.

El último párrafo del artículo VIII consagra el *in dubio pro reo* para su aplicación en el aspecto fáctico. No otra cosa se infiere de la expresión “duda sobre la responsabilidad”. Si el fin del proceso es alcanzar la certeza, utilizando los mecanismos creados por la ley y respetando las garantías y formalidades que corresponden a cada situación jurídica, lo menos que se puede esperar es la absolución, cuando el proceso no ha llenado ese objetivo. Ahí se puede advertir la estrecha relación que guarda con el principio de inocencia.

Este principio tiene su fuente en el inciso 11) del artículo 139 de la Constitución que aparentemente se refiere sólo a la duda o conflicto en el tiempo de las leyes penales.

Pensamos, que el Proyecto aclara los alcances del precepto constitucional haciéndolo aplicable a tres situaciones: A las normas que coactan la libertad; a las que limitan las facultades judiciales de las personas; y, a las normas que limitan poderes a los sujetos procesales o establezcan sanciones procesales. Finalmente, se extiende a las pruebas sobre la responsabilidad. De acuerdo a ello, si el juez duda respecto del hecho punible o de la participación del imputado porque las pruebas no son suficientes para alcanzar la certeza, deberá necesariamente absolverlo. En este caso, se aplica exactamente el *in dubio pro reo*, que tiene su origen en el aforismo de que más vale absolver a un culpable que condenar a un inocente. Esto es diferente al principio *pro reo* o *favor rei* que manda aplicar la ley más favorable al imputado, cuando la ley nueva da un trato diferente al que señalaba la ley vigente al momento de iniciar el proceso o como principio rector en la interpretación de la ley.

Legitimidad de la prueba

El artículo IX del proyecto se ocupa de este principio al señalar que todo medio de prueba será valuado sólo si se ha obtenido por un procedimiento permitido e incorporado al proceso, conforme a las disposiciones del Código, careciendo de efecto legal los elementos probatorios obtenidos directa o indirectamente mediante violencia o

cualquier otro medio que menoscabe la voluntad, la indebida intromisión en la intimidad domiciliaria, correspondencia, comunicaciones y todas las que se obtengan con violación a los derechos fundamentales de la persona. Remata el artículo precisando que cualquier regla de garantía establecida en favor del procesado no puede hacerse valer en su perjuicio.

Indudablemente que esta regla va más allá de los artículos constitucionales: El artículo 2.10 que consagra el secreto y la inviolabilidad de documentos privados, salvo mandamiento escrito y motivado del Juez con las garantías previstas en la ley; el artículo 2.9 que se refiere a la inviolabilidad del domicilio y el artículo 2.24 h) que prohíbe el uso de la violencia, la tortura y trato humillante, negando valor a las declaraciones obtenidas en esa forma y estableciendo responsabilidad en quien las emplea.

El tema de la legitimidad de la prueba y sobre todo la forma como se la trata en el proyecto del Código, nos obliga a las siguientes reflexiones: En todo proceso hay dos grandes intereses comprometidos:

- a) El del Estado, cuya misión es el de mantener y asegurar el orden social, adoptando las medidas preventivas y correctivas frente al delito; y
- b) El del individuo que como persona tiene derechos fundamentales reconocidos, aun cuando tenga la condición de sospechoso.

El predominio de la protección de un interés sobre el otro puede crear situaciones injustas y peligrosas.

Para que los jueces puedan condenar a una persona es necesario que, cuidando el equilibrio entre estos intereses, lleguen a la conclusión de que se ha cometido una infracción penada por la ley y que el autor es precisamente la persona a quien se juzga o condena. El estado mental que lleva a esa conclusión se llama certeza que no tiene otra fuente que la prueba que debe ser seleccionada y actuada correctamente. Entonces, si no hay prueba suficiente del hecho punible, falta la base del proceso, pero si hay prueba del hecho pero no sobre la identidad del autor, falta la base de la

“ Si el juez duda respecto del hecho punible o de la participación del imputado porque las pruebas no son suficientes para alcanzar la certeza, deberá necesariamente absolverlo. ”

condena. Así, la prueba es el puente que se tiende entre la verdad objetiva y la certeza subjetiva, entre el mundo real material y la convicción subjetiva.

Pero generalmente ocurre que la certeza de uno no siempre coincide con la de los demás, y tener la certeza de algo no necesariamente significa estar en posesión de la verdad. Lo ideal sería que el convencimiento de uno sea compartido con los demás, es decir, que el convencimiento social dé legitimidad a la certeza individual. Según esto, tienen valor las pruebas adquiridas y actuadas legalmente, es decir, de conformidad con la ley.

Ahora bien, la idea de la legitimidad de la prueba da lugar a tres conceptos importantes. En primer lugar están las pruebas reconocidas por la ley, como la de peritos, testigos, documentos, inspección judicial, siempre que se actúen respetando las prescripciones legales sobre su incorporación al proceso. Luego, tenemos el grupo de las pruebas que no obstante no estar contempladas en la ley pueden ofrecerse y actuarse porque contribuyen al esclarecimiento y cuentan con el respaldo de la ciencia o técnica, pero que su actuación no está regulada, (artículo 194 del Código de Procedimientos Penales). Finalmente, tenemos las pruebas expresamente prohibidas por la ley y que se han tratado de manera diferente en la legislación comparada.

Respecto al primer grupo de pruebas, la ley señala formalidades para su actuación, de manera que, pueden perjudicarse o quedar viciadas por no haberse cumplido rigurosamente con las formalidades requeridas. En otras palabras, la validez de la prueba

está condicionada al respeto de las pautas establecidas para su ofrecimiento, admisión y actuación. A este aspecto se refiere el primer párrafo del artículo que comentamos.

El segundo párrafo está referido al último grupo. En la actualidad, las pruebas más contundentes son las del segundo grupo, es decir, los elementos probatorios permitidos, pero que no tienen regulación para ser válidos, porque al momento de redactarse la ley, no se los conocía. Ganan credibilidad por su respaldo científico que cada día muestra nuevos métodos de conocimiento. El problema se presenta cuando su utilización puede significar la violación de

“Así, la prueba es el puente que se tiende entre la verdad objetiva y la certeza subjetiva, entre el mundo real material y la convicción subjetiva.”

algunas libertades o garantías reconocidas como fundamentales de la persona. Algunas han sido desestimadas como los sueros de la verdad y el detector de mentiras.

El artículo 1949 del Código de Procedimientos Penales, todavía vigente, no establece limitaciones para la admisión de estas pruebas, puesto que la oración: “todos los medios científicos y técnicos que fuesen posibles, como exámenes de impresiones digitales, de sangre, de manchas, de trazos, de documentos, armas y proyectiles”, posibilita utilizar otros medios a condición de que sean científicos y técnicos. Pero los textos constitucionales y los tratados sobre derechos humanos reconocen que sólo pueden admitirse medios probatorios que no violen los derechos humanos. A propósito, podemos mencionar el artículo 1899 del Código de Procedimiento Penal Italiano que expresa: “Cuando sea solicitada una prueba no reglamentada por la ley, el Juez podrá practicarla en cuanto fuera idónea para asegurar el esclarecimiento de los hechos y no perjudique la libertad moral de la persona”. El proyecto para la República Argentina, en el artículo 148, último párrafo, dice: “Además de los medios de prueba previstos en este capítulo, se podrán utilizar otros distintos, siempre que no supriman las garantías y facultades de las personas reglamentadas en este Código o afecten al sistema institucional. La forma de su incorporación al procedimiento se adecuará al medio de pruebas más análogos, de los previstos, en lo posible.”.

En el proyecto aprobado por el Congreso, los autores no han sido afortunados. Pues, el artículo 212 dice: “El establecimiento de la verdad mediante el procedimiento se realizará empleándose todos los medios de prueba permitidos, salvo que la ley prescriba medio especial. Sólo se admitirán los medios de prueba que sean pertinentes, conducentes, legítimos y útiles. Podrán limitarse cuando resulten manifiestamente excesivos.” Aquí la expresión “todos los medios de prueba permitidos” nos lleva a preguntarnos sobre cuáles son los medios permitidos que serían los pertinentes, conducentes, legítimos, útiles y que no sean prohibidos. Pero no se dice nada de los medios no previstos ni conocidos y que por lo tanto no tienen regulación; ni de los que afecten alguno de los derechos fundamentales.

En cuanto al tercer supuesto o pruebas expresamente prohibidas por la ley, la prohibición puede tener dos aspectos: de fondo y de forma. En el primer caso, la prueba misma está prohibida como lo prescriben los incisos 9) y 10), y literal h) del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución Política. En el segundo, la prohibición se da en la actuación de la prueba, es decir, en la formalidad establecida. Ejemplo: Lo dispuesto en los artículos 125 y 1329 del Código de Procedimientos Penales. Sin embargo, se

dan situaciones en la investigación preliminar o previa en que se descubren delitos, gracias a la aparente violación de una garantía constitucional. Una incursión domiciliaria sin requerirse la autorización judicial, puede resultar la única solución para demostrar que en él existe un laboratorio para procesar droga. Según unos, la prueba reunida en estas condiciones no merecería fe, pero si se considera que existe la salvedad de la flagrancia o grave peligro de su perpetración, esa prueba tendría que ser tomada en cuenta porque se trata de una flagrancia permanente. La flagrancia no sólo se produce en el momento de cometerse el delito, sino cuando la conducta delictiva es permanente. El problema se presentaría si se intercepta la comunicación telefónica con el mismo objeto. El inciso 10) del artículo 29 de la Constitución no establece la flagrancia como excepción a la inviolabilidad de las comunicaciones. Alrededor de esto pueden considerarse muchas posibilidades.

Derecho de defensa

En sentido general, se entiende como el conjunto de facultades otorgadas a las partes en un proceso, de proponer, contradecir o realizar actos procesales, para impedir el quebrantamiento de sus derechos. Esto es, el derecho de defensa en todos los derechos, puesto que, no sólo se le reconoce en el campo penal, sino también en el civil, laboral, administrativo, etc. Si bien los tratados internacionales y la propia Constitución parecen limitarlo al campo penal, es porque este derecho se hace más exigente por el valor de los bienes protegidos que en él están en juego, como son: la libertad, el honor, el patrimonio, etc.

En esta oportunidad sólo nos vamos a referir al derecho de defensa en el proceso penal, especialmente al que corresponde al imputado.

Desde esta perspectiva, el derecho de defensa consiste en el rechazo por el encausado a la pretensión punitiva estatal dirigida en su contra, para desvirtuar los fundamentos de hecho y de derecho en la forma y con las garantías previstas en la ley. Comienza desde que presta su primera declaración y se prolonga al final del mismo.

En sus orígenes tiene su reconocimiento en el campo civil, con el nombre de contestación, donde se sanciona con nulidad las sentencias pronunciadas sin contestación expresa o ficta de la demanda. Esto, en virtud del aforismo de que nadie puede ser condenado sin ser oído. Admitido en el campo penal, poco a poco va adquiriendo mayores proporciones, convirtiéndose en un principio fundamental del proceso penal. Es

decir, que el derecho de defensa se enriquece en la medida que se humaniza el proceso.

Ahora, a propósito del concepto, tenemos que recordar el artículo 64 del proyecto que nos sugiere una primera definición como la facultad del imputado para hacer, por sí mismo o a través de su abogado defensor, los derechos que la Constitución y las leyes le conceden desde el inicio, hasta la culminación del proceso, como lo sugiere el artículo 139.14 del texto constitucional.

Quiere decir pues, que frente al derecho del titular de la acción penal para obtener la tutela judicial o **ius puniendi** del Estado, se reconoce un derecho de signo contrario al imputado, para repeler ese ataque que se pretende contra su libertad, honor y buena imagen. El sujeto no sólo tiene derecho a ser libre y que se le trate como inocente, sino también hacer uso de los medios a su alcance para salvaguardarlos.

En la doctrina se reconocen dos maneras de ejercitar el Derecho de Defensa:

- a) La material, que se ejercita personalmente, por lo que también se llama auto-defensa y se materializa mediante manifestaciones de voluntad, haciéndose escuchar las veces que considere necesario, abstenerse de declarar, presentando peticiones de diverso orden, confrontándose con quienes la ley le permite. Este derecho está garantizado por el inciso d) artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica y el inciso d) del artículo 149 del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos; y
- b) La técnica, que se ejercita por un profesional en el Derecho que complementando las limitaciones del imputado, formula alegatos, interviene en los interrogatorios y hace las observaciones que considera pertinentes. El artículo 64 hace mención expresa a ambas formas de defensa, aun cuando en el artículo X se menciona sólo a la técnica, como principio fundamental.

La Constitución ha destinado dos incisos del artículo 139 al derecho de defensa. En primer lugar, el inciso 14) cuando dice que nadie puede ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso, a ser informado de las razones de su deten-

“El derecho de defensa consiste en el rechazo por el encausado a la pretensión punitiva estatal dirigida en su contra, para desvirtuar los fundamentos de hecho y de derecho en la forma y con las garantías previstas en la ley.”

ción, al derecho de comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorado desde que es citado o detenido. En segundo lugar, el inciso 16) que al referirse a la gratuidad de la administración de justicia, asegura la defensa gratuita a las personas de escasos recursos.

Ambos dispositivos constitucionales se refieren a dos aspectos del derecho de defensa que, respectivamente, simbolizan un derecho y un deber. En primer lugar, el derecho del imputado de escoger al abogado de su confianza, y en segundo, el deber para el Estado, en cuanto tiene la obligación de proveer de defensa gratuita a los imputados de escasos recursos como una forma de contribuir a la igualdad procesal y evitar la indefensión. Ambos supuestos ya están contenidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14.3 inciso d) cuando expresa como garantía mínima a hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistido por un defensor, de su elección; a ser informado si no tuviera defensor del derecho que le asiste a tenerlo; y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciera de medios suficientes para pagarlo.

A su vez, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículos 8,2 incisos d) y c), con más amplitud señala lo siguiente: “d) Derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor, e) Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el incul-

pado no se defendiere por sí mismo, ni nombrase defensor dentro del plazo establecido por la ley.”

“ El derecho de defensa, cualquiera que sea la forma que se le utilice, reclama el cumplimiento de ciertos requisitos o presupuestos, sin los cuales no pasaría de ser una ficción. ”

A la luz de estos documentos internacionales, el derecho de defensa es amplio y comprende varios supuestos, aun cuando el proyecto, en el artículo X, se refiere al derecho de que se le comunique de inmediato y detalladamente la imputación y de elegir un defensor de su confianza con el carácter de irrevocable e irrestricto. Sin embargo, en la Constitución y en el articulado posterior del Código, la situación queda mejorada. Lo relevante en este artículo X es que este derecho funciona desde el momento en que es citada o detenida por la autoridad.

En algunas ocasiones, la defensa técnica tiene carácter contingente o de emergencia, como es el que provee el Ministerio Público de acuerdo al artículo 10° de su Ley Orgánica y el que se menciona en el artículo 122 del Proyecto, para los efectos de su declaración en la investigación. El imputado presta declaración ante el Fiscal, con la asistencia necesaria de su defensor. Si no lo tuviere, el Fiscal le designa un abogado de oficio, o en su defecto a persona idónea para el cargo. Este nombramiento, que tiene carácter provisional para garantizar la seriedad de la investigación, no es obstáculo para que pueda convertirse en definitivo. Eso quiere decir que el carácter inviolable e irrestricto a que se refiere el artículo X, no sólo es para el defensor de confianza, sino también para los otros abogados designados por la autoridad (jueces y fiscales).

En los artículos 74 al 79 figuran las posibilidades y el campo de acción del abogado defensor, aparte de que la Ley 24388 que regula la constitución y funcionamiento del llamado Ministerio de Defensa, conformado por los abogados, rentados o no, que defienden a los inculcados en las diversas instancias.

Pero el derecho de defensa, cualquiera que sea la forma que se le utilice, reclama el cumplimiento de ciertos requisitos o presupuestos, sin los cuales no pasaría de ser una ficción.

En primer lugar, tenemos la información cabal o conocimiento de los cargos. Nadie puede defenderse de lo que desconoce. Justamente como primer paso, la Constitución dispone que toda persona sea informada inmediatamente y por escrito de la causa de su detención, de modo que pueda comunicarse y ser asesorada por un defensor de su elección desde que es detenida o citada.

Este presupuesto de la información, que implica el acceso al expediente, se establece de diverso modo. El Pacto Internacional en el artículo 14 inciso 3) literales a. y d., señala como garantía mínima del imputado a ser informado sin demora en un idioma que comprenda y en forma detallada de la naturaleza y causa de la acusación formulada contra él (literal a); y de hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistido por un defensor, etc. La Convención Americana menciona la comunicación previa y detallada de la acusación (artículo 8.2 literal b).

Eso quiere decir que la información de los cargos atribuidos debe ser completa y no recortada; que debe ser veraz y no distorsionada, permanente en el sentido de que en cualquier momento debe facilitársele lo actuado. Pues, sólo con una información completa, el imputado o su defensor pueden estar en condiciones de ejercitar adecuadamente la defensa.

Por eso, la reserva del proceso a que se refiere el artículo 101 no afecta a los sujetos procesales, y el artículo 1099 manda que cuando la policía, por razones de urgencia y en la imposibilidad de la presencia del fiscal, realiza algunas diligencias, el imputado y su defensor podrán intervenir en todas las diligencias practicadas por la policía y tendrán acceso a todas las investigaciones realizadas.

De otro lado, cuando el imputado preste su declaración ante el Fiscal, el artículo 127 ordena que a continuación, éste informará al imputado en relación con los cargos que se le atribuyen en la comisión del hecho que es materia de investigación, haciéndole conocer también las pruebas que existen en su contra.

Otro requisito es el de permitírsele disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa, como lo establece el artículo 14.3 literal b del Pacto Internacional reproducido en el artículo 89 2.líteral c de la Convención Americana; obedeciendo a ellas es que se dan las disposiciones del Código relativas al tiempo que se espera entre la notificación, con el texto de la acusación fiscal, y la audiencia y las posibilidades que se dan a los sujetos procesales para pedir ampliaciones, ofrecer pruebas, etc. (artículo 299 y siguientes del Código Procesal).

Sólo en estas condiciones, el imputado o en su caso el acusado, estará apto para recordar hechos, preparar sus argumentos, buscar su prueba, seleccionarla, para rebatir las afirmaciones de su acusador.

Por esa misma razón, el artículo 357 del Proyecto dispone terminantemente que las resoluciones judiciales que se dicten en el curso del procedimiento requerirán notificación previa con el dictamen o petición que será objeto de resolución, cuando sea necesario cautelar el derecho de defensa. Entonces, no sólo debe conocer la imputación, sino también los actos procesales del Ministerio Público, del juez y demás sujetos con relación al asunto que es materia de la investigación o del juzgamiento. Por lo tanto, también en el juicio oral, el acusado es el último en ser interrogado (artículo 348).

Aparte de lo expuesto, existen otros modos en que se hace valer el derecho de defensa.

En primer lugar, puede contradecir la inculpación o reconocerla si es el caso, aclarar algunos datos no ajustados a la verdad, ofrecer prueba para la mejor comprensión de los hechos y reclamar de las resoluciones, peticiones y actuaciones indebidas, para lo cual el derecho de información debe cumplirse notificándose en forma oportuna a los interesados.

Todo esto no es sino el uso del derecho de petición orientada a afirmar su posición personal frente a la imputación y a controlar el desarrollo normal del proceso dentro del principio de contradicción o bilateralidad. En ese sentido, puede, en el ejercicio del derecho de defensa, proponer cuestiones previas, prejudiciales, excepciones, declinatoria y transferencia de competencia, recusar a magistrados, pedir corte de procedimiento, ampliación de su declaración, solicitar libertad, ofrecer peritos, exponer razones tácticas o jurídicas para la correcta evaluación de la prueba, etc.

Sin embargo, el derecho de defensa no sólo puede consistir en acciones o actitudes efectivas, sino también en una abstención o de mutismo, para que el acusador asuma la obligación de probar la imputación. Por eso, se consagra el derecho al silencio, a no prestar juramento ni reconocer culpabilidad en causa propia o de sus parientes cercanos.

El imputado, no puede ser exhortado a contribuir a su propia condena, máxime si se tiene en cuenta que la confesión sin otras pruebas, no es bastante para condenar. Por eso, el tercer párrafo del artículo 127 faculta al imputado a negarse a declarar, limitándose la diligencia a dejar constancia en el acta. Además, el artículo 125 del Proyecto prohíbe el juramento o promesa de honor de decir la verdad. La exhortación, que permite el mismo dispositivo, es para hacerle saber los beneficios que se pueden obtener si colabora con el esclarecimiento. Más concluyente es el artículo 328 que en el juicio dispone que antes del examen del acusado se le advertirá que puede abstenerse de declarar. Este derecho es considerado también como una proyección del derecho a la intimidad que consagra el artículo 2, inciso 5) de la Constitución, en el sentido de que toda persona tiene derecho al honor y la buena reputación, a la intimidad personal, familiar y buena imagen.

En el cumplimiento de estas formas es imprescindible el derecho al uso del propio idioma, porque de otro modo no serían posibles ni la comunicación, ni la información. Es obvio que el imputado no podrá defenderse de cargos que se le hacen en un idioma que desconoce. Entonces, hace bien el inciso 19) del artículo 139 constitucional en asegurar como derecho fundamental de la persona el uso del propio idioma, agregando que para

“ El derecho de defensa no sólo puede consistir en acciones o actitudes efectivas, sino también en una abstención o de mutismo, para que el acusador asuma la obligación de probar la imputación. ”

ello se recurre al intérprete. El artículo 122 del Código de Procedimientos Penales y el 131 del proyecto, aseguran la presencia del intérprete en la declaración del imputado.

También es preciso recordar entre las formas del derecho de defensa el de la última palabra. O sea que antes del fallo, quien es juzgado debe ser escuchado, si lo solicita. Así lo manda el art. 342 del Proyecto, y 279 del Código de Procedimientos Penales vigente.

Como se dijo al comenzar este capítulo, el Proyecto del Código Procesal ha olvidado otros principios que no podemos dejar de mencionar. Así tenemos el de la celeridad.

La celeridad, como principio en la administración de justicia, se consagra en el artículo 69 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Este principio es equivalente al que se reconoce en el inciso 3. c) del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que precisa que toda persona tiene derecho a ser juzgada sin dilaciones indebidas, y al señalado en el inciso 1) del artículo 8 de la Convención Americana en la parte que expresa que el juzgamiento debe hacerse dentro de un plazo razonable. La Declaración Universal no hace alusión a este derecho, ni la Constitución Política.

Uno de los grandes problemas de la administración de la justicia penal en el Perú ha sido el de la duración prolongada de los procesos. Así, una de las principales razones para adoptar el sistema que se inaugura con el Código Procesal ha sido el de dar vigencia al principio de celeridad y economía procesal. Para lograr una justicia penal sin

“ Si el Estado no puede ejercer su potestad punitiva en un tiempo razonable, debe ponerse fin a la incertidumbre social que significa un proceso que nunca termina. ”

retardos, no basta establecer mecanismos coercitivos para sancionar la irresponsabilidad de los encargados de administrarla, creando delitos como el abuso de autoridad, retardo de justicia o normas sobre la responsabilidad de los magistrados, sino el de impedir que se den las condiciones que hagan posible ese retardo.

Existen a propósito otros principios que concurren a consolidar el principio de celeridad como son los de oportunidad, concentración y preclusión, que se consideran en otros artículos del Proyecto. Desde que se encomienda al fiscal la investigación para preparar la acusación y proceder al juzgamiento hasta disponer la audiencia

continuada y la libertad del detenido, cuando supera el periodo previsto por la ley para agotar el procedimiento; lo que se busca es no sólo la celeridad en la solución de los conflictos, sino también la mayor eficacia, porque en materia penal el éxito está en razón directa a la proximidad del evento y a la espontaneidad en la obtención de los medios de prueba.

Pero la prontitud y eficacia de la justicia penal no sólo dependen del respeto a los plazos o términos establecidos, o a la buena voluntad de los jueces, fiscales y demás personas comprometidas con la administración de justicia, sino también de fijar reglas para no permitir la repetición innecesaria de diligencias, a no insistir en actuaciones que por diversos motivos son imposibles de ejecutar, y sobre todo de reducir al mínimo el uso y abuso de las nulidades por razones irrelevantes.

La solución oportuna de un proceso penal no sólo favorece al imputado, quien en casos frecuentes sufre injusta estigmatización, sino también al Estado, al perjudicado y a cuanta persona que por alguna razón tiene que ver con el resultado del proceso. Si el Estado no puede ejercer su potestad punitiva en un tiempo razonable, debe ponerse fin a la incertidumbre social que significa un proceso que nunca termina. Si al inculcado no se le prueban los cargos en el tiempo que la ley determina, no hay razón para hacer recaer en él las consecuencias de esa ineficiencia.

La motivación de las resoluciones es otro principio que no ha sido considerado como tal en el Título Preliminar del Proyecto. De acuerdo al artículo 139.5 de la Constitución, este principio debe respetarse en todas las instancias, excepto en las de mero trámite. En el fondo se trata de control para las resoluciones, a fin de que éstas aparezcan como el resultado de una operación lógica que el Juez explica a sus destinatarios por escrito para que las entiendan y las cumplan. Esta motivación tiene que referirse a los hechos y a los preceptos jurídicos que se han escogido. La motivación de las resoluciones revisoras, debe además hacer referencia a los fundamentos de la impugnación.

Otro principio es el de la igualdad procesal, el que se consagra en el más amplio de los sentidos en el artículo 2.2 de la Constitución al proclamarse que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley, sin discriminación alguna por razón de sexo, raza, etc. El Código rescata el principio para incorporarlo al proceso penal con el nombre de “igualdad procesal”, en el sentido de que todas las personas que intervienen en un proceso deben recibir el mismo tratamiento, eliminando privilegios y discriminaciones.

La igualdad procesal está asegurada por otros principios como el contradictorio, propio del juicio público, en el cual acusadores y acusados deben comparecer ante un juez imparcial en igualdad de condiciones, es decir, que pueden usar los mismos medios legales y tener las mismas oportunidades para defender sus puntos de vista y con idénticas posibilidades de ser escuchados. Pero no sólo en la etapa del juicio se asegura esta igualdad, sino también en la investigación a través del instituto del derecho de defensa.

La fuente principal de este principio de igualdad, que dicho sea de paso no se le reconoció de modo expreso en el Código del 40, se halla en primer término en el artículo 10 de la Declaración Universal en cuanto señala el derecho de las personas a ser oídas en “condiciones de plena igualdad”; el Pacto Internacional, en el artículo 14.1, empieza proclamando que todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia; y, la Convención Americana que en el inciso 2) del artículo 8 señala una serie de garantías mínimas a las que toda persona tiene derecho en “plena igualdad”.

