



UNAP

Escuela de Postgrado
“José Torres Vásquez”



**MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN EN
CIENCIAS PENALES**

TESIS

**APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE IMPUTACIÓN NECESARIA
COMO SUSTENTO DEL DEBIDO PROCESO PENAL EN EL
DISTRITO JUDICIAL DE LORETO DURANTE EL AÑO 2013**

PRESENTADO POR:

ABOG. HERNÁN RAMIRO PÉREZ MARTINEZ

ASESOR:

Abog. SEGUNDO ROBERTO VASQUEZ BRAVO, Dr.

**PARA OBTENER EL GRADO DE MAGISTER EN DERECHO CON
MENCIÓN EN CIENCIAS PENALES**

IQUITOS-PERU

JULIO DE 2015

DEDICATORIA

- A mi esposa Nélide Aguinaga Llamo de Pérez, por su amor, comprensión y apoyo incondicional que siempre me ha demostrado.

RECONOCIMIENTO

- A las autoridades de la Escuela de Posgrado de Derecho de la Universidad Nacional de la Amazonía Peruana, por la oportunidad que me brinda para mi desarrollo profesional.

INTRODUCCIÓN

Como sabemos, según el Nuevo Código Procesal Penal, es el Ministerio Público quien tiene, generalmente, la atribución de iniciar la acción penal a través de la formalización y continuación de la investigación preparatoria, que es la base del principio acusatorio; sin embargo, ¿ello es suficiente para sostener que estamos frente al inicio de un debido proceso? Creemos que no, pues consideramos que el verdadero contradictorio y debate se da con una correcta aplicación del principio de imputación necesaria, pues permitirá que el procesado tenga pleno conocimiento de los hechos que se le imputan, su nivel de participación y los elementos iniciales de convicción que lo vinculan con tales hechos, y a partir de allí pueda establecer las estrategias que correspondan para su mejor defensa, lo que lamentablemente no se cumple plenamente, por lo que consideramos importante investigar a fin de plantear las posibles soluciones a esta problemática.

En consecuencia, en la presente investigación, a partir de una explicación del carácter vinculante de la Constitución del Estado (en lo que significa el debido proceso y otros), ingresamos propiamente al análisis de nuestro tema en concreto, para lo cual nos apoyaremos en la doctrina y jurisprudencia relacionada con el mismo, así como en datos estadísticos que reflejen la magnitud del problema en estudio.

Este trabajo, como vemos, busca explicar en qué medida los Fiscales Penales no aplican correctamente el principio de imputación necesaria al momento de la formalización y continuación de la investigación preparatoria, de tal manera que podamos plantear sugerencias a las autoridades correspondientes para la solución de esta problemática.

Para ello, hemos estructurado el presente trabajo del siguiente modo:

- El primer título está referido al planteamiento del problema, sus antecedentes y formulación, los objetivos, justificación, importancia y limitaciones de la investigación.
- El segundo título contiene el marco teórico de esta investigación; así, consideramos la Constitución y su carácter vinculante, los principios y garantías constitucionales, el principio de imputación necesaria, etc.
- El tercer título comprende la metodología empleada en la investigación: el tipo y diseño de la investigación, técnicas e instrumentos, población, muestra, diseño estadístico, etc.
- El cuarto título es propiamente la contrastación de la hipótesis, así como el análisis de los resultados obtenidos.
- Finalmente, se encuentran las conclusiones y recomendaciones a la que hemos arribado.

ÍNDICE

Dedicatoria	02
Reconocimiento	03
Introducción	04

Título I

Planteamiento del problema

1.1. Descripción de la realidad problemática	10
1.2. Planteamiento del problema.	14
1.2.1. Problema principal	14
1.2.2. Problemas secundarios	14
1.3. Indagación sobre investigaciones preexistentes	14
1.4. Delimitación de la investigación	15
1.5. Alcances de la investigación	16
1.6. Objetivos de la investigación	16
1.6.1. Objetivo general	16
1.6.2. Objetivos específicos	16
1.7. Justificación, importancia y limitación de la investigación.....	17

Título II

Marco Teórico

Capítulo I

Algunas cuestiones previas

2.1.1. De la libertad individual y sus limitaciones.....	19
2.1.1.1. La flagrancia.....	27
2.1.1.2. El mandato judicial.....	30
2.1.2. Fundamento del carácter vinculante de la constitución.....	34

Capítulo II

Del proceso penal, principios y derechos procesales

2.2.1. Los sistemas procesales.....	41
2.2.1.1. El Sistema Acusatorio.....	46
2.2.1.2. El sistema Inquisitivo.....	51
2.2.1.3. El Sistema Mixto.....	57
2.2.1.4. El Sistema Acusatorio Garantista Moderno.....	63
2.2.2. Los principios procesales.....	67
2.2.2.1. Principio de legalidad.....	67
2.2.2.2. Principio de presunción de inocencia.....	73
2.2.2.3. Principio in dubio pro reo.....	79
2.2.2.4. Principio de defensa.....	80
2.2.3. Los derechos procesales.....	88
2.2.3.1. Derecho a la no autoincriminación.....	88
2.2.3.2. Derecho a guardar silencio.....	92
2.2.3.3. De la motivación escrita de las resoluciones... judiciales	98

Capítulo III

Tutela procesal efectiva y el debido proceso penal

2.3.1. Tutela procesal efectiva y el debido proceso como principio-derecho de nuestro ordenamiento constitucional.	103
2.3.2. El debido proceso penal. Expresiones del debido proceso.....	104
2.3.3. El debido proceso en la doctrina del Tribunal Constitucional.....	107

Capítulo IV

Del principio de imputación necesaria

2.4.1. Del principio de imputación necesaria. Elementos.....	111
2.4.2. Del principio de imputación necesaria en la doctrina del Tribunal Constitucional.	117
2.4.3. El principio de imputación necesaria y su relación con el derecho de defensa.	128
2.4.4. El principio de imputación necesaria en el nuevo CPP.....	134

Título III

Metodología de la investigación

3.1. Tipo y nivel de investigación.....	153
3.2. Diseño de la investigación.....	153
3.2.1. Universo, población y muestra.....	153
3.2.4. Técnicas e instrumentos de recolección.....	154
3.2.5. Técnica de procesamiento de datos.....	155

Título IV

Contrastación de hipótesis de la investigación.

4.4.	Contrastación de hipótesis.	156
4.4.1.	Hipótesis general.....	156
4.4.2.	Hipótesis secundarias.....	156
4.5.	Operacionalización de variables e indicadores.....	157
4.6.	Análisis, interpretación y evaluación de los resultados...	159
	Conclusiones	183
	Recomendaciones	185
	Bibliografía	188

Título I

Planteamiento del problema

1.1. Descripción de la realidad problemática.

Es al analizar los procesos de hábeas corpus, en que tomé conocimiento de esta problemática, pues pudimos observar que los requerimientos fiscales que formalizaba la continuación de la investigación preparatoria contenía serias deficiencias en la descripción de la imputación.

Para ello es de considerar –conforme a lo normado por el artículo 122.5 del CPP- que las disposiciones y requerimientos fiscales deben estar motivados, y en el caso de los requerimientos, de ser el caso, acompañados de los elementos de convicción que los justifiquen. Así, el artículo 336 inciso 1 del CPP establece como requisitos para la formalización y continuación de la Investigación Preparatoria lo siguiente:

“Si de la denuncia, del Informe Policial o de las Disposiciones Preliminares que realizó, aparecen indicios reveladores de la existencia de un delito, que la acción penal no ha prescrito, que se ha individualizado al imputado”... Más adelante, la misma cita legal señala que la formalización contendrá: “Los hechos y la tipificación específica correspondiente.”

Como vemos, de la lectura de ambos dispositivos podemos afirmar que para abrir instrucción se requiere:

a) que los hechos denunciados constituyan delitos, por lo que los mismos deben ser descritos de forma circunstanciada; es decir, día, hora, lugar, modo, entre otros.

b) la existencia de indicios –inicialmente no se requiere de prueba- tanto de la comisión u omisión que constituye delito, como de aquéllos que vinculan tales hechos denunciados con su autor o presuntos autores;

c) la individualización de su autor o autores o partícipes; es decir, la descripción del aporte que haya efectuado cada uno de los denunciados para la comisión del delito, en otras palabras, de qué manera han intervenido en la comisión de los hechos denunciados;

d) que el delito no haya prescrito.

Sin embargo, conforme veremos en esta investigación, los fiscales especializados en lo penal no cumplen rigurosamente con tales requisitos, afectando de este modo el derecho de defensa y, por ende, el debido proceso, toda vez que hemos apreciado que los hechos imputados no se describen circunstanciadamente y, de modo mayoritario, no se precisa cuáles son los indicios que vinculan a su presunto autor o autores, o lo que también es un gran defecto, se describen los hechos de manera generalizada, pero no individualizadamente, es decir, no se indica de manera precisa y clara cuál ha sido el aporte de cada uno de los involucrados en los hechos denunciados. Este problema se resalta más en los casos de pluralidad de procesados, en donde la generalización de la imputación es grave.

Como se puede comprender, todo ello genera: a) afectación evidente del debido proceso; en forma específica: a la motivación de las resoluciones judiciales (requerimientos fiscales) y al derecho de defensa; b) es el germen de futuros procesos de Hábeas Corpus que van a recargar aún más los juzgados penales, con la consiguiente pérdida de tiempo, gasto, pérdida de confianza en los órganos

jurisdiccionales, etc; c) ocasiona un serio perjuicio en la imagen y prestigio que deben brindar el Ministerio Público y el Poder Judicial.

Sobre el tema, en una sentencia muy comentada que lo mencionamos sólo a modo de ejemplo, el Tribunal Constitucional ha expuesto en el Exp. No.3390-2005HC/TC – Caso Margarita Toledo Manrique, que también es aplicable a nuestro caso:

[...] el juez penal cuando instaura instrucción por el delito por falsificación de documentos en general, omitiendo pronunciarse en cuál de las modalidades delictivas presumiblemente habría incurrido la imputada, y al no precisar si la presunta falsificación de documentos que se imputa a la favorecida está referida a instrumentos públicos o privados, lesiona su derecho a la defensa, toda vez que, al no estar informada con certeza de los cargos imputados, se le restringe la posibilidad de declarar y defenderse sobre hechos concretos, o sobre una modalidad delictiva determinada y, con ello, la posibilidad de aportar pruebas concretas que acrediten la inocencia que aduce.

Esta omisión ha generado un estado de indefensión que incidirá en la pena a imponerse y en la condición jurídica de la procesada, lo cual demuestra que el proceso se ha tornado en irregular por haberse transgredido los derechos fundamentales que integran el debido proceso, esto es, el derecho de defensa; ello, a su vez, ha determinado la afectación de la tutela jurisdiccional, ambos garantizados por la Norma Constitucional.

“(...) Por ello, es derecho de todo procesado el que conozca de manera expresa, cierta, e inequívoca los cargos que se formulan en su contra, y en el presente caso tanto más, dado que la naturaleza pública o privada de los documentos cuya presunta falsificación se investiga, permanecerá inalterable durante el desarrollo de la instrucción, pero su determinación por parte del juzgador incidirá en el derecho de defensa de los imputados y en su libertad personal cuando se determine su situación jurídica y la posterior pena a imponérseles

Igualmente, en la sentencia recaída en el Exp. No.8123-2005-PHC/TC – Caso Nelson Jacob Gurman, el Tribunal Constitucional sostuvo que:

“Como se aprecia, la indicada individualización resulta exigible en virtud del primer párrafo del artículo 77 del Código de Procedimientos Penales, obligación judicial que este Tribunal

considera debe ser efectuada con criterio constitucional de razonabilidad, esto es, comprender que nada más lejos de los objetivos de la ley procesal el conformarse con que la persona sea individualizada cumpliendo no solo con consignarse su identidad (nombres completos) en el auto de apertura de instrucción (menos aún, como se hacía años antes, contra los que resulten responsables, hasta la dación de la modificación incorporada por el Decreto Legislativo 126, publicado el 15 de junio de 1981), sino que, al momento de calificar la denuncia, será necesario, por mandato directo e imperativo de la norma procesal citada, controlar la corrección jurídica del juicio de imputación propuesto por el fiscal, esto es, la imputación de un delito debe partir de una consideración acerca del supuesto aporte delictivo de todos y cada uno de los imputados.

En otras palabras, la protección constitucional del derecho de defensa del justiciable supone, a la vez, la obligación de motivación del Juez penal al abrir instrucción. Esta no se colma únicamente con la puesta en conocimiento al sujeto pasivo de aquellos cargos que se le imputan, sino que comporta una ineludible exigencia, cual es que la acusación ha de ser cierta, no implícita, sino, precisa, clara y expresa, Es decir, una descripción suficientemente detallada de los hechos considerados punibles que se imputan y del material probatorio en que se fundamentan, y no como en el presente caso, en que se advierte una acusación genérica e impersonalizada que limita o impide al procesado un pleno y adecuado ejercicio constitucional del derecho de defensa.

Por tales razones, entonces, creemos necesario hacer un minucioso estudio, muy específico, para determinar de qué manera los Fiscales especializados en lo penal no aplican correctamente el principio de imputación necesaria al dictar su requerimiento de formalización y continuación de la investigación preparatoria, de modo tal que podamos plantear las sugerencias que sean necesarias para contribuir a la solución de esta problemática.

1.2. Planteamiento del problema.

1.2.1. Problema principal.

¿Por qué los Fiscales especializados en lo penal no aplican correctamente el principio de imputación necesaria al momento de emitir la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria, así como en el requerimiento acusatorio?

1.2.2. Problemas secundarios.

1. ¿En qué medida los Fiscales especializados en lo penal del Distrito Judicial de Loreto desconocen cuáles son los elementos que contiene el principio de imputación necesaria?
2. ¿En qué medida la aplicación incorrecta del principio de imputación necesaria afecta el derecho de defensa del procesado?
3. ¿En qué medida la aplicación incorrecta del principio de imputación necesaria afecta el derecho a la prueba del procesado?

1.3. Indagación sobre investigaciones preexistentes.

De la investigación realizada, no se ha encontrado algún trabajo referente a la aplicación del principio de imputación necesaria en el distrito judicial de Loreto durante el años 2013, por lo que –en ese sentido- resulta un tema nuevo a tratar, sobre todo si consideramos que en este específico caso

vamos a tener la oportunidad de analizar lo ocurrido con el nuevo Código Procesal Penal.

1.4. Delimitación de la investigación.

Delimitación Espacial

Aplicación del principio de imputación necesaria como sustento del debido proceso penal en el distrito judicial de Loreto.

Delimitación Temporal

La presente investigación abarcará el año 2013.

Delimitación Cuantitativa

Se encuentra determinado por el análisis de los requerimientos de formalización y continuación de la investigación preparatoria dictada por los Fiscales Penales del distrito judicial de Loreto, así como encuestas y entrevistas con los Magistrados de los dos niveles (Fiscales y Jueces) de la especialidad del mismo distrito judicial en donde se desarrollará la investigación, igualmente especialistas en el tema.

1.5. Alcances de la investigación.

Los resultados o conclusiones obtenidos, tendrán alcances socio-jurídicos, para que luego de ser interpretadas estén al alcance de los operadores jurídicos del Distrito Judicial de Loreto, a fin de que puedan ser sometidos también a análisis y debate que repercutan en soluciones para el problema investigado.

1.6. Objetivos de la investigación.

1.6.1. Objetivo general.

Explicar en qué medida los Fiscales especializados en lo penal del Distrito Judicial de Loreto, aplicaron deficientemente el principio de imputación necesaria al dictar sus requerimientos de formalización y continuación de la investigación preparatoria durante el año 2013.

1.6.2. Objetivos específicos.

- Identificar cuáles son los elementos que contiene el principio de imputación necesaria.
- Explicar cómo la deficiente aplicación del principio de imputación necesaria afecta el derecho de defensa del procesado.

- Explicar cómo la deficiente aplicación del principio de imputación necesaria afecta el derecho a la prueba del procesado.
- Explicar cómo la deficiente aplicación del principio de imputación necesaria afecta el principio de igualdad procesal entre las partes.
- Explicar en qué medida la no aplicación del principio de imputación necesaria genera un efecto negativo en la percepción de justicia en los justiciables y en la sociedad.
- Demostrar que el principio de imputación necesaria y el derecho de defensa son las bases que sustentan el debido proceso penal.
- Explicar cuáles son las consecuencias jurídicas que genera la deficiente aplicación del principio de imputación necesaria.

1.7. Justificación, importancia y limitación de la investigación.

Consideramos que la presente investigación encuentra su justificación en los siguientes aspectos:

- a. Es útil, porque con su resultado propondremos sugerencias que van a contribuir a resolver un problema jurídico, esto es: la aplicación incorrecta del principio de imputación necesaria al momento de formalizarse y continuar la investigación preparatoria.

- b. Actual, porque consideramos que el problema se sigue presentando, por lo que incluso ha merecido sendos pronunciamientos del Tribunal Constitucional.

- c. De Derecho, porque el problema planteado pertenece exclusivamente a la ciencia del Derecho, sin excluir las repercusiones sociales que genere las sugerencias que se planteen en la presente investigación.

- d. Finalmente, creemos que una adecuada administración del servicio de justicia contribuirá, a su vez, a la paz social, contribuyendo a brindar seguridad jurídica y, como consecuencia de ello, una mejora sustancial en la percepción que la sociedad tiene de su sistema judicial.

Limitación de la investigación.

Consideramos que no tendríamos mayor problema en obtener la información requerida, por lo que no existe ninguna limitación que impida la realización de esta investigación.

Título II

Marco Teórico

Capítulo I

Algunas cuestiones previas

2.1.1. De la libertad individual y sus limitaciones.

Fruto del avance y desarrollo de la humanidad y de superar sus propias contradicciones económicas y sociales, la libertad personal¹ se consolidó como uno de los valores fundamentales de la persona² y cuyo respeto es un atributo propio de un Estado Constitucional de Derecho, además de que está reconocido en el artículo 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 7.2 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos y, en nuestro país, en el artículo 2 inciso 24 de la Constitución Política vigente que textualmente dispone: “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.”

Del mismo modo, en la Exposición de Motivos del Código Procesal Constitucional se lee: “De acuerdo a la Constitución, la libertad no sólo es un derecho fundamental, sino un valor superior del

¹ En el fundamento 14 de la sentencia expedida por el Tribunal Constitucional, recaída en el Caso Taj Mahal Discoteque (3283-2003-AA/TC) se lee: ...“J. Hervada expone que: (*Los eclesiasticistas ante un espectador*. Pamplona. Eunsa. 1999, pág. 25) *la libertad es algo que el hombre ya tiene por naturaleza y que posee en el orden del ser, bien como dimensión ontológica, bien como derecho natural.*” Extraído de la página web del Tribunal Constitucional: www.tc.gob.pe.

² Cfr. Abad Yupanqui, Samuel y otros. *Código Procesal Constitucional*. Ed. Palestra. 2ª. Edición actualizada. Lima 2005.

ordenamiento jurídico.” Más adelante se señala que: “Ciertamente, como algunos han dicho, el ser humano en algunas situaciones ha preferido morir a vivir sin libertad.” Y es que, en la actualidad, la libertad se ha constituido en un derecho fundamental, la que sigue en importancia –de manera definitiva- al derecho a la vida. Al respecto, el profesor César San Martín³ afirma que ...“constituye una afirmación esencial en el moderno constitucionalismo que la libertad personal es uno de los bienes jurídicos de mayor jerarquía axiológica; sólo el derecho a la vida lo supera.”

Como vemos, la libertad es una condición *sine qua nom* para el goce de los otros derechos reconocidos constitucionalmente, en valores y en dignidad. Esta es la nueva visión del derecho: la que afirma que éste tiene por finalidad la protección de la persona, básicamente su libertad, en tanto que esta libertad nos permite realizar nuestro proyecto de vida, la de encontrar y ejecutar la misión de nuestra vida.⁴

Precisamente, por la riqueza de su contenido, quisiéramos también resaltar las siguientes definiciones: Platón decía que “La libertad está en ser dueño de la vida propia, en no depender de nadie en ninguna ocasión, en subordinar la vida sólo a la propia voluntad y en no hacer

³ Cfr. San Martín Castro, César. *Derecho Procesal Penal*. Vol. II. 2ª. Edición actualizada y aumentada. Ed. Grijley. Lima, octubre 2003.

⁴ Cfr. Fabián Novack y Sandra Namihas. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Academia de la Magistratura-GTZ. 1ª. Edición, Lima, noviembre 2004, p.25, señala que ...“la libertad es la condición imprescindible para la acción que permite alcanzar a cada individuo los objetivos y fines morales que persiga y que son la expresión de la dignidad humana. Es así que la libertad es el referente en donde se van a apoyar los otros valores –igualdad, seguridad y solidaridad- en tanto que su importancia se deriva directamente de su conexión con los fines del hombre mismo.”

caso de la riqueza.” Igualmente, don Miguel de Cervantes Saavedra, a través del *Ingenioso Hidalgo don Quijote de la Mancha*, nos dice por medio de don Quijote, quien dice a Sancho: “La libertad es uno de los más preciosos dones que a los hombres dieron los cielos, con ella no pueden igualarse los tesoros que encierra la tierra, ni el mar encubre; por la libertad (...) se puede y se debe aventurar la vida.”

Por otra parte y jurisprudencialmente, el Tribunal Constitucional, en el Exp.2455-2002-HC/TC afirma que la libertad es ...“la voluntad libre (que) puede entenderse como el pleno albedrío y (...) proceder según la propia determinación (de la persona).”⁵

Del mismo modo, en la ya citada sentencia paradigmática de Eleobina Aponte Chuquihuanca (Exp.2663-2003-HC/TC) el Tribunal Constitucional en su fundamento 1, afirma que: “La libertad personal es un derecho subjetivo, reconocido en el inciso 24) del artículo 2.º de la Constitución Política del Estado, el artículo 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 7.2 de la Convención Interamericana sobre Derecho Humanos. Al mismo tiempo que derecho subjetivo, constituye uno de los valores fundamentales de nuestro Estado Constitucional de Derecho, por cuanto fundamenta diversos derechos constitucionales a la vez que justifica la propia organización constitucional.”

⁵ Todas las sentencias han sido extraídas de la página web del Tribunal Constitucional: www.tc.gob.pe

De las definiciones dadas, por libertad debemos entender que no sólo se comprende a la de locomoción o desplazamiento (tal vez la más fácil de reconocer) sino que abarca también a cuestiones que sólo están dentro del actuar y pensar de la persona;⁶ así tenemos: la libertad de culto o religión, la libertad de conciencia, la libertad de contratar, la libertad de expresión, la libertad económica, la libertad política, la libertad de empresa, la libertad sindical, etc. En otras palabras, no habría más limitaciones a la libertad de las personas que las dadas por sí mismas (derivadas de su capacidad de discernir entre lo que considera bueno o malo) por el orden social⁷ o porque la ley lo fija, como ya lo veremos en líneas siguientes.

Es en ese sentido que el artículo 4 de la Declaración de los Derechos y del Ciudadano afirma que ...“la libertad consiste en hacer todo lo que no perturbe a los otros: en consecuencia, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre sólo tiene los límites que aseguren a los otros miembros de la sociedad, el disfrute de los

⁶ Castañeda Otsu, Susana y otros; *Introducción a los procesos constitucionales*, Jurista Editores, Lima 2005, p. 93, dice: “Conviene precisar que, en doctrina, se sostiene que la libertad individual tiene una dimensión más amplia que la libertad personal. Así, el autor español Óscar Alzaga, concibe la libertad personal como un principio que tiene su desarrollo constitucional en otros preceptos de la misma, entre ellos los artículos 15, 18 y 19, con lo cual se amplía el contenido hasta lo que la doctrina francesa denomina libertad física, comprensiva de la libertad individual en un sentido estricto, la circulación y el derecho a la intimidad.” Sobre este mismo punto, Eloy Espinoza-Saldaña sostiene que ...“la libertad (entendida al mismo tiempo como autodeterminación y no interferencia) es doctrinariamente conocida con el nombre de la libertad personal.” En *El hábeas corpus contra Resoluciones Judiciales*. Revista *Justicia Viva*. Fondo Editorial PUCP – IDL. Lima, junio de 2003.

⁷ En el fundamento 28 de la sentencia recaída en el Caso Taj Mahal Discoteque (Exp.3283-2003-AA/TC) se lee: “El orden público es el conjunto de valores, principios y pautas de comportamiento político, económico y cultural en sentido lato, cuyo propósito es la conservación y adecuado desenvolvimiento de la vida coexistencial. En tal sentido, consolida la pluralidad de creencias, intereses y prácticas comunitarias orientadas hacia un mismo fin: la realización social de los miembros de un Estado.” Extraído de la página web del Tribunal Constitucional.

mismos derechos. Esos límites no pueden estar determinados en la ley.”⁸

Pero, ¿es la libertad un derecho absoluto?. Tajantemente diremos que no y esto nos hace recordar aquél pensamiento de SS Juan Pablo II quien decía que: “El respeto al derecho ajeno es la paz.” Y es que, efectivamente, los derechos de las personas no son absolutos, tienen sus límites y que éstos están dados donde empiezan los derechos de los demás,⁹ sólo así se puede asegurar el mantenimiento de la paz social y que el individuo pueda realizar su proyecto de vida.

Por estas razones, podemos afirmar que la libertad individual tiene una doble connotación: como exigencia que tiene que ser reconocida, garantizada y respetada por todos, y –de modo opuesto- como obligación de reconocer, garantizar y respetar la libertad individual de cada uno de los demás miembros de la sociedad, correspondiendo al Estado la función de organizar y regular estas relaciones a fin de asegurar su ejercicio oportuno, en armonía con el interés social.

En este contexto, el maestro español Manuel Atienza¹⁰ nos recuerda sobre lo que dispuso el Tribunal Constitucional español frente a la huelga de hambre que habían iniciado los internos del penal GRAPO.

⁸ En Landa Arroyo, César. *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*. Palestra Editores. 1ª. Reimpresión. Lima, mayo 2004.

⁹ Adaptación libre de una cita de quien fuera un destacado presidente de México, hombre de origen humilde y de gran valor: don Benito Juárez.

¹⁰ Extraído del capítulo *Hacia un método de argumentación jurídica* en su *Las Razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica* (1991).

En este caso, dicho tribunal resolvió que la administración del penal estaba en la obligación de alimentar, aun a la fuerza, a dichos internos, pues consideró que ...“el derecho a la vida tiene un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte.”

En el fundamento 2 del citado Caso Eleobina Mabel Aponte Chuquihuanca (Exp.2663-2003-HC/TC) el Tribunal Constitucional dice que ...“como todo derecho fundamental, la libertad personal tampoco es un derecho absoluto. Ningún derecho fundamental, en efecto, puede considerarse ilimitado en su ejercicio. Los límites que a éstos se puedan establecer pueden ser intrínsecos o extrínsecos. Los primeros son aquéllos que se deducen de la naturaleza y configuración del derecho en cuestión. Los segundos, los límites extrínsecos, son aquéllos que se deducen del ordenamiento jurídico, cuyo fundamento se encuentra en la necesidad de proteger o preservar otros bienes, valores o derechos constitucionales. Es así que pueden ser restringidos o limitados mediante ley.

Es más, en el caso José Pereyra Graham (Exp.No.0362-2002-HC/TC) el Tribunal Constitucional¹¹ señaló que: “Aunque la Constitución no haya establecido otros supuestos limitantes del ejercicio de la libertad de tránsito, ello no quiere decir que no exista, pues como dispone el artículo 32.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, los

¹¹ Eguiguren Praeli, Francisco. *Nueva jurisprudencia nacional y los tratados de derechos humanos*. Revista *Justicia Viva*. Fondo Editorial PUCP – IDL. Lima, junio de 2003.

derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática. Más adelante, continúa afirmando que ...“el Tribunal Constitucional considera que su imposición debe realizarse bajo los alcances del principio de razonabilidad, que exige no sólo que entre la falta cometida y la sanción impuesta exista relación y justa adecuación, sino además, que la restricción del ejercicio de otros derechos constitucionales lo sea en la medida estrictamente necesaria para preservar los derechos de los demás.”

Del mismo modo, en el Caso Vicente Silva Checa (Exp.1091-2002-HC/TC) en su fundamento 23, el Tribunal Constitucional¹² afirma: “Finalmente, según el artículo 29.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, *en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.*”

En el Exp.1076-2003-HC/TC, en su fundamento jurídico 7, el Tribunal Constitucional dictaminó que ninguna libertad o derecho fundamental ...“puede ser entendida en términos absolutos, no sólo porque ningún

¹² Eguiguren Praeli, Francisco. *Nueva jurisprudencia nacional y los tratados de derechos humanos...*

derecho constitucional tiene tal cualidad, sino, además, porque existen otros bienes y principios constitucionales que también exigen ser optimizados. De allí que el tribunal juzgue que (el derecho fundamental) deba ser interpretado bajo los alcances del principio de concordancia práctica, que exige determinar el contenido esencial de un derecho en coordinación con otros principios o exigencias constitucionalmente relevantes.”¹³

Igualmente, César San Martín ¹⁴ nos recuerda que ...“la doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha venido sosteniendo reiteradamente que si bien la libertad personal es limitable (STEDH, Asunto “Buckley” del 25 de setiembre de 1969) tal limitación ha de ser equitativa, siempre y cuando se respeten determinadas condiciones expresas, adecuadas al fin (STEDH, Asunto Handyside del 07 de diciembre de 1972).”

Reiteramos, entonces, que no hay un derecho absoluto. Así, en nuestro ordenamiento constitucional y legal, nuestra libertad de desplazamiento o locomoción puede ser válidamente restringida por razones de sanidad, seguridad, motivo grave o por haberlo así dispuesto la autoridad judicial o policial; tal como se desprende del

¹³ Extracto jurisprudencial publicado en el artículo *Notas sobre el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales*, de Juan Sosa Sacio, aparecido en la revista *Actualidad Jurídica – Gaceta Jurídica*, Tomo 134, Lima 2005.

¹⁴ San Martín Castro, César. *Derecho Procesal Penal*...p.826 y ss.

artículo 2 incisos 9, 11, 12, 24 letras “b”, “c” y “f” de la Constitución Política vigente.¹⁵ Veamos sólo los más resaltantes.

2.1.1.1. La flagrancia.

El artículo 2, 24-f de la Constitución vigente, establece que la detención de una persona sólo procede por mandato judicial o en los casos de flagrante delito, en la que sí está permitida la intervención policial y la detención del intervenido por un período no mayor de 24 horas o el término de la distancia –para los denominados delitos comunes- ni mayor de quince días en los casos de terrorismo, narcotráfico y traición a la patria, debiendo comunicarse al Ministerio Público y al Juez Penal competente, quien puede asumir jurisdicción y, en consecuencia, participar de las diligencias que se realicen.

César San Martín,¹⁶ siguiendo a Garberi Llobregat, señala que la flagrancia es ...“una de las formas en que puede manifestarse el delito, y en tal sentido el *delito flagrante* se contrapone al *delito clandestino*.” Es decir, en el primer caso la comisión de un delito se hace evidente a través de sus propios autores y las huellas u objetos que revelan su inmediata comisión; en cambio, en el segundo supuesto, no se manifiestan tales actos, se desconoce su autoría.

¹⁵ Ver: Abad Yupanqui, Samuel. *Constitución y Procesos Constitucionales*. Palestra Editores. 1ª. Edición. Lima, agosto de 2005.

¹⁶ San Martín Castro, César. *Derecho Procesal Penal*...p.806 y ss.

La flagrancia, en consecuencia, implica una situación de hecho que justifica la intervención de las autoridades policiales para evitar: la consumación del delito que se está cometiendo, el agotamiento del ya cometido; o la fuga o desaparición del delincuente o de los efectos del delito.¹⁷ Lo importante de todo esto, es que las autoridades policiales deben hacer todos los esfuerzos para que el detenido esté a disposición del juzgado penal dentro de estas veinticuatro horas o los quince días ya señalados; es decir, no deben esperar que se venza este plazo para recién trasladar al detenido al Ministerio Público para que éste –a su vez- luego de la evaluación del atestado policial, que en el mejor de los casos requiere y se resuelve en unas horas, formule la acción penal. De ocurrir ello, estaríamos ante el eventual hecho de una detención arbitraria.

Así es la opinión del máximo órgano de control constitucional, que en el caso Zoila Verónica Soriano Mautino¹⁸ (Exp.No.140-95-HC/TC) dictaminó que: “La Constitución no permite que por algún motive se prolongue la detención de una persona por más de veinticuatro horas, término en el que debe ser puesto a disposición del Juez competente; que éste es un derecho fundamental de todo ciudadano para preservar su libertad, principio que el Tribunal debe hacer cumplir teniendo en cuenta que de acuerdo a lo dispuesto por el artículo doscientos uno de la Carta Magna es su órgano de control.”

¹⁷ San Martín Castro, César. *Derecho Procesal Penal...* p.806 y ss.

¹⁸ Extracto aparecido en el material de estudio del Sexto Curso de Preparación para el Ascenso – Primer, Segundo y Tercer Nivel de la Magistratura.

Igualmente, es importante señalar –tal como lo sostiene el profesor Aragonés Martínez-¹⁹ que la flagrancia presente tres requisitos insustituibles: 1) *inmediatez temporal*, que el delito se esté cometiendo o que haya sido cometido instantes antes, 2) *inmediatez personal*, que el delincuente se encuentre allí en ese momento en situación tal con relación al objeto o a los instrumentos del delito que ello ofrezca una prueba evidente de su participación en el hecho; y, 3) *necesidad urgente*, que determina la intervención imperiosa de la policía con el doble fin de poner término a la situación existente impidiendo, en todo caso, la posible propagación del mal que la infracción acarrea, y de conseguir la detención del autor de los hechos.

El artículo 259 del Código Procesal Penal establece que estamos ante flagrancia cuando:

1. El agente es descubierto en la realización del hecho punible.
2. El agente acaba de cometer el hecho punible y es descubierto.
3. El agente ha huido y ha sido identificado o inmediatamente después de la perpetración del hecho punible, sea por el agraviado o por otra persona que haya presenciado el hecho, o por medio audiovisual, dispositivos o equipos con cuya tecnología se haya registrado su imagen, y es

¹⁹ San Martín Castro, César. *Derecho Procesal Penal...* p.807.

encontrado dentro de las veinticuatro (24) horas de producido el hecho punible.

4. El agente es encontrado dentro de las veinticuatro (24) horas después de la perpetración del delito con efectos o instrumentos procedentes de aquel o que hubieren sido empleados para cometerlo o con señales en sí mismo o en su vestido que indiquen su probable autoría o participación en el hecho delictuoso.

2.1.1.2. El mandato judicial.

Es de tener en cuenta que la Constitución también señala que el otro supuesto para la afectación válida de la libertad individual de una persona es el mandato judicial; es decir, aquella decisión (detención o comparecencia) expedida por un Juez, la misma que debe responder –en cualquiera de los casos establecidos por la norma- a los principios que *son de aplicación para dictar cualesquiera de las medidas coercitivas personales que la ley señale y que el juez debe tener presente*, en tanto que éstas permiten una adecuada protección de la persona y actúan como contención frente al posible arbitrio de la autoridad.

Sin embargo, como sostiene César Landa, ...“en caso de colisión, no siempre se resuelve con el principio *indubio pro*

libertate sino, modernamente, a través del principio de proporcionalidad de los derechos fundamentales, lo que supone integrar la libertad y la autoridad, sin afectar el núcleo duro de los derechos fundamentales, mediante el principio de armonización y proporcionalidad.”²⁰ Ahora bien, *las medidas coercitivas personales* se sustentan principalmente en los siguientes principios:

- a. Proporcionalidad. Como dijéramos anteriormente, éste es el principio rector: la medida coercitiva debe guardar relación con la magnitud o gravedad de los hechos que van a ser materia de investigación, las características del injusto penal, su influencia e impacto social, las circunstancias de perpetración del injusto penal, condiciones personales de los presuntos autores, entre otros. Al respecto, César Landa²¹ afirma que es menester una interpretación extensiva *favor libertatis* y una interpretación restrictiva respecto a sus limitaciones, por lo que se requerirá de mayor fundamentación al disponerse la medida más grave.
- b. Razonabilidad. Entendida conjuntamente con el anterior, que los derechos afectados a la sociedad guarden relación con los derechos que se afecten al presunto autor de los hechos denunciados; es decir, que asegurar el respeto a la

²⁰ Landa Arroyo, César; *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*. Palestra Editores. 1ª. Reimpresión. Lima, mayo 2004.

²¹ Landa Arroyo, César. *Teoría...*

ley o del interés público no vaya más allá de lo estrictamente necesario para ser eficaz.²²

- c. Provisionalidad. Es una medida cautelar, no es algo definitivo ni tiene carácter punitivo, pues lo que se pretende es garantizar que el proceso penal se desarrolle dentro del marco legal y cumpla sus fines. Es decir, puede ser variado si alguno de los presupuestos que se consideraron (al abrir instrucción) para dictar mandato de detención también varía. Es la aplicación de la regla *rebus sic stantibus*.
- d. Necesidad. Es su justificación teleológica, para garantizar la finalidad del proceso, esclarecer los hechos, llegar a una verdad legal. Su aplicación va a permitir la recopilación de las pruebas y la asistencia personal del inculcado en el proceso.
- e. Motivación. Para que el juez dicte cualquiera de estas medidas coercitivas personales, debe justificar su decisión, explicar las razones por las que ha adoptado una de ellas y evitar una arbitrariedad. Tampoco se trata de que el juez actúe mecánicamente, sino que tiene que hacer una evaluación razonada de cada caso para comprobar si los presupuestos exigidos por la ley se cumplen. Cuanto más grave es la medida a imponer, mayor justificación se requiere.

²² Cfr. Calderón Sumarriva, Ana. *Derecho Procesal Penal – Didáctico*. Fondo Editorial de la Escuela de Graduados Águila y Calderón. Lima, febrero 2004.

- f. Elementos iniciales de convicción que establezcan un *nexo causal* entre los hechos denunciados con el o los presuntos autores de los mismos y que, inicialmente, sean suficientes para afectar el principio de presunción de inocencia. No se trata de un adelanto de opinión, sino que por las pruebas o documentos que el juez tenga a la vista se presume la responsabilidad de los denunciados. César San Martín,²³ recogiendo la doctrina personalista de la prueba, explica que ésta la clasifica en *prueba directa* y *prueba indirecta* (llamada también indiciaria o circunstancial). El primero se da cuando hay coincidencia completa y conexión entre el hecho probado y el hecho tipo a probar exigido por el supuesto de hecho de la norma jurídica; tal es el ejemplo dado por Almagro Nosete:²⁴ los testigos declaran que vieron al agresor apuñalar a la víctima. El segundo caso se da cuando el hecho no es coincidente, pero sí significativo a efectos probatorios; por ejemplo, cuando los testigos declaran que el sujeto a quien se imputa la agresión había proferido en varias ocasiones sendas amenazas de muerte contra la víctima.
- g. Legalidad, sólo se aplican las medidas coercitivas establecidas expresamente en la ley, en el modo y tiempo que corresponda, lo contrario sería un acto arbitrario. Como reiteramos, las únicas medidas coercitivas a aplicarse son

²³ Op. cit. p. 853.

²⁴ Expuesto por César San Martín. *Derecho Procesal Penal ... p. 853.*

las establecidas en el Código Procesal Penal vigente en esta parte.

El Código Procesal Penal en sus artículos 261 y ss señala que la detención preliminar judicial es dictada por el Juez de la Investigación Preparatoria a solicitud del Fiscal, sin trámite alguno y teniendo a la vista las actuaciones remitidas por aquel, y procede cuando:

- a. No se presente un supuesto de flagrancia delictiva, pero existen razones plausibles para considerar que una persona ha cometido un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a cuatro años y, por las circunstancias del caso, puede desprenderse cierta posibilidad de fuga;
- b. El sorprendido en flagrante delito logre evitar su detención;
- c. El detenido se fugare de un centro de detención preliminar.

Agrega que para cursar la orden de detención en los casos anteriores, se requiere que el imputado se encuentre debidamente individualizado con los siguientes datos: nombres y apellidos completos, edad, sexo, lugar y fecha de nacimiento.

2.1.2. Fundamento del carácter vinculante de la constitución.

Hoy se concibe a la Constitución no sólo como un amplio espectro de sueños e ideales a alcanzar, sino como verdadera ley suprema que a

través de sus normas vincula a todas las personas e instituciones de un Estado.²⁵ En otras palabras: ninguna ley, persona natural o entidad pública o privada puede sentirse superior o intocable ni ajena a sus disposiciones, ello se basa en la supremacía que nos merece la persona humana, en el respeto a su dignidad²⁶ y de su libertad que le va a permitir realizar y alcanzar su proyecto de vida.²⁷

²⁵ Cfr. Castillo Córdova, Luis, en *Comentarios al Código Procesal Constitucional*, Universidad de Piura, ARA Editores, 1ª. Edición, Lima octubre de 2004, p. 43, afirma: “Si, como se ha argumentado, la Constitución peruana es norma jurídica fundamental, la consecuencia necesaria es que todo su contenido es normativo y vinculante. Esto, aplicado de las disposiciones de la Constitución que reconocen los derechos de la persona, significa que los derechos constitucionales vinculan tanto al poder político como a los particulares. Es decir, que los derechos constitucionales son categorías jurídicas plenamente vigentes y que deben ser respetadas por sus destinatarios.” En tal sentido, no le falta razón al profesor Julio Santa Cruz en *Notas sobre Interpretación y Dogmática en la aplicación de la ley penal*, Revista 4 de la Academia de la Magistratura, Lima 2000, cuando afirma que ...“en el Estado constitucional la ley carece de autonomía porque siempre habrá de rendir cuenta ante la instancia superior de la Constitución.”

²⁶ Cfr. Fabián Novack y Sandra Namihas. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, p.16, sostienen: ...“cuando nos preguntamos dónde radica el fundamento de los derechos humanos (esto es, el por qué) debemos responder que en la dignidad humana, ya que no es posible hablar de ser humano sin dignidad, como tampoco es posible hablar de una vida digna sin libertad, igualdad, integridad, honor (...) el reconocimiento de los derechos humanos es la única manera de garantizarle al individuo una vida digna y, por tanto, su condición de ser humano.” De Asís Roig, Rafael. *Escritos sobre Derechos Humanos*. ARA Editores. 1ª. Edición. Lima 2005, pp. 71-72, haciendo referencia al tribunal español, sostiene: “Nuestro Tribunal Constitucional se ha referido a la dignidad humana considerándola como un valor espiritual y moral inherente a todas las personas, que se constituye en un *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, y que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida (esto es en la autonomía individual), constituyendo el punto de arranque para la existencia y especificación de los derechos fundamentales (STC 27/82, 53/85, 57/94). (...) los derechos se configuran como los principales instrumentos para el logro de la dignidad, por lo que esta adquiere sentido desde el examen de los bienes que los derechos protegen.”

²⁷ Cfr. Fernández Sessarego, Carlos Enrique. *Libertad, Constitución y Derechos Humanos*. Centro de Investigaciones Judiciales de la Corte Superior de Justicia de Ica. 1ª. Edición. Lima 2003, pp. 14-15, sostiene que: ...“el derecho, a través del aparato normativo, se halla al servicio del hombre coexistencial, para asegurarle el libre desenvolvimiento de su libertad creando situaciones propicias de justicia y seguridad, de todo lo que dinamizará la paz. El hombre, que es un ser libre, requiere, pese a los enormes condicionamientos a que está sometido en su vida, a realizarse según el llamado de su vocación personal, única e intransferible. Para ello exige, necesita poseer los medios adecuados, culturales, económicos, de salud, etc. El derecho, a través de las normas, debe coadyuvar a obtener todo de ello. El derecho es así, debe ser así, liberador. La principal función del derecho es asegurar, mediante la justicia y la seguridad, el que cada hombre, y con él la comunidad toda, se realice y no se fruste.”

De Asís Roig,²⁸ sostiene que el papel de los derechos fundamentales en una sociedad moderna es claro. Estos derechos constituyen la base de todo sistema político que postule como fin fundamental el desarrollo de la dignidad humana y, por otro lado constituyen las exigencias, necesidades y pretensiones vitales de los hombres. El conocimiento de su significado, de su importancia, de la posibilidad de su ejercicio, es fundamental no solo para toda persona sino también para el porvenir de la humanidad. Podemos así afirmar, con Eusebio Fernández, que la defensa de los derechos humanos fundamentales se presenta como un auténtico reto moral de nuestro tiempo, la piedra de toque de la justicia del Derecho y de la legitimidad del Poder y el procedimiento garantizador de la dignidad humana contra todo tipo de alienación y manipulación.

Es evidente, entonces, que el artículo 1 de la Constitución que sostiene que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, adquiere real valía y se materializa en el momento de la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales a un caso en concreto²⁹ -como sucede en los hábeas corpus contra resoluciones judiciales que amenacen o vulneren la libertad personal o sus derechos conexos a través de la afectación al debido proceso- en los que se debe considerar como guías de nuestro actuar el principio *pro homine*, la

²⁸ Cfr. De Asís Roig, Rafael. *Escritos sobre Derechos Humanos...* p.54

²⁹ Como señala Gustavo Zagrebelsky, la ...“interpretación jurídica es una actividad eminentemente práctica, en el sentido de que procede de casos prácticos y tiene como finalidad su resolución.” Citado por Edgar Carpio Marcos en *La interpretación de los derechos fundamentales*, Ed. Palestra, 1ª. Edición, Lima 2004, p.18.

fuerza expansiva, irrenunciabilidad, posición preferente y de eficacia que tienen los derechos fundamentales.³⁰ Sólo de esta manera podemos hacer realidad la efectiva y adecuada protección de la persona y su dignidad, y que dicho artículo constitucional no quede como una fórmula abstracta, inmaterial o simple quimera intelectual.

Creemos que esta es una labor que no sólo corresponde a los denominados Jueces Constitucionales, sino que comprende a todo el sistema que está vinculado con la libertad individual o sus derechos conexos, de tal manera que en la labor de la judicatura se aprecie un profundo conocimiento de la norma y razonamiento jurídico, espíritu humanista, y no la mera aplicación de la norma,³¹ razón por la

³⁰ El Tribunal Constitucional Federal alemán, citado por Carpio, op. cit., p. 30, en el BverfGE, 6, 55 (72) sostuvo que ...“incumbe a la jurisprudencia constitucional descubrir la diferente función de una norma constitucional y en particular de un derecho fundamental. Y al respecto se dará preferencia a la interpretación que más fuertemente despliegue la eficacia jurídica de la norma.”

³¹ Así lo señala el Tribunal Constitucional en el caso Grace Mary Riggs Brousseau (Exp.No.197-2002-HC/TC) que ...“tal medida restrictiva de la libertad no es una sanción punitiva, por lo que no cabe mecánicamente decretarse atendiendo sólo a la circunstancia de que existan suficientes elementos probatorios de la comisión del delito que incrimine a la actora o que la sanción a imponérsele sea superior a los cuatro años de pena privativa de la libertad, porque, de sólo fundarse en tales criterios, se afectaría su naturaleza cautelar. Es preciso observarse, juntamente con tales factores, fundamentalmente si el ejercicio de la libertad locomotora por la procesada pondrá en serio riesgo el éxito del proceso.” Igualmente, en la presentación del texto *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, de Fabián Novak y Sandra Namihás, Academia de la Magistratura-GTZ, 1ª. Edición, noviembre 2004, la distinguida magistrada suprema Dra. Elcira Vásquez afirma que ...“el sistema judicial constituye uno de los pilares de la democracia; en consecuencia, corresponde a los magistrados (...) la noble misión de tutelar los derechos fundamentales de las personas.” Más adelante continúa que es necesario ...“motivar en los magistrados una conciencia humanista, que los aleje de la simple y mera aplicación de la ley y que por el contrario acuda a la ética, a su conciencia creadora y a la reflexión sobre el papel que les corresponde asumir en el desarrollo del país y en la construcción de la paz social.” En este mismo sentido, Leny Palma Encalada, en su *El juez constitucional*, artículo aparecido en la revista *Actualidad Jurídica – Gaceta Jurídica*, No.140, Lima 2005, nos dice que: “El Código, sin lugar a dudas, procura instituir la presencia de un juez creador de Derecho Constitucional, traductor y defensor fiel del contenido y fines de las normas constitucionales; que desempeñe sus funciones con independencia y haga frente a las más altas presiones y abusos del poder público; que actúe con firmeza para resolver los conflictos por encima de los intereses de las partes y con especial capacidad para ponderar las consecuencias jurídicas y sociales de sus decisiones.”

que –reiteramos- las resoluciones que se expidan en la tramitación de un proceso penal deben estar impregnadas de lo que debe ser su fuente originaria: los derechos fundamentales contenidos como garantías procesales penales en la Constitución.³²

En el Exp. No. 010–2002–AI/TC - Caso Marcelino Tineo Silva, el Tribunal Constitucional sostiene que la dignidad de la persona humana es el fundamento de los derechos fundamentales en un estado social y democrático de derecho. Textualmente señala:

“La dignidad de la persona humana es el presupuesto ontológico para la existencia y defensa de sus derechos fundamentales. El principio genérico de respeto a la dignidad de la persona por el sólo hecho de ser tal, contenido en la Carta Fundamental, es la vocación irrestricta con la que debe identificarse todo Estado Constitucional y Democrático de Derecho. En efecto, este es el imperativo que transita en el primer artículo de nuestra Constitución.”

En el Exp. No.014-2003-AI/TC – Caso Alberto Borea Odría, el supremo tribunal afirma a la Constitución como fundamento de validez de todo el ordenamiento jurídico, que incluso genera consecuencias jurídicas. Se lee:

[...]La Constitución, así, termina convirtiéndose en el fundamento de validez de todo el ordenamiento instituido por

³² Eloy Espinoza-Saldaña Barrera, en su *El hábeas corpus contra resoluciones judiciales*. Revista *Justicia Viva*. Fondo Editorial PUCP – IDL. Lima, 2003, afirma que ...“vivimos en una época en la cual el juez constitucional se ha convertido en un elemento central dentro de fenómenos como el de la constitucionalización del derecho y el intento de constitucionalización de la política o, dicho con otras palabras, la comprensión de todo el ordenamiento jurídico de un país y el esfuerzo por encuadrar la actuación estatal en ese mismo país dentro de parámetros constitucionales.”

ella. De manera que una vez que entra en vigencia, cualquier producción normativa de los poderes públicos e, inclusive, los actos y comportamientos de los particulares, deben guardarle lealtad y fidelidad. Ciertamente, no se trata sólo de una adhesión y apoyo que pueda ser medido o evaluado en el plano de la moral o la ética, sino también de una exigencia de coherencia y conformidad de la que es posible extraer consecuencias jurídicas. La infidelidad constitucional, en efecto, acarrea la posibilidad de declarar la invalidez de toda norma o acto, cualquiera sea su origen, según los alcances que el mismo ordenamiento constitucional haya previsto.”

En consecuencia, “La Constitución es una norma jurídica vinculante y los derechos que reconoce pueden ser directamente aplicados.³³ Al respecto, este Tribunal ha declarado que la Constitución “(...) no es solo “una” norma, sino, en realidad, un “ordenamiento”, que está integrado por el Preámbulo, sus disposiciones con numeración romana y arábica, así como por la Declaración sobre la Antártida que ella contiene. Toda ella comprende e integra el documento escrito denominado ‘Constitución Política de la República del Perú’ y, desde luego, toda ella posee fuerza normativa (...)”. (Caso sesenta y cuatro Congresistas de la República contra los artículos 1º,

³³ Castillo Córdova, *Comentarios al Código Procesal Constitucional*, p. 42, considera que ...“el Tribunal Constitucional debe recordar que, en todo ordenamiento que cuenta con una Constitución rígida y, por tanto, donde ella es la fuente suprema, todas las leyes y disposiciones reglamentarias, a fin de ser válidamente aplicadas, deben necesariamente ser interpretadas desde y conforme con la Constitución. (...) La vinculación al poder político queda expresamente manifestado cuando el constituyente peruano ha manifestado que el poder político emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen (artículo 45 CP). (...) Mientras que la vinculación a los particulares se concluye del artículo 38 cuando se establece que todos los peruanos tienen el deber (...) de respetar, cumplir y defender la Constitución (...) Que la Constitución es norma fundamental significa que es la norma primera o la norma madre de todo el ordenamiento jurídico. Todo el conjunto de normas que configuran este ordenamiento tiene por base a la Constitución y serán válidas en la medida que no la contradigan, ya sea en el fondo como en la forma.” Landa, César; en su *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*, Palestra Editores, 1ª. Edición, Lima mayo 2004, p. 18, sostiene: “En la búsqueda de tomar precauciones contra los excesos de poder, es que la Constitución se convierte en una norma política y jurídica vinculante, tanto para los ciudadanos como para todas las autoridades, quedando sometida así la política al Derecho, en la forma del Estado de Derecho.”

2°, 3°, y la primera y segunda disposición final y transitoria de la Ley N.º 26285 (Exp. N.º 005-2003-AI/TC, fundamento 21).

Capítulo II

Teoría del proceso penal

2.2.1. Los sistemas procesales.

Es consustancial a todo sistema procesal moderno la existencia de dos partes que mantienen posiciones contrapuestas. El ejercicio de una acusación contra una persona debe ser puesta en su conocimiento para que actúe su defensa y lleve al debate judicial la contradicción necesaria para la resolución del proceso. El proceso penal sirve de marco en el que se indaga la realidad del hecho punible y, en la medida que resulte acreditado, imponer la sanción prevista en la norma penal.

Esa investigación del hecho punible no constituye un fin en sí mismo, sino que la búsqueda de la verdad histórica ha de obtenerse de acuerdo a un procedimiento previamente marcado en la Ley que discipline la actividad procesal de las partes del procedimiento y configure al Juez como un tercero imparcial en la discusión que le es planteada desde la acusación.

La situación conflictiva, que todo proceso jurisdiccional comporta, se vertebra entre el investigado -determinado o no- en la instrucción criminal, o el acusado en la fase del juzgamiento, y el titular del *ius persecutionis* oficial, el Estado, cuya posición procesal puede ser acompañada de otras personas que ejercitan, en sus respectivos casos, la acusación particular o la popular.

Esta estructura del proceso penal nos permite fijar la situación del Juez en el mismo. En la fase de investigación del hecho punible (instrucción) y en la posterior de enjuiciamiento (fase de plenario o juicio oral), el Juez o Tribunal debe ocupar una posición imparcial que le permita, desde esa independencia, la resolución de los conflictos latentes en el proceso penal. Pilar básico de esta construcción es el principio acusatorio a cuyo estudio se dedica este trabajo. En él se verá la profunda divergencia entre la concepción que del mismo tienen la doctrina procesal y la jurisprudencia, discrepancia forzada por la distinta función que, respectivamente, cumplen. En tanto la doctrina investiga y elabora instituciones procesales, la jurisprudencia resuelve los casos concretos que le son planteados y, en esa función, estudia las instituciones procesales y las conforma para dictar una resolución que contemple todos los derechos procesales en juego.

Teniendo en cuenta que puede denominarse Derecho como aquel fenómeno cultural y humano que se inscribe en el mundo de la convivencia social y que al ser abordado desde una perspectiva problemática, se emergen y se descubren las raíces ideológicas profundas que nutren a todas las cuestiones jurídicas, desde nuestra óptica es innegable que el Derecho sólo adquiere su real y definitivo sentido, únicamente cuando es idóneo – o tiende decididamente a serlo – para mejorar la calidad de vida de la humanidad.³⁴

Adolfo Alvarado Velloso defiende la necesidad de que el proceso sea uno, independientemente de las pretensiones que se ventilan en él. Mejor dicho,

³⁴ Cfr. Superti, Héctor. *Derecho Procesal Penal (Temas Conflictivos)*, Editorial Juris, Rosario – Argentina, 1998, p.6.

entiende que cuando la pretensión esgrimida modifica los elementos estructurales nos encontramos frente a un procedimiento, pero no ante un proceso, que como juicio previo a cualquier condena exige la Constitución".³⁵

Es imprescindible considerar que el proceso tiene esencia única, y por lo tanto, sus elementos estructurales (acción, jurisdicción, defensa) y los principios que lo rigen, deben estudiarse organizadamente, sin perjuicio de que en los distintos procedimientos adquieren características propias, las que no deben modificar su naturaleza o esencia si queremos seguir hablando de proceso. Ello encuentra fundamento en el fin y sentido del juicio, que no está (o no debe estar) al mero servicio de la aplicación del Derecho sustantivo, sino que es uno de los métodos civilizados y pacíficos para dirimir conflictos, más allá de las normas que capten esos conflictos (civiles, penales, laborales, etc.).³⁶

En este punto, debemos tener en cuenta que el Derecho procesal penal es la rama del ordenamiento jurídico interno de un Estado, cuyas normas instituyen y organizan los órganos públicos que cumplen la función judicial penal del Estado y disciplinan los actos que integran el procedimiento necesario para imponer y actuar una sanción o medida de seguridad penal,

³⁵ Cfr. Alvarado Velloso, Alfredo. *Introducción al Estudio del Derecho Procesal*, Tomo I, Editorial Rubinzal – Culzoni, Santa Fe – Argentina, 1989, Págs. 45 y sgts.

³⁶ El perder este rumbo ha traído grandes problemas a los sistemas procesales, en muchos de los cuales (fundamentalmente a partir de la etapa inquisitiva) el proceso dejó de ser el marco garantizador donde el imputado y el Estado se enfrentaban en torno a la pretensión punitiva esgrimida por éste contra aquél, para convertirse en un instrumento más del poder represivo estatal, avasallante de los más esenciales derechos individuales.

regulando así el comportamiento de quienes intervienen en él.³⁷

Es decir, que el Derecho procesal penal disciplina la conducta de determinadas personas que intervienen en un procedimiento (el titular de la jurisdicción, las partes, testigos, peritos, etc.) y que el objeto del proceso está constituido, para algunos por la pretensión acusadora y para otros, en cambio, está conformado por la materia, acontecimiento o cosa.

Por otro lado, a través del proceso penal, el Estado ejercita el *ius puniendi* que se satisface positivamente mediante la imposición de una pena al perturbador del orden jurídico, y negativamente por medio de la absolución del inocente. La realización de ese *ius puniendi* o derecho a restablecer el orden jurídico conculcado con la acción protagonizada por el culpable, no se asienta en el Ministerio Público, ni en el querellante, sino en el órgano jurisdiccional competente. Por ello es que los aludidos sujetos procesales solamente tienen la titularidad del derecho a la realización de justicia, mediante el ejercicio del *ius puniendi* que ostenta con carácter exclusivo el tribunal. Para la visión trialista del mundo jurídico –aunque con matices– aparecen en el análisis metodológico de todo fenómeno jurídico tres elementos esenciales de estructura: realidad, norma y valor.³⁸ Por ello se afirma con razón que el Derecho tiene como finalidad la realización de los valores y, por tanto, que el fin de la norma procesal penal, en su perspectiva

³⁷ Cfr. Maier, Julio. *Derecho Procesal Penal: Fundamentos*, Tomo I, 2 da. edición, Editorial Del Puerto, Buenos Aires – Argentina, 1996, Pág. 75. En el mismo lugar sostiene el autor: "...penas y medidas son las reacciones tradicionales del Derecho penal que llegan hasta nosotros. Hoy se discute, sin embargo, acerca de una tercera vía, identificada con la reparación como sustitutorio genérico de la pena".

³⁸ Cfr. Bertolino, Pedro. *El Funcionamiento del Derecho Procesal Penal*, Editorial Depalma, Buenos Aires – Argentina, 1985, Pág. 18.

trascendente, en tanto dicha norma disciplina y regula el proceso penal en su totalidad, es la realización del valor justicia.³⁹

Por lo que venimos diciendo, reiteramos que el estudio del proceso penal no debe obviar el marco de mayor amplitud y relevancia, constituido por la normativa constitucional, que brinda sustento y tiña de contenido al mismo y, debe estar presente a la hora de interpretar y aplicar la ley. En efecto, la Constitución, refiere a distintos principios vinculados al proceso en general y al penal en particular, a los que haremos alusión. Todo estudio referido al análisis de instituciones jurídicas debe referirse, aunque más no sea someramente al abordaje de la cuestión cultural y política que subyace en las mismas, con más razón, ello se justifica cuando lo tratado se enmarca en el Derecho procesal penal, dado que, por su naturaleza, ésta tiene injerencia en la persona humana y sus derechos esenciales. Es que los sistemas de enjuiciamiento penal, obviamente, no han sido ajenos a la evolución histórica de la civilización dado el carácter de objeto cultural que reviste el Derecho.

Entendemos que lo central, lo medular e insoslayable en este tema es preservar a ultranza en el proceso penal un debate civilizado en un marco de garantías, y ese imperativo constitucional y ético nunca podría alcanzarse si el juicio no se desarrolla, en esencia y no sólo formalmente, como es debido; esto es, íntegra, armónica y completamente, donde cada parte cumpla amplia y acabadamente su rol y el tribunal se circunscriba a su misión, cual es resolver el litigio en función de las argumentaciones, pruebas y

³⁹ El proceso penal aunque sea una consecuencia de la civilización y de la especulación filosófica, es un fenómeno del mundo del Derecho. El origen del proceso penal no está en la necesidad de la defensa social, sino en la necesidad de la defensa del Derecho.

pretensiones de las partes. Veamos a continuación los distintos tipos o sistemas procesales penales, a fin de contrastar nuestra afirmación con estos modelos y su relación con el actual proceso penal peruano.

2.2.1.1. El Sistema Acusatorio.

Esta forma de enjuiciamiento penal rigió durante todo el mundo antiguo. La característica fundamental del sistema acusatorio reside en la división de los poderes ejercidos en el proceso.

El sistema acusatorio ha presentado diversas manifestaciones a lo largo de la historia. Este sistema se desarrolló en Grecia y Roma bajo la *Elien* de los atenienses; el *Comitiatus maximus*, de los romanos y luego las *Questiones perpetuae*.

La justicia helénica respondió a los principios de colegiabilidad y especialidad. Los tribunales eran pluripersonales y con un número elevado de sus miembros, como sucedía con el *Heliástico* conformado por seis mil ciudadanos, quienes se reunían en la plaza pública, al sol (Helius); los ciudadanos formaban grupos de diez secciones que actuaban separadamente o en conjunto, según la importancia de los asuntos a resolver. La *Asamblea del Pueblo* se ocupaba de los asuntos políticos que ponían en peligro al Estado; se reunían a la convocatoria de un funcionario llamado *Arconte*, cuya actuación no se sujetaba a formalidades fijas sino seguía el camino más adecuado para la averiguación y juicio del asunto. El

Areópago estaba formado por ciudadanos que se hubieren desempeñado antes como Arcontes, tenían competencia amplia, pero luego reducida al conocimiento de delitos graves (que merecían pena de muerte). Era el *tribunal del misterio*.

En Roma, en la vida monárquica, la justicia fue originariamente administrada por el Rey o por medio de sus representantes llamados *duunviros* y durante los primeros tiempos de la República por los Cónsules, quienes delegaban funciones judiciales. La justicia pública estuvo excepcionalmente a cargo de las *Centurias*, que no eran sino las asambleas mixtas de patricios y plebeyos instituidas por las leyes *Valeriae* para sustituir a los Cónsules y donde el procedimiento era oral y público, hasta que el *Jurado* se convirtió en el Tribunal ordinario del *Iudicium publicum*.

Durante el Imperio el Jurado decayó, recayendo la facultad de juzgar al *Praefectus urbis* y *Praefectus vigilum*, reservándose las apelaciones para el *Sacrum Consistorium* (Consejo del Emperador).

La *Quaestio* o *accusatio*, cuya denominación se toma del *quarestor*, que era la persona que presidía el jurado; y la segunda *acussatio*, por ser la base del proceso, se constituyó en el procedimiento ordinario en materia de *iudicium publicum*: *Las quaestiones perpetuae*. Bajo este régimen, el derecho de acusar correspondía a cualquier ciudadano (acción popular), con algunas limitaciones de dignidad y sexo, pues no podían hacerlo los indignos y mujeres; y también por cuestiones de función, ya que los magistrados no

podían ejecutarlo, salvo que se tratara de delitos muy graves que atentaban contra la sociedad. El peligro de acusaciones irresponsables se conjuraba con una exigencia del acusador de solvencia material y moral. Se le sancionaba con multa y como reo de calumnia, si no conseguía la condena del acusado; el proceso era oral y público, el acusado podía ejercer su derecho a la defensa manera personal o por medio de su defensor o *patrono*, quien podía actuar pruebas: *las cargas de esta última correspondía al acusador.*

En España, el *Fuero Juzgo* sigue el sistema acusatorio para promover el proceso: sólo se precedía a instancia del ofendido (acción privada), y en los casos de homicidio era ejercitada la acción por los deudos del occiso, la querrela era escrita y descriptiva; los actos procesales se cumplen privadamente, pero se mantiene el carácter contradictorio, la desconcentración de funciones, de lo que proviene el *accusatio*, y también de las costumbres germánicas: el juez no es instructor, sino árbitro, que se atiene a las probanzas aportadas por los interesados. La confesión tiene valor formal, es la *probatio probatissima*; se admite el tormento para provocarla (como en Germania, Roma y Grecia); se prohíbe el duelo judicial y las *ordalias* como formas de provocar la verdad, sustituyéndolas por un sistema de pruebas racionales.

Su principio fundamental del sistema acusatorio, se afirma en la exigencia de que la actuación decisoria de un tribunal y los límites de la misma, están condicionados a la acción de un acusador y al contenido de ese reclamo

(*nemo iudex sine actore y ne procedat iudex ex officio*) y, por otra parte, a la posibilidad de resistencia del imputado frente a la imputación que se le atribuye.⁴⁰

Una de las características del sistema acusatorio consiste en que, por lo general, la jurisdicción penal reside en tribunales populares (Asambleas del Pueblo, en algunos casos y, en otros tribunales constituidos por jurados). El Tribunal se desenvuelve como árbitro entre dos partes y tendrá como límites de su decisión el hecho (o los hechos) y las circunstancias precisadas por el acusador en su pretensión.⁴¹

El acusado es considerado como un sujeto de derechos y en una posición de igualdad con el acusador. El procedimiento se destaca por la existencia de un debate, generalmente público, oral, continuo y contradictorio. En la valoración de la prueba impera el sistema de la íntima convicción y la sentencia es fruto del resultado de la votación de una mayoría determinada o de la unanimidad de los jueces.

⁴⁰ El paralelo y correspondencia que se puede establecer fácilmente con el sistema republicano de ejercicio de poder político resulta evidente; de allí que no sea causalidad la aplicación de este sistema en épocas de apogeo de las repúblicas, tanto las antiguas (Grecia y Roma), como las modernas (Francia y el movimiento de reforma operado a fines del S. XVIII e inicio del S. XIX). Indica Gómez Colomer: "El proceso penal alemán es netamente acusatorio, pues es distinta la persona encargada de decidir (el Juez), de la persona encargada de acusar (el Ministerio Público). Así: a) el Tribunal no puede proceder de oficio, (...) aunque vea cometerse el delito ante sus ojos. En ese caso debe proceder a comunicarlo al Fiscal... b) el Tribunal no puede extender el proceso pendiente a otras personas, ni a otros hechos del mismo autor independientes jurídicamente... c) órgano estatal competente para la formulación de la acusación es la Fiscalía"... Gomez Colomer, *El Proceso Penal Alemán: Introducción y Normas Básicas*, Editorial Bosch, Barcelona - España, 1985, p. 47).

⁴¹ En ocasiones este sistema ha sido caracterizado como privado, porque era el ofendido quien estaba autorizado a perseguir penalmente; en otras como popular, porque se concebía el derecho de perseguir penalmente a cualquier ciudadano o a cualquier persona del pueblo. (Cfr. Maier, Julio. *Derecho...*, Op. cit., p. 45.

La distinción de la potestad punitiva entre acusación –acción y juicio– jurisdicción, representa una garantía irremplazable para que el debido proceso constitucional sea justo. Tal premisa implica la imprescindible separación entre las funciones de investigación, por un lado, y juzgamiento, por el otro. La primera función debe estar a cargo del Ministerio Público para protegerse la imparcialidad del Tribunal.⁴²

En Italia, la ley de rito en materia penal, se inscribe en el marco de las notas distintivas del sistema acusatorio. Por lo tanto se aprecia una neta separación entre la fase de las investigaciones y la del juicio oral en el ámbito del cual se ofrecen y producen las pruebas del proceso. En ese país, el Fiscal posee la iniciativa en orden al ejercicio de la acción penal. El Juez tiene a su cargo el control de la legitimidad de la solicitud de sobreseimiento o bien sobre la solicitud de elevación a juicio formulada por el primero. Superti, luego de dejar sentado inequívocamente su parecer en cuanto a que el sistema acusatorio *"surge de nuestra Constitución"*, subraya que en él *"debe profundizarse la división juez y partes, garantizando en esa división el lógico equilibrio que requiere todo proceso"*.⁴³ Al mismo tiempo, Superti afirma que: *"la reestructuración del Ministerio Público dará en este sentido*

⁴² Se sostiene que el Ministerio Público participa de una situación de cooperación esencial con el órgano decisorio que, a su vez, admite diversas posibilidades, a saber, situaciones de custodia de la legalidad vigente, situaciones de defensa de la integridad de los tribunales, situaciones de representación y amparo de quienes la ley determine y situaciones de asesoramiento e información (Cfr. Marchena Gómez, Manuel. *El Ministerio Fiscal: Su Pasado y su Futuro*, Editorial Marcial Pons, Madrid – España, 1992, pp. 175 y ss.). Carnelutti afirma que el Ministerio Público es una parte artificial, no una parte natural, puesto que constituye nota esencial al proceso penal la existencia de un solo interés, el interés del imputado en obtener una respuesta jurisdiccional favorable a su presunción de inocencia, mientras que el Fiscal opera en el proceso, no por un interés, sino por oficio (Cfr. Carnelutti, Francesco. *Lecciones Sobre el Proceso Penal* (traducción de Sentis Melendo), Volumen I, Editorial Bosch, Buenos Aires – Argentina, 1950, pp. 222-224.).

⁴³ Cfr. Superti, Héctor. Op. cit., pp. 529-530.

*un proceso más garantizador y más eficaz"; sin olvidarse de la necesidad de dotar a los imputados de defensas técnicas adecuadas, por medio "de defensorías con gran capacidad operativa, reestructurando al sistema actual"...*⁴⁴

Indicado que, el carácter esencial de este sistema es que configura el proceso como una contienda entre partes iguales frente a un juez imparcial supra partes, el cual, se rige por el brocardo: *iuxta allegata et probata* (es decir, el juez no investiga los hechos ni practica pruebas no ofrecidas por las partes), y en donde el proceso se desarrolla conforme a los principios de contradicción e igualdad, permaneciendo el acusado en libertad.

Aunque la regla fue que el imputado estuviese en libertad hasta que se dictase sentencia, no estableció un mecanismo de variación de oficio de la detención.

2.2.1.2. El sistema Inquisitivo.

Este sistema condice con la concepción absoluta del poder central y del escaso valor que se otorga a la persona humana individual frente al orden social. Consecuencia de ello es la consideración del imputado como un simple objeto de investigación; no contando con la posibilidad cierta de defenderse de la acusación formulada en su contra. Las premisas fundamentales del sistema inquisitivo son: la persecución penal pública y obligatoria de los delitos y la averiguación de la verdad.⁴⁵

⁴⁴ Cfr. Superti, Héctor. Op. cit., pp. 531 y 546.

⁴⁵ Cfr. Cubas Villanueva, Víctor. *El Proceso Penal: Teoría y Práctica*, 3ra. Edición., Editorial Palestra, Lima – Perú, 1998, pp. 34–38. Vazquez Sotelo, José Luís. *El Proceso Penal*. En: *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, No. 02, Madrid – España, 1992, pp. 79 y ss.

Se inspiró en el Derecho romano imperial de la última época y fue perfeccionado por el Derecho canónico, sobre el que a su vez se asentó la Inquisición laica, vigente en Europa continental desde el Siglo XVIII. Su nota distintiva estriba en la concentración del poder procesal en el inquisidor, quien ostenta la tarea de persecución y decisión.

En él no tiene cabida el contradictorio en el proceso. Surge palmariamente una radical diferencia con el sistema acusatorio, toda vez que en el inquisitivo, el monarca es el titular de la jurisdicción penal en su integridad. La administración de justicia se organiza jerárquicamente.

El procedimiento se configura en una investigación secreta, enderezada a impedir el debate. Ella se realiza de manera discontinua, en tanto vayan surgiendo elementos que posibiliten su prosecución.

En él rige el sistema de prueba legal. El fallo es apelable, generalmente con efecto devolutivo. Sostiene Maier que: “El procedimiento inquisitivo se extendió por toda Europa continental, triunfando sobre el Derecho germano y la organización señorial (feudal) de la administración de justicia, desde el Siglo XIII hasta el Siglo XVIII”.⁴⁶

⁴⁶ Agrega que: “el punto final (del sistema inquisitivo), lo marcó el comienzo de la nueva República representativa, con la Revolución Francesa, que representa el triunfo político del Iluminismo, a cuyo abrigo, y por influencia de la dominación napoleónica posterior, se renueva toda la organización política de Europa continental...”. Nació así el denominado procedimiento mixto que, según el autor citado significó solamente una modificación del sistema inquisitivo. (Cfr. Maier, Julio. *Derecho...*, Op. cit., p. 449).

Se origina durante el último periodo del Derecho Romano, ingresa al Derecho Canónico por Inocencio III con la *Inquisitio ex-officio* y permite recordar los tiempos de la venganza, el absolutismo.

Durante el Imperio Romano, la *quesitio* o *accusatio* fue reemplazada por la *Cognitio extra ordinem*, que se inspiran en el principio inquisitivo, bajo este sistema los particulares no fueron privados del derecho de acusar, pero el Estado lo compartió y ejerció intensamente por medio de determinados funcionarios: los *curiosi*, *stationarii*, que eran los encargados de realizar las indagaciones previas, secretas, para averiguar los delitos y presentar las acusaciones ante el magistrado, a quien en definitiva se autorizó a proceder de oficio, sin necesidad de que mediara acusación de otra persona, observándose la concentración de funciones acusatoria y decisoria. El juez ya no necesitaba la iniciativa del acusador, de árbitro pasó a instructor, produciéndose una nueva concentración agregando a la anterior la de la defensa.

Mas no por ello debemos pensar que el procedimiento inquisitivo representó un mero instrumento de opresión: es probable que esto ocurriera en los procesos de corte político –atentados contra el Estado o contra la persona del Emperador– pero es indudable que por esta vía se procuró dotar a la sociedad de un arma más eficaz para luchar contra la delincuencia creciente, a cuyas amenazas no podía responder el elegante pero limitado régimen de la *accusatio*. Y para ser justos con el vilipendiado sistema inquisitivo, señalemos que juntamente con la centralista estructura política

del Imperio, se reflejó en el *iudicium publicum* la cultura de los nuevos tiempos y su contenido humanitario: pese a la concentración funcional, se reconoció que no podía haber condena válida sino mediaba defensa; se instauró el régimen de las apelaciones para corregir los errores judiciales; se prohibió que una persona fuera perseguida más de una vez por la misma infracción (*non bis in ídem*), y se prefirió absolver al culpable antes que condenar al inocente (*in dubio pro reo*). En síntesis: se construyó el proceso sobre la base de principios cuyo reconocimiento constituye hoy motivo de orgullo para el régimen liberal.

Este sistema se introduce en la legislación española mediante el proceso canónico; en un inicio respondió al sistema acusatorio, para ir luego adquiriendo predominio. La etapa instructora dejó de ser pública, se instauró el régimen de delaciones, manteniéndose en secreto al denunciante; el juez asumió concentración funcional, absorbiendo a las que correspondían a las partes; en los inicios la jurisdicción de la iglesia se limitaba a los clérigos, pero luego se fue extendiendo en atención a las personas, por razón de la materia (atentados contra la fe, la herejía, la adivinanza, la magia, la usura y el adulterio); la iglesia fue absorbiendo la materia justiciable y lo que comenzó a ser un fuero de excepción se convirtió en lo ordinario o común, instituyéndose el llamado Tribunal de la Inquisición o Santo Oficio.

En el Perú, luego del descubrimiento de América, se siguieron aplicando las leyes de Castilla, pero las formas procesales fueron distintas; se instituyó una legislación indiana, compuesta en un principio por cédulas, provisiones y

ordenanzas dadas hasta 1680; se organizó la Recopilación de Indias el mismo año.

El sistema inquisitivo presenta características opuestas al acusatorio:

- a) La acción penal es de naturaleza pública, se ejercita de oficio por el juez; se propugna la defensa de los intereses de la sociedad.
- b) No existe distinción en las personas de los sujetos procesales. El juez concentra las funciones de acusación, defensa y juzgamiento.
- c) Se limita la defensa particular del imputado, pues el juez asume dicho papel.
- d) Se rige bajo el sistema de prueba legal o tasada, siendo la confesión del imputado la principal prueba. Ello derivó en la arbitrariedad, recurriéndose a medios como la prueba divina o juicios de Dios, donde la tortura era el medio más empleado.
- e) El proceso penal se realiza en secreto “casi a la emboscada”, predomina la escritura, la rapidez y no es contradictorio. La instrucción se realizaba a espaldas del imputado; las pruebas se actuaban sin conocimiento de aquel. El plenario fue introducido por los españoles a efecto de la defensa del acusado.
- f) El imputado permanece en prisión preventiva hasta que se dicte la sentencia.
- g) La sentencia es dictada por el mismo juez, con posibilidad de ser impugnada.

El sistema inquisitivo no era pues un verdadero proceso. La aplicación de la ley penal correspondía a los tribunales, pero éstos no utilizaban el proceso; se trataba entonces de un derecho penal típicamente administrativo y en su actividad no se respetaron los principios de dualidad de partes, contradicción e igualdad, que hacen a la esencia misma de la existencia del proceso.

La conquista española impuso en el Perú un sistema jurídico procesal penal inquisitivo. Se impuso la cultura jurídica inquisitiva. El Perú proclamó su Independencia política en 1821. Si bien la naciente República se inspiró en la filosofía liberal, también es que, en verdad, no se produjo una profunda y amplia revolución cultural coherente con esa inspiración. Las normas jurídicas y la cultura inquisitivas de la colonia continuaron predominantes e, incluso, ocurrió la paradoja de que el nuevo Estado republicano, en 1863, puso en vigencia el Código de Enjuiciamientos en Materia Penal, notoriamente inquisitivo, sin más que una y otra interpolación de prescripción de índole liberal, cuyo modelo procesal fue el famoso "Sumario-Plenario".

En lo que respecta a la detención, al estimarse que existe un interés público en la persecución del delito, los poderes del juez son absolutos frente a un acusado inerme ante él, por lo que, lo normal es la detención, y ello se puede apreciar en las primeras leyes procesales que el Perú tuvo en su vida republicana.

En efecto, en el Código de Enjuiciamiento en Materia Penal de 1863, de influencia española, el imputado es incomunicado hasta que preste su instructiva. La captura es obligatoria en las causas en que el Fiscal tenga obligación de acusar (todas menos en delitos contra la honestidad, el honor, hurtos domésticos y lesiones leves). Si se pasa a la etapa del plenario, el auto de prisión es obligatorio. La libertad bajo fianza siempre es consultable. No existía la posibilidad de la revocatoria de oficio de la detención.

2.2.1.3. El Sistema Mixto.

Se asienta en el Código de Instrucción Criminal francés de 1808, diseminado por Europa continental como consecuencia del éxito de las ideas fundantes de la Revolución Francesa y del dominio napoleónico. Este sistema subsiste en nuestros días.⁴⁷

Puede decirse que, en el sistema penal actual perduran dos postulados del Inquisitivo: la persecución penal pública de los delitos, como regla, y la averiguación de la verdad histórica como fin del proceso penal, piedra angular que debe sustentar la sentencia.

Estos postulados dejaron de ser metas absolutas y se transformaron en valores relativos, frente al respeto de la dignidad de la persona humana;

⁴⁷ Con la caída del sistema inquisitivo –sistema que destruyó todo vestigio del principio acusatorio en Europa continental- se mantuvo el principio material de la persecución penal pública de los delitos, pero se introdujo de modo tenue el principio acusatorio: así nació en nuestra tradición jurídica el principio acusatorio que hoy denominamos formal y cuyo contenido difiere sustancialmente de la regla histórica que le dio origen. El principio, redefinido en términos estrictamente formales, fue una de las conquistas de la Ilustración y aún hoy estructura el procedimiento penal.

circunstancia ésta que otorgó otra fisonomía a los medios utilizados para alcanzar los resultados buscados.

Adquirieron relevancia las garantías y derechos individuales, lo que trajo aparejado el tratamiento del imputado como inocente, hasta tanto una sentencia firme no declare lo contrario. Se hizo así imprescindible un juicio previo, tramitado de conformidad a las pautas legales, garantizadores de la libertad y de la defensa.

Se prohibió toda coacción contra el imputado, a quien se considera sujeto de derechos y se encuentra en el proceso –al menos en teoría– en una situación de paridad con el acusador. En el caso de que el imputado no pueda o no desea nombrar defensor de confianza, el Estado tiene el deber de designarle de oficio un defensor.

En algunos ordenamientos se aplica el sistema de la íntima convicción en la valoración de la prueba y en otros el de la libre convicción o de la sana crítica racional.

El procedimiento se divide en tres etapas: investigación preliminar, a cargo del Ministerio Público o del Juez penal; un procedimiento intermedio (requerimiento de juicio público o acusación, o sobreseimiento) y, el juicio o procedimiento principal, en el decurso del cual se lleva a cabo un debate, cuyas notas distintivas son: la oralidad, publicidad, concentración, continuidad, inmediación y defensa.

Por lo demás, la decisión debe guardar íntima correlación con la acusación; culminando el juicio con la absolución o la condena del imputado, fundadas únicamente en los actos llevados a cabo durante ese debate.

La jurisdicción penal es ejercida por jueces profesionales o por tribunales populares, ya sea tribunales de jurados o tribunales compuestos por jueces profesionales y jueces accidentales (como Escabinos).

En el sistema mixto, no todos los delitos son de acción pública, toda vez que algunos dependen de la instancia del ofendido o damnificado. En el Perú, el sistema procesal penal de 1920 llamado Código de Procedimientos en Materia Criminal introdujo, después de un siglo, el llamado sistema mixto.

Para efectos ilustrativos e históricos decimos que la instrucción conserva carácter inquisitivo, pero con todas las garantías para el acusado que el espíritu liberal exige y que la experiencia aconseja. El Ministerio fiscal reemplaza a la querrela; pero el agraviado y sus parientes, siempre, y hasta cualquier persona en los casos de flagrancia, pueden concurrir directamente al juez, para provocar con su denuncia que se investigue un delito. Es diverso el juez de instrucción del tribunal de fallo; pero la instrucción se lleva a cabo bajo la autoridad y la vigilancia de este último.

La instrucción tiene todas las facultades requeridas por la necesidad de perseguir el delito. El juicio es oral; pero un procedimiento en los casos de

flagrante delito cuando la culpabilidad es indiscutible, en los delitos leves, y en aquellos contra el honor y la honestidad, permiten que la instrucción escrita sea utilizada por el tribunal de fallo. La instancia es única, como no podía dejar de serlo, tratándose del juicio a conciencia; pero el tribunal de casación está autorizado para modificar la sentencia condenatoria.

El sistema procesal penal mixto presenta las siguientes características:

- a. En la primera etapa, de instrucción o denominada también sumario en algunas legislaciones, predominan las características del inquisitivo: la investigación es escrita, secreta o reservada y de iniciativa judicial. En nuestro ordenamiento el director de esta etapa era el llamado Juez Instructor.

Impertinente puede resultar el realizar la instrucción bajo el principio de publicidad, pues esta publicidad haría imposible el descubrimiento de la verdad histórica; las oposiciones y dilaciones paralizarían el trabajo instructor, quitarían a la instrucción la seguridad y unidad de su marcha; permitirían al inculpado y sus cómplices, todavía no descubiertos, urdir tramas contra el procedimiento, haciendo desaparecer los vestigios del delito, destruyendo los documentos, intimidando y corrompiendo a los testigos, presentándolos falsos, en una palabra, hostilizando por todos los medios posibles el movimiento regular de la administración de justicia.

- b. La persecución penal está a cargo de una autoridad estatal, el Ministerio Público o Fiscal, que tiene autoridad judicial, aun cuando es posible encontrar legislaciones en donde se posibilita el inicio del proceso penal ex officio por el Juez.

- c. El imputado de un delito es un sujeto de derechos; le corresponde el trato de inocente mientras no sea declarado culpable y condenado por sentencia firme. El impugnado goza del derecho a la libertad aun cuando ésta pueda ser objeto de privación; también le corresponde el derecho de defensa y la aportación de pruebas en igualdad con el acusador.

- d. Se pone de manifiesto el interés público de castigar el delito y el interés privado de conservar las libertades ciudadanas.

- e. La segunda etapa, de juzgamiento o denominado plenario o juicio oral, corresponde al estadio procesal donde predominan las características del acusatorio: publicidad, oralidad, inmediación, contradicción y libre apreciación de la prueba.

- f. La acusación es ejercida por el Ministerio Público o Ministerio Fiscal o por los particulares o conjuntamente, según los distintos ordenamientos jurídicos y la sentencia es dictada por el juez, que puede ser unipersonal o colegiado.

- g. La sentencia puede ser materia de revisión por la instancia superior.

Después de la revolución francesa, se consideró al proceso penal como destinado a la aplicación del *ius puniendi* del Estado, pero en salvaguarda de la libertad y de la convivencia en sociedad, en donde, si se realiza un último análisis, se debe prevalecer la exigencia de libertad sobre la autoridad.

Frente a ello, ya se entiende que la restricción de la libertad en el curso de un proceso penal sólo puede justificarse por la necesidad de garantizar la sujeción de una persona para que en su momento pueda hacerse efectiva las consecuencias jurídicas del delito por el que se le condene.

En 1920, mediante el *Código de Procedimientos en Materia Criminal*, el Perú importó el denominado “*modelo Mixto*” y lo puso en vigencia en la mayoría de departamentos, el 18 de marzo, y en todo el territorio nacional a partir del 01 de junio, respectivamente, del mismo año.

Como se sabe, el modelo “*Mixto*” fue consecuencia de la Revolución francesa y del nuevo tipo histórico de Estado basado en la división de poderes, cuyo documento primigenio fue la Ley de Enjuiciamiento de 1791 que derogó a la Ordenanza Criminal de 1670, aunque aquella opción no estuvo exento de cuestionamientos, debates que, a su turno, condujo a la aprobación del Código de Instrucción Criminal de 1808.

En el Código de Procedimientos en Materia Criminal de 1920, de influencia francesa, la instrucción es reservada y escrita. Puede dictarse de oficio en los casos de delitos flagrante y cuasi flagrante. Contra el imputado puede dictarse orden de comparecencia o de detención siempre que se conozca o presuma quién es el delincuente. Las causales de detención son muy amplias. Tampoco se reguló la figura de la revocatoria de oficio del mandato de detención.

Asimismo, en el Código de Procedimientos Penales de 1940, el cual mantuvo el sistema mixto, si bien es cierto, se consideró la libertad del imputado la regla y la detención la excepción, no se estableció la facultad de revocatoria de oficio del mandato de detención.

2.2.1.4. El Sistema Acusatorio Garantista Moderno.

Tras la publicación del Código Procesal Penal en 1991, los legisladores nacionales se suman a la nueva corriente que ya se venía promocionando durante las tres últimas décadas en toda América Latina. La tendencia actual, por tener raíces en el Modelo Acusatorio antiguo ha dado en llamarse Modelo Acusatorio Garantista o liberal. Al respecto, Gómez Colomer ha señalado las siguientes características:⁴⁸

⁴⁸ Cfr. Gómez Colomer, Juan L. *La Instrucción del Proceso Penal por el Ministerio Fiscal: Aspectos Estructurales a la luz del Derecho Comparado*. En: *Rev. Peruana de Derecho Procesal*, No. 01, Lima – Perú, 1997, p. 338.

- a)** Reconocimiento en exclusiva de la acción penal al Ministerio Fiscal, por tanto, monopolio acusador (legitimación activa única) para este órgano público con exclusión (o mínima intervención) generalmente de particulares sean o no ofendidos por el delito.

- b)** Atribución al Ministerio Fiscal de la competencia para instruir las causas penales, sustituyendo al Juez Instructor, sin perjuicio de la intervención ocasional de éste cuando resulte necesario.

- c)** Otorgamiento al Ministerio Fiscal de facultades derivadas del Principio de Oportunidad para, ofreciendo bajo determinados presupuestos medidas alternativas al imputado, no perseguir el delito generalmente menos grave o leve, bien a través del instituto de la *conformidad*, bien a través de la llamada *negociación sobre la declaración de culpabilidad*

- d)** Conversión del Ministerio Fiscal en autoridad principal, o incluso única, de la ejecución penal.

Este modelo, además de replantear de modo protagónico la presencia del Fiscal en el proceso, destaca la tarea del Juez penal, asignándole exclusivamente la facultad del fallo, dejando la labor de investigación en manos del Ministerio Público, el que, asistido por la Policía, deberá realizar las diligencias pertinentes a fin de cumplir con el objeto de la investigación.

En este modelo la libertad del ciudadano es la regla en materia de sujeción

al proceso penal. Su restricción no sólo debe estar expresa y acabadamente descrita en una norma con rango de ley (principio de legalidad), sino que debe amoldarse a los postulados de necesidad, adecuación, discrecionalidad y gradualidad, así como al principio de presunción de inocencia.

Sólo desde estas premisas se justifica la imposición de restricciones procesales en la esfera de libertad del ciudadano, las que deben arbitrarse equitativamente por el juez como el único objetivo de garantizar la efectividad de una posible sentencia condenatoria. En consecuencia, corresponde a la autoridad judicial formular un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y condicionada a las circunstancias concurrentes al caso concreto y le corresponde al Ministerio Público, como director de la investigación, formular el requerimiento de detención motivadamente.

Aunque estas garantías se encuentran en el Código Procesal Penal de 1991 en donde se inserta, por primera vez en el desarrollo legislativo en nuestro país, la revocatoria de oficio del mandato de detención, esta figura desaparece en el Código Procesal Penal del 2004, el cual también se inserta en este modelo, demostrando las contradicciones de nuestra política legislativa.

Sobre el modelo adoptado por el Código Procesal Penal de 1991, vigente desde el 28 de abril de ese año en veintidós artículos, así como, el Proyecto de 1995 y el Código Procesal Penal del 2004, se adscriben, conforme lo

señala su Exposición de Motivos al *sistema acusatorio modernizado*. Al respecto, el Dr. Oré Guardia,⁴⁹ así como Peña Farfán⁵⁰ convienen en señalar que el modelo que inyecta el Código Procesal Penal de 1991 y el Proyecto de 1995 se adscriben al *sistema acusatorio garantista moderno*. Los doctores Mixán Mass,⁵¹ San Martín Castro⁵² y Cubas Villanueva,⁵³ lo denominan *modelo acusatorio*. Por su parte, Sánchez Velarde⁵⁴ prefiere hablar de un *sistema predominantemente acusatorio*. Catacora González⁵⁵ nos dice que la reforma del Código Procesal Penal de 1991 se orientó a la adaptación del *sistema acusatorio moderno* llamado también, *garantista*. Finalmente, el profesor Rodríguez Hurtado⁵⁶ señala que el nuevo Código Procesal Penal es *garantista y predominantemente acusatorio*.

Brevemente anotaremos la orientación que el nuevo estatuto procesal pretende:

- Reordenar el sistema de enjuiciamiento penal acercándonos al ideal de la *justicia pronta y cumplida*.
- Potenciar el *derecho de defensa*.

⁴⁹ Cfr. Oré Guardia, Arsenio. *El Código Procesal Penal de 1991*. En: *Derecho & Sociedad*, No. 08-09, Lima – Perú, 1994, Pág. 118.

⁵⁰ Cfr. Peña Farfán, Saúl. *Ob. Cit.*, Pág. 51.

⁵¹ Cfr. Al prologar el libro *Comentarios al Código Procesal Penal* de Sánchez Velarde, Pág. 07.

⁵² Cfr. San Martín Castro, César. *Derecho Procesal Penal*, Volumen I, Editorial Grijley, Lima – Perú, 1999, Pág. 45.

⁵³ Cfr. Cubas Villanueva, Víctor. *La función del Fiscal en el Nuevo Código Procesal Penal*. En: *Rev. Jurídica del Instituto Peruano de Estudios Forenses*, No. 02, Lima – Perú, 1995, Pág. 32.

⁵⁴ Cfr. Sánchez Velarde, Pablo. *Comentarios al Código Procesal Penal*, Lima – Perú, 1994, Pág. 53.

⁵⁵ Cfr. Catacora Gonzalez, Manuel. *Manual de Derecho Procesal Penal*, Lima – Perú, 1996, Pág. 115.

⁵⁶ En el prólogo del libro *Terminación Anticipada del Proceso y Procedimiento por Colaboración Eficaz*, del desaparecido maestro Raúl Peña Cabrera (Editorial Grijley, Lima – Perú, 1995). Asimismo, se adscribe a tal opinión: Rosas Yataco, Jorge. *El modelo procesal peruano*. En: *Rev. Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, No. 03, Lima – Perú, 2002, Pág. 315.

- Asegurar en lo posible la *vigencia de los derechos humanos* cuando el Estado hace valer su pretensión punitiva.

En suma, para cumplir con estos objetivos, se asume de manera liminar el sistema acusatorio, encargando al Ministerio Público la etapa o fase investigatoria, delimitando los poderes de la judicatura a una labor de control de la investigación y dirección del juicio oral y garantizando el derecho de defensa del imputado en un plano igualitario dentro del marco de un debido proceso.

2.2.2. Los principios procesales.

2.2.2.1. Principio de legalidad.

Cuando Feuerbach originó los fundamentos de la célebre fórmula enunciada en latín “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”,⁵⁷ asentó las bases del principio de legalidad, el cual, ha derivado analíticamente diversas garantías, las cuales son:

a. Garantías sustantivas. Consiste en que no hay tipo penal, pena y medida de seguridad sin ley escrita, estricta, cierta y previa; al respecto Ferrajoli comenta lo siguiente: “Dos logros fundamentales de la teoría clásica del derecho penal y de la civilización jurídica liberal se traban con esta concepción. El primero es la garantía para los ciudadanos de una esfera intangible de libertad, asegurada por el

⁵⁷ Este principio fue incluido en la “Declaración de derechos del hombre y del ciudadano” de 1789 y un poco antes en la declaración norteamericana de Filadelfia de 1774. Velásquez remonta este principio hasta el Código de Hammurabi (Ob. Cit. Págs. 261-263).

hecho que al ser punible sólo lo que está prohibido por la ley... El segundo es la igualdad jurídica de los ciudadanos ante la ley: las acciones o los hechos, cualquiera que los cometa, pueden realmente ser descritos por las normas como “tipos objetivos” de desviación y, en cuanto tales, ser previstos y probados como presupuestos de iguales tratamientos penales...”.⁵⁸ Esta garantía implica tanto al legislador (como dador de las normas) como a los jueces (como aplicadores de las leyes) una visión de las normas legales dentro de un Estado de Derecho, es decir, que éstas no sólo sean vigentes, sino también, válidas.

b. Garantías procesales. Consiste en que nadie puede ser castigado sino en virtud de un proceso legal, y que la norma penal sólo puede ser aplicado por los órganos y los jueces instituidos por la ley para esa función (“*nemo damnetur nisi per legale iudicium; nemo iudex sine lege*”).

c. Garantías de ejecución penal. Consiste que no hay pena ni medida de seguridad sin adecuado tratamiento penitenciario y asistencial, sin tratamiento humanitario, y sin resocialización (“*nulla poena nulla mensura sine regimene legale, sine humanitae, sine resocializatione*”).

De los tres tipos de garantías, sólo incidiré en las garantías sustantivas, las cuales, Muñoz Conde comenta de la siguiente forma:

⁵⁸ Ferrajoli, Luigi; Ob. Cit. Pág. 36.

“... no cabe calificar de delito a las conductas que no se encuentran definidas como tales por la ley, incluso aunque sean desvaloradas socialmente o consideradas deshonestas o inmorales; del mismo modo, a las conductas delictivas no pueden aplicárseles penas distintas de las que están previstas en la ley”.⁵⁹ El citado autor desprende una serie de principios a partir de estas garantías, las cuales son: a) el principio de reserva de ley, b) el principio de taxatividad y seguridad jurídica, c) el principio de prohibición de retroactividad, d) el principio de prohibición de analogía y e) el principio *non bis in idem*.

En lo que respecta al principio de taxatividad y seguridad jurídica, éste consiste en que la ley debe establecer la conducta punible en forma clara y concreta; por lo que, se debe evitar el empleo, en los tipos penales, de conceptos excesivamente vagos, los cuales, no posibiliten una interpretación (por parte del juez) segura, así como, una enumeración excesivamente casuística.⁶⁰

Este principio busca supuestos de hecho claros, así como, una interpretación judicial que no altere el contenido material de la norma jurídico-penal.

⁵⁹ Muñoz Conde, Francisco / García Arán, Mercedes. *Derecho Penal Parte General*, Pág. 103

⁶⁰ Cuestión aparte son los tipos abiertos, los cuales, el Juez los debe de cerrar para subsumir la conducta; no obstante un sector de la doctrina peruana precisa que todos los tipos penales de la parte especial son abiertos, porque el Juez debe tener presente las normas penales de la parte general (ej: tentativa, autoría y participación, determinación de la pena, entre otros).

En lo que respecta, al principio de prohibición de analogía, éste consiste que, está prohibida la aplicación por analogía de la ley penal (art. 139 inc. 9 Const.). Por analogía se entiende al proceso por el cual son resueltos los casos no previstos en la ley, extendiéndoles a ellos las disposiciones previstas para casos semejantes. Sin embargo, el art. III del T.P. del C.P. establece la prohibición de la analogía perjudicial o *in malam partem*, al prescribir lo siguiente: “No es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que les corresponde”.

Al respecto, Villavicencio comenta lo siguiente: “La prohibición de la analogía sólo se aplica a la analogía perjudicial para el inculpado (*analogía in malam partem*), es decir, aquella que extiende los efectos de la punibilidad. Por el contrario, la analogía favorable (*analogía in bonam partem*) es aceptada a través de los procesos de interpretación que extienda analógicamente circunstancias atenuantes o causales personales de exclusión de la punibilidad”.⁶¹

Finalmente, en lo que respecta, al principio “*non bis in idem*”, éste consiste en la prohibición de que un mismo hecho resulte sancionado más de una vez;⁶² sin embargo, el problema consiste en: ¿afecta a este principio (al tipificarse penalmente la conducta de divulgación y/o

⁶¹ Villavicencio Terreros, Luís Felipe. Ob. Cit. Pág. 63.

⁶² En Alemania esta prohibición tiene rango constitucional; así el art. 103 III GG dispone la prohibición que una conducta sea castigada más de una vez con base en las leyes penales generales.

secretos de empresa) si una misma conducta es sancionada administrativa y penalmente?. La respuesta no es unísona en seno de la doctrina, debido que, más se ha centrado en la distinción entre la sanción disciplinaria y la penal, distinción que no incide directamente al problema planteado,⁶³ siendo muy poco tratada las diferencias o semejanzas entre la sanción administrativa (ej: multa) y la penal.

Por ejemplo en Alemania, Jakobs considera la no violación del “*non bis in idem*” en la aplicación simultánea de la sanción disciplinaria y la penal, pero, no se pronuncia sobre la sanción administrativa: “Pero dado que las medidas disciplinarias dentro de su limitado ámbito de funcionamiento, pueden tener tanto carácter de pena como de medida de seguridad, deben observarse los siguientes principios para evitar la doble punición”.⁶⁴

Asimismo, Maurach sólo se pronuncia, en forma muy breve, entre la multa penal y administrativa: “En la aplicación de multas, el derecho penal administrativo es independiente del derecho penal propiamente dicho... Asimismo, la determinación de la pena sigue reglas especiales”.⁶⁵

Sin embargo, volviendo al problema planteado, Fernández ha comentado lo siguiente: “Si la sanción administrativa se aplica sin

⁶³ El ilícito disciplinario son aquellas conductas realizadas por los funcionarios o servidores públicos en perjuicio de la organización pública donde se ha desempeñado el infractor, por lo que, se le sanciona en favor de la funcionalidad de la Administración.

⁶⁴ JAKOBS, Günther. Ob. Cit. Pág. 74.

⁶⁵ Maurach, Reinhart. Ob. Cit. Pág. 26.

perjuicio de la penal -como lo declara sistemáticamente los respectivos estatutos- es porque tal sanción no pertenece al derecho criminal, ya que en éste no admite excepción el principio *ne bis in idem*".⁶⁶

Esta posibilidad (de lege lata) incide con mayor fuerza, porque la actual Constitución ha consagrado el principio del "*non bis in idem*" (como ocurre en Alemania), lo cual, en interpretación sistemática, se debe de partir en lo dispuesto en el art. 5 del C. de P.P., art. 6."c" y art. III Título Preliminar del NCPP, los cuales, señalan la excepción de cosa juzgada: "cuando el hecho denunciado ha sido objeto de una resolución firme, nacional o extranjera, en el proceso penal seguido contra la misma persona....."; por lo que, la prohibición de la doble sanción de una misma conducta incidiría entre sanciones penales.

2.2.2.2. Principio de presunción de inocencia.

El principio de inocencia o presunción de inocencia es un principio jurídico que se basa en que toda persona es inocente hasta que se demuestre su culpabilidad. En caso de que el juez no esté seguro de ésta, y así lo argumente en la sentencia, deberá entonces dictar un fallo absolutorio.

La presunción de inocencia es uno de los derechos humanos consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y

⁶⁶ Fernández Carrasquilla, Juan. Ob. Cit. Pág. 57. Lo resaltado es mío.

en tratados internacionales sobre derechos humanos como, por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.

Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en un juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias a su defensa.

Artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos

Garantías judiciales [...] Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad [...]

Artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos

Tal como se le concibe actualmente, el principio de presunción de inocencia tiene una doble dimensión. De un lado, es regla probatoria o regla de juicio y, de otro, regla de tratamiento del imputado. No obstante la diversa matriz cultural originaria de cada una de estas dimensiones, hoy aparecen estrechamente interimplicadas en el concepto, en su habitual versión constitucional y en el tratamiento doctrinal, y, en rigor, no es posible concebirlas separando a una de la otra. En efecto, si el imputado debe ser tratado como si fuera inocente

es porque, estando sometido a proceso, su culpabilidad no ha sido declarada por sentencia y, además, podría no llegar a declararse, prevaleciendo definitivamente la inocencia. Es por lo que Ferrajoli ha conceptualizado a la presunción de inocencia como garantía, al mismo tiempo, de libertad y de verdad.

Aunque cabe rastrear antecedentes del principio que nos ocupa en momentos históricos anteriores, lo cierto es que su primera teorización moderna se produce teniendo como marco el pensamiento jurídico de la Ilustración. En este punto es de referencia obligada la expresiva formulación de Beccaria: "Un hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando esté decidido que ha violado los pactos bajo los que le fue concedida". Y también la propuesta de Filangieri, de "tratar al acusado como ciudadano, hasta que resulte enteramente probado su delito". Ambos autores, bien representativos de la antes aludida como la matriz continental del principio, cifran lo esencial del mismo en servir de fundamento a un nuevo modo de concebir la condición y situación procesal del imputado. Tal es igualmente el sentido con que aquél resulta acogido en un texto tan significativo como la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, de 1789.

La presunción de inocencia, calificada también como un estado jurídico, constituye hoy un derecho fundamental reconocido

constitucionalmente. Lejos de ser un mero principio teórico de derecho, representa una garantía procesal insoslayable para todos; es la máxima garantía del imputado y uno de los pilares del proceso penal acusatorio.

De la Constitución del Estado surge que no se puede tratar como culpable a una persona a quien se le atribuya un hecho punible cualquiera sea el grado de verosimilitud en la imputación, hasta que el Estado, por medio de sus órganos pronuncie una sentencia penal firme que declare la culpabilidad y lo someta a una pena.

Dicha garantía es la que inspira al proceso penal de un Estado democrático. La presunción de inocencia como derecho fundamental es un logro del derecho moderno, mediante el cual todo inculcado durante el proceso penal es en principio considerado inocente.

La presunción de inocencia es muy importante en nuestro sistema de justicia, además denota un alto grado de democracia y de civismo. El derecho de la presunción de inocencia es de avanzada, ya que por ejemplo, en Europa la presunción de inocencia no existe. En Europa el sospechoso o acusado tiene la obligación de probar su inocencia.

En nuestro sistema de justicia en cambio, el sospechoso o acusado no se encuentra obligado a probar su inocencia, ya que por el

contrario, es el Estado el que tiene la responsabilidad de probar la comisión del delito.

Los Estados tienen no solo el derecho sino también la obligación de combatir la violencia en el marco del respeto de la legalidad, de los derechos humanos y del estado democrático de derecho. No todas las limitaciones a los derechos humanos constituyen por lo tanto una violación a los mismos. No obstante, es menester recordar que debe existir un justo equilibrio entre el goce de las libertades individuales y el interés general en torno a la seguridad nacional.

La Corte Interamericana ha sido clara al respecto al manifestar que: *“(...) Está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda la sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan resultar los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral.”*

Asimismo aquel órgano internacional también ha sostenido que: *“el principio de legalidad, las instituciones democráticas y el Estado de Derecho son inseparables”*, agregando también que *“el concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías, es también*

inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira. En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros”.

Inocente, en la acepción académica del término es aquel que se halla libre del delito que se le imputa. Todo hombre tiene derecho a ser considerado inocente mientras no se pruebe que es culpable. *“Mientras no sean declarados culpables por sentencia firme, los habitantes de la Nación gozan de un estado de inocencia, aún cuando con respecto a ellos se haya abierto causa penal y cualesquiera sea el progreso de la causa. Es un estado del cual se goza desde antes de iniciarse el proceso y durante todo el periodo cognoscitivo de este (...)”*

“El mencionado principio es aquel conforme el cual la persona sometida a proceso disfruta de un estado o situación jurídica que no requiere construir sino que incumbe hacer caer al acusador”.

La garantía es a “ser tratado como inocente”, lo cual no implica que de hecho lo sea, y es por ello que dicha garantía subsiste aunque el juzgador posea total certeza de su culpabilidad; ya que en la realidad una persona es culpable o inocente al momento de la comisión del hecho delictuoso.

El imputado goza durante el proceso de la situación jurídica de un inocente. Así es un principio de derecho natural aquel que indica que *“nadie puede ser penado sin que exista un proceso en su contra seguido de acuerdo a los principios de la ley procesal vigente. Ahora bien, a este principio corresponde agregar lo que en realidad constituye su corolario natural, esto es, la regla de la presunción de inocencia, la cual se resuelve en el enunciado que expresa que todo imputado debe ser considerado como inocente (para nosotros debe decirse no culpable hasta que una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada afirme lo contrario”*.

La inviolabilidad de la defensa en juicio exige que el imputado sea tratado “como un sujeto de una relación jurídico procesal”, contraponiéndose a que sea tratado como un objeto pasivo en la persecución penal, o sea una persona con el rótulo de inocente al cual se lo nutre de determinados derechos para poder responder a la acusación a la cual deberá enfrentar.

2.2.2.3. Principio in dubio pro reo.

In dubio pro reo es una locución latina, que expresa el principio jurídico de que en caso de duda, por ejemplo, por insuficiencia probatoria, se favorecerá al imputado o acusado (*reo*). Es uno de los pilares del Derecho penal, que va íntimamente ligado al principio de legalidad, y podría traducirse como "ante la duda, a favor del reo".

Su aplicación práctica está basada en el principio de que toda persona es inocente hasta que se demuestre su culpabilidad. En caso de que el juez no esté seguro de ésta, y así lo argumente en la sentencia, deberá entonces dictar un fallo absolutorio.

Este principio no se considera aplicable a todo el Derecho penal, pues, aunque se ha barajado que la interpretación de las normas debería ser a favor del reo (por ejemplo, ante dos posibles interpretaciones de la ley, debería elegirse aquella que suponga una menor pena para el reo), se ha descartado dicha posibilidad.

Aunque las reglas interpretativas del Derecho penal no son iguales a las del resto de ramas del Derecho, verbigracia, no está permitida la analogía extensiva que amplíe los supuestos penados por la ley (analogía *in malam partem*), por lo general, el juez tiene libertad para optar por la interpretación que más se acerque, dentro de la literalidad, a la voluntad del legislador, y sin tener que estar por ello sujeto a la norma *in dubio pro reo*.

2.2.2.4. Principio de defensa.

Uno de los derechos constitucionales más relevantes, es el derecho de defensa, consagrado en el Art. 139 Inc. 14 de la Constitución, por virtud de él se garantiza que las personas, en la determinación de sus

derechos y obligaciones, cualquiera que sea su naturaleza (civil, mercantil, penal, laboral) no queden en estado de indefensión.

Toda persona tiene derecho a elegir a su abogado defensor, elección que debe ser manifestada libre y voluntaria en forma expresa e indubitable ante la autoridad judicial. En la doctrina española el Profesor Picó I. Junoy comentando el derecho a la asistencia letrada a referido que *“este derecho comporta que el interesado, pueda encomendar su representación y asesoramiento técnico a quien merezca su confianza y considere más adecuado para instrumentalizar su propia defensa”*.

El Contenido constitucionalmente protegido del derecho de defensa garantiza que toda persona sometida a detención policial o judicial, deba ser informada irrestrictamente de las razones que lo promueven y que, desde su inicio, hasta su culminación, pueda ser asistida por un defensor libremente elegido.

El Derecho de Defensa es un derecho fundamental e imprescindible en un debido proceso. Es el derecho subjetivo público individual del imputado de acreditar su inocencia o cualquier circunstancia capaz de excluir o atenuar su responsabilidad; constituye una actividad esencial del proceso, integrando el triángulo formal de la justicia represiva, en cuanto nadie puede ser condenado sin ser oído ni defendido.

También se concibe a la defensa como el derecho inviolable, público y subjetivo que tiene toda persona para poder cautelar sus derechos cuando es imputado de un acto delictuoso. Se funda en el principio de la libertad. Es un poder que la ley confiere al hombre para impedir cualquier sanción. Responde a la idea de protección de amparo, frente al ataque que supone la contienda procesal bajo el cual subyace el conflicto de intereses y libertades, que si bien afectan a cuantos intervienen en el mismo, tiene una especial significación respecto del imputado, constituyendo un derecho consagrado constitucionalmente.

CARROCA PEREZ advierte dos dimensiones del derecho de defensa: *a) como derecho subjetivo; y, b) como garantía del proceso.* En lo que respecta a la primera dimensión, es visto como un derecho fundamental que pertenece a todas las partes del proceso, cuyas notas características son su irrenunciabilidad (la parte no puede decidir que no se le conceda la oportunidad de defenderse) y su inalienabilidad (no puede ser dispuesta por su titular, ni su ejercicio puede serle sustraído ni traspasado a terceros). En cuanto a su segunda dimensión, de carácter objetivo institucional, la defensa constituye un verdadero requisito para la validez del proceso, siempre necesaria, aun al margen o por sobre la voluntad de la parte, para la validez del juicio.

El derecho de defensa configura una amplia gama de garantías que cuenta el imputado o acusado en materia penal. Estas se pueden sintetizar en las siguientes:

1. Derecho del detenido a ser comunicado sobre la imputación. De la detención de una persona por las autoridades competentes, surge la necesidad de éste de ejercer su derecho a la defensa, de allí que nuestra Constitución en su artículo 139º inciso 15 prescriba el principio de que toda persona debe ser informada, inmediatamente y por escrito, de las razones o causas de su detención. La razón o causa de la detención debe consistir en una noticia íntegra, clara, precisa, circunstanciada y oportuna del hecho concreto que se atribuye al imputado. Si resultara que sólo se da cumplimiento del deber de comunicación de la imputación, obviando alguno de estos requisitos, no se estará cumpliendo con la totalidad de elementos que caracterizan jurídicamente a la imputación, se estaría provocando la privación del derecho a ser oído y, con ello, la facultad de influir eficientemente por esa vía, en la decisión respectiva. Hay dos aspectos que merecen ser destacados: a) El alcance y las características de la información que se deben otorgar al acusado; y, b) La prontitud con que se le debe proporcionar dicha información.

2. Derecho al tiempo y las facilidades necesarias para la defensa. Como se puede ver de esta garantía se desprenden dos aspectos: a) La consideración del tiempo necesario para la preparación de la defensa; y, b) la facilitación de los medios necesarios para la preparación de la defensa.

- a. Tiempo necesario para la preparación de la defensa. mientras que la parte acusadora puede con frecuencia haber estado preparando un caso durante un largo periodo antes del comienzo del proceso, la defensa deberá confrontar la evidencia acumulada por la acusación, encontrar testigos, presentar sus propios medios de prueba y examinar y rebatir los argumentos jurídicos de la parte acusadora en el lapso sustancial más breve.

Qué tiempo es el “adecuado” o el “necesario” para la preparación de la defensa, ello dependerá de la gravedad del delito, las dificultades para obtener evidencias a favor de la defensa, el número de personas acusadas en el mismo proceso, la novedad u originalidad de los problemas jurídicos que se requiere examinar, etc.

- b. Medios adecuados para preparar la defensa. Esta garantía implica el derecho del acusado a comunicarse privadamente, sin censuras ni interferencias de ninguna especie, con quien le asista en la preparación de su defensa. Sin embargo, esta garantía también incluye el

derecho a comunicarse con otras personas distintas del defensor.

También implica el acceso a documentos necesarios para la preparación de la misma, y muy especialmente a aquellos que han sido sometidos a la consideración del los juzgados o Salas Penales y que forman parte del proceso.

3. Derecho a contar con un intérprete. Es esencial que se le proporcione un intérprete que le ayude a comprender todo lo que se pueda decir en el juzgado o sala penal y todos los documentos o pruebas que se le puedan someter. El propósito de esta garantía es no sólo permitir al acusado presentar argumentos en su defensa, ofreciendo su propia versión de los hechos y su interpretación del derecho aplicable, sino que, lo que es más importante, permitirle familiarizarse con la evidencia y los argumentos legales presentados por la parte acusadora.
4. La asistencia del imputado por un Abogado defensor. Es referida a aquella defensa ejercida generalmente por un abogado y sólo en algunas otras legislaciones, por excepción al propio imputado; se ejerce mediante instancias, argumentaciones, alegatos u observaciones que se basan en normas de derecho sustantivo o procesal. Exige lógicamente conocimientos jurídicos

de que, el imputado en la mayoría de casos carece; sin ellos, él no podría defender eficazmente, y la defensa, por ende, no respondería a los fines de su institución.

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

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

Es importante remarcar que la defensa tiene tres características fundamentales: pública, libre y profesional: así, es pública porque cumple una función en este orden, si bien es cierto que

el defensor, defiende los intereses privados del procesado, pero su accionar va encaminado a una finalidad de orden social¹⁰; es libre porque no admite restricción alguna salvo las establecidas por ley; y es profesional porque es solicitada por determinada persona especialista en derecho.

5. El derecho a la Autodefensa. La autodefensa consiste en la intervención directa y personal del inculcado en el proceso, realizando actividades encaminadas a preservar su libertad: impedir la condena u obtener la mínima sanción penal posible. Llamada también defensa material, y como dijera Vélez, "es la que se realiza mediante manifestaciones que el imputado puede hacer en el proceso, declarando cuantas veces sea necesario (tanto en la etapa preliminar, en la instrucción como en el juicio oral) siempre que sus declaraciones sean pertinentes". Corroboraba en este sentido la afirmación que la autodefensa es un hecho instintivo y natural del hombre y la ley permite esta actividad personal, que no significa en modo alguno una absoluta libertad para el ejercicio de la defensa personal. El derecho a la postulación en el proceso le permite al imputado presentarse al Juez conjuntamente con su defensor alegando el derecho que le asiste

6. Derecho a confrontar la evidencia presentada por la acusación.- Este derecho le permite examinar –personalmente o por medio

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

7. El derecho de no ser obligado o inducido a declarar contra sí mismo o a declararse culpable. Este derecho es una de las manifestaciones del Derecho de Defensa, y en particular corresponde al deber que impone la norma de no emplear ciertas formas de coerción, para privar al imputado de su libertad de decisión como informante (transmisor de conocimientos) en su propio caso, reside, por último, evitar que una declaración coactada del imputado pueda ser valorada como elemento de cargo en su contra.

2.2.3. Los derechos procesales.

2.2.3.1. Derecho a la no autoincriminación.

No cabe duda que el resguardo de un derecho y garantía constitucional del proceso exige la existencia de salvaguardas normativas, que llamamos mecanismos procesales de protección. Así, en el derecho a la no incriminación, estos mecanismos son:

A. La delimitación entre No-Incriminación y Confesión. El límite entre confesión y una declaración que violente la garantía de no incriminación se encuentra en la voluntad y en el cumplimiento de los presupuestos que garanticen su libertad de declarar, esto es la asistencia de un abogado defensor y la información de su derecho a guardar silencio. La afirmación de que "no todo está permitido en la búsqueda de la verdad" debe ser una regla al momento de evaluar la licitud de una declaración.

"La confesión en el proceso penal es solamente un indicio de la autoría del acusado, Este indicio requiere, por su parte, la investigación y examen por el tribunal, de oficio...".⁶⁷

Si el Derecho a la no incriminación contradice la aplicación de la atenuante de la llamada confesión sincera, es un aspecto que ha sido puesto en el tapete por algún recurrente ante el Tribunal

⁶⁷ Roxin, Claus, Günther Arzt y Klaus Tiedemann. *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*. Barcelona Ariel, 1989, p. 159.

Constitucional español, al fundamentar su pedido en que ..."para apreciar la atenuante se exige una declaración contraria a los intereses del inculpado, una declaración"; lo cual ha sido rechazado por dicho órgano pues como se ha señalado en la STC 75/1987, Fj 1º y 2º ..."ligar un efecto beneficioso a la confesión voluntariamente prestada no es privar del derecho fundamental a no confesar si no se quiere".

Los institutos de conformidad, por las cuales el inculpado acepta la comisión de los hechos y la imposición de una pena a fin de terminar el proceso y en general las negociaciones que incluyen una colaboración del procesado en la formulación de las pruebas de cargo, han sido cuestionadas desde antiguo, por considerar que vulneran la no incriminación al viciar la voluntad con promesa de menor sanción.

Estas negociaciones fueron calificadas de inmoralidades por el insigne Carrara, ya que en estricto se alteran las garantías de la presunción de inocencia y la no incriminación. Actualmente este tema está supeditado a la disposición o voluntad del procesado y se encuentra limitado en nuestro sistema a la aceptación de pena y al control del acuerdo.

B. Prohibiciones probatorias. La prueba ilícita es aquella prueba obtenida o practicada con violación de los derechos fundamentales.

¿Cuál es la sanción para las declaraciones obtenidas con cualquier tipo de coacción? Según algunos como Carocca Pérez, cualquier diligencia practicada en esas condiciones sería absolutamente nula por violentar el derecho de defensa y que, tal como señala Gimeno Sendra, no debe admitirse siquiera como prueba de valoración prohibida.⁶⁸

La doctrina alemana ha debatido además sobre si las declaraciones o confesiones obtenidas sin cautelar el derecho a informar, sobre el derecho a guardar silencio o de su derecho a consultar con un abogado defensor, pueden ser sancionadas con la prohibición de ser utilizadas.

Según enseña Gimeno Sendra, en este punto, el término "coacción" debe tomarse en forma lata, "de este modo constituye declaración viciada la que se presta bajo el apercibimiento de "cargos" (vgr. La de un inexistente delito de falso testimonio) o "reconvención" (la obtención de una declaración bajo apercibimiento de proceso a un familiar o mediante la conminación de la prisión provisional) (...) ventajas materiales (así, el ofrecimiento de droga al detenido bajo "síndrome de abstinencia") o procesales; en este último caso cabe entender incluido el, por la doctrina italiana denominada, "chiamata

⁶⁸ Carocca Pérez, Alex. La Garantía Constitucional de la Defensa Procesal, p. 484.

del correo" o declaraciones de los "pentiti" o "arrepentidos" y en general, toda declaración del coimputado prestada contra otros..."⁶⁹

C. La precisión del alcance de la no incriminación sobre los hechos. El reconocimiento del derecho a la no incriminación exclusivamente sobre los hechos, requiere una regulación expresa. De ese modo se encuentra legislado en Argentina, que en el artículo 298° de su Código procesal establece que se informará al inculpado que se puede abstener después del interrogatorio de identificación. Similar regulación encontramos en Costa Rica.

El Código Procesal Penal Colombiano en sus artículos 358 y 359 establece que la advertencia de que no tiene la obligación de declarar es previa incluso al interrogatorio de identificación, con lo cual se recoge la posición amplia de la regulación de la garantía de no incriminación.

En lo referente a nuestra legislación, el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Penal, en su inciso 2, establece que nadie puede ser obligado o inducido a declarar o a reconocer culpabilidad contra sí mismo, extendiéndose tal potestad respecto a su cónyuge o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

⁶⁹ Gimeno Sendra, Vicente, Víctor Moreno Catena, Valentín Cortés Domínguez. *Derecho Procesal Penal*. Ob. cit., p. 392

2.2.3.2. Derecho a guardar silencio.

Una persona involucrada en un proceso penal considera que tiene el deber de declarar o en todo caso siente que la declaración es un modo de justificar o disculpar su accionar, y al no ser informado de su derecho al silencio, considera que es la única expresión de su derecho de defensa. Es por ello que Informar o advertir sobre el derecho a guardar silencio es "un presupuesto esencial para el ejercicio del ius tacendi, en tanto que, cumpliendo una función informativa, va a permitir la elección del tipo de comportamiento.

Su función no es influir sobre la conducta del sujeto, sino hacerle saber su situación jurídica y las posibilidades sobre la que puede orientar su defensa ante el interrogatorio".⁷⁰

El deber de informar resulta más imperativo en países como el nuestro con cultura inquisitiva y donde los mismos actores de la justicia penal tienen una idea errada del alcance de este derecho.

El informar adecuadamente debe constituirse en un deber del personal policial, fiscal o judicial al cual se enfrenta un inculpaado, ya que sólo es posible que las declaraciones del inculpaado funden una acusación absolutoria o exculpatoria si es que se demuestra "que se

⁷⁰ Revilla Gonzalez, José-Alberto. El Interrogatorio del imputado. Valencia, Tirant lo Blanch, 2000. p. 38

aplicó medios procesales efectivos para asegurar al inculpado el goce de la garantía de no autoincriminarse".

Este mecanismo procesal de informar sobre el derecho a guardar silencio no se encuentra positivizado en muchas legislaciones, a pesar de constituirse en la primera salvaguarda al derecho a guardar silencio.

En EE.UU. las ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia en los casos *Escobedo vs. Illinois* y *Miranda vs. Arizona* establecieron el deber de informar al inculpado previamente a un interrogatorio "el derecho que tiene a guardar silencio, de que cualquier declaración que haga puede ser usada en su contra y de que tiene derecho a la presencia de un abogado".

En Europa, encontramos en la regulación procesal alemana, que el inculpado deberá ser informado sobre su derecho a declarar o no. Esta información deberá ser repetida cada vez que se presente a distintos órganos persecutorios e incluso existe el deber de informar nuevamente de este derecho cuando el objeto del interrogatorio ha cambiado o se ha ampliado.⁷¹

En España se establece que se informará al inculpado en su primera comparecencia de su derecho a guardar silencio.

⁷¹ Cfr. Eser, Albin. *Temas de Derecho Penal y Procesal Penal*. Ob. cit., p. 23-24.

En el ámbito latinoamericano resulta bastante avanzada la regulación constitucional paraguaya de 1992, que consagra el derecho al silencio y a ser informado de este derecho. Similar regulación se observa en la legislación procesal costarricense donde se señala expresamente el derecho al silencio.

Es interesante la regulación establecida en Costa Rica pues al reglamentar la información del derecho de declarar, exige que no sólo se informe de que goza de este derecho sino que se informa además que "puede abstenerse a declarar sin que su silencio implique una presunción de culpabilidad y que puede requerir la presencia de su defensor."

En Cuba el Código de Procedimientos Penales señala la obligación del instructor de instruir al inculcado sobre el alcance de su derecho a declarar si es que "quisiera hacerlo".

En nuestro país, el artículo 71.2."d" establece como uno de los derechos del imputado el "abstenerse de declarar y, si acepta hacerlo, a que su abogado defensor esté presente en su declaración y en todas las diligencias en que se requiera su presencia." Lo que implica que la presencia del abogado es condición para la validez de tal declaración.

En Colombia encontramos lo que se conoce como advertencias previas al indagado: 1°) que no va a juramentar, 2°) que es voluntaria, 3°) que no tiene la obligación de declarar contra.⁷²

El derecho a ser informado se encuentra íntimamente ligado con el derecho a ser asistido por un abogado defensor pues "es evidente que para numerosos inculcados el derecho de hacer o de no hacer declaraciones y el derecho a disculparse serán puramente teóricos si en el momento de ser informados de estos derechos no tienen la posibilidad de llamar a un defensor.⁷³ Lo cual implica que al mismo tiempo que son informados de su derecho a guardar silencio deben ser informados de su derecho a contar con la asistencia de un abogado defensor.

¿En qué momento debe informarse estas advertencias?

Esta información sobre los derechos de los inculcados, llamadas "advertencias", se encuentra ligada también a la forma como se imparte, es decir se debe observar cuál es el medio; si la atmósfera es "amenazante" es obvio que las advertencias no tendrán efecto.⁷⁴

¿Cuántas veces se debe informar?

El ejercicio del ius tacendi debe repetirse en los diversos supuestos de declaración.

⁷² Además que sólo tendrá valor probatorio la confesión cuando el inculcado haya sido informado de su derecho a guardar silencio

⁷³ Colautti, Carlos. Derechos Humanos. Buenos Aires, Universidad, 1995, p. 105.

⁷⁴ Ibidem, p. 611

Conforme a lo expuesto con anterioridad y a raíz de la expedición del actual Código Procesal Penal, existe la obligación de informar al imputado los derechos que le concede la ley, entre ellos, el de abstenerse a declarar, lo cual realmente constituye un gran avance (véase artículo 71 del CPP).

Sin embargo, es de advertir que al regular la declaración del imputado no se establece el deber de informar sobre este derecho. Si bien no se ha regulado legislativamente una sanción a la omisión de informar sobre el derecho a guardar silencio, esta sanción está implícita en el contenido del derecho a declarar; sanción que no es otra que la no utilización de la declaración prestada.⁷⁵

De hecho el reconocer el derecho al silencio, trae como consecuencia necesaria que no cause ningún efecto en perjuicio de quien lo ejerce, de modo que con el actual ordenamiento procesal se supera lo establecido por el Código de Procedimientos Penales que establecía en su artículo 127 "que el juez le manifestará que su silencio puede ser tomado como indicio de culpabilidad".⁷⁶

⁷⁵ Revilla Gonzalez señala que la inutilización debe alcanzar incluso a aquellas otras pruebas derivadas del conocimiento adquirido a partir de esas declaraciones obtenidas con vulneración del referido derecho (prueba refleja o derivada), al encontrarse dentro de lo que se conoce como *the fruti poisonous tree*. (Revilla Gonzalez, José-Alberto. *El Interrogatorio del imputado*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2000. p. 43)

⁷⁶ Cfr. Cubas Viillanueva, Víctor y otro. *Código de Procedimientos Penales*. Lima, Palestra Editores 1999, p. 114, a propósito del art. 127 del entonces Código Procesal Penal afirmaba que "...el estudio de este derecho nos hace comprender la inconstitucionalidad de ciertas regulaciones. Esta norma se encuentra derogada tácitamente en virtud de lo dispuesto por el reconocimiento constitucional del derecho a la no incriminación"...

El silencio como derecho no puede generar ninguna consecuencia en perjuicio de quien se ampara en él. No puede además ser considerado como indicio de culpabilidad, ni se le equipara aquel dicho que dice "el que calla otorga" ni se le puede dar al inculpado un tratamiento igual al rebelde civil, donde el callar otorga presunción de que los hechos que expresa la parte contraria son ciertos.

Esta falta de efecto está estrechamente relacionada con la carga de la prueba, ya que no es de cargo del inculpado el probar que es inocente y por eso puede callar si quiere y no colaborar con la administración de justicia, pues no se le puede pedir a una persona que colabore en su propia condena.

2.2.3.3. De la motivación escrita de las resoluciones judiciales.

El art. 139 inciso 5 de la Constitución recoge el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales. Igualmente, el art. 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial prescribe que: *“Todas las resoluciones, con exclusión de las de mero trámite, son motivadas,*

*bajo responsabilidad, con expresión de los fundamentos en que se sustenta [...]*⁷⁷.

La motivación es un derecho subjetivo que tienen las partes en el proceso⁷⁸ y que puede postularse en sentido negativo como un derecho a oponerse a resoluciones arbitrarias⁷⁹.

La motivación de las decisiones judiciales exige un razonamiento fundado en pruebas y en una aplicación adecuada del derecho, en donde se discuten y desarrollen de modo necesario los argumentos de las partes, ya sea para admitirlos o rechazarlos⁸⁰.

El juez que decide la causa debe indicar y explicitar a las partes la valoración que merecen sus respectivas alegaciones⁸¹. Sin embargo, ello no quiere decir que la motivación únicamente responda al respeto

⁷⁷ El inc. 6 del art. 50 del Código Procesal Civil establece como deberes de los jueces: “Fundamentar los autos y las sentencias, bajo sanción de nulidad, respetando los principios de jerarquía de las normas y el de congruencia”.

El apartado 6.1 del artículo 6.º de la Ley N.º 27444, prescribe que: “La motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado”. Asimismo, se establece que: “No son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto”.

El inciso 1.2) del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N.º 27444, del Procedimiento Administrativo General, establece que forma parte del debido procedimiento administrativo el derecho del administrado a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. Dicha motivación debe efectuarse en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico, en concordancia con lo establecido por en numeral 4) del artículo 3.º de la citada ley.

⁷⁸ Cfr. Pérez Royo, Javier; *Curso de Derecho Constitucional*; p. 494.

⁷⁹ Cfr. Cordón Moreno, Faustino; *Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal*; p. 179; Gonzales Pérez, Jesús; *El Derecho a la Tutela Judicial Jurisdiccional*; p. 270.

⁸⁰ Cfr. Carocca Pérez, Alex; *Garantía Constitucional de la defensa Procesal*; p. 340.

⁸¹ Cfr. Colomer Hernández, Ignacio; *La Motivación de las sentencias: Sus exigencias constitucionales y legales*; Valencia; Tirant lo Blanch; 2003; p. 132.

del derecho de defensa. Su fundamento y alcance es mucho más amplio en la medida que responde a la tutela judicial efectiva [pronunciamiento fundado en derecho] y el ejercicio mismo de la jurisdicción⁸².

La motivación no es un acto de creación del derecho del juez o del tribunal, sino más bien un *acto de discusión, análisis y razonamiento para adoptar una determinada decisión* en el que se deben tomar en cuenta las alegaciones y pruebas de las partes.

La Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre el deber de motivar las resoluciones judiciales señalando:

“Que en efecto, la resolución de primera instancia no ha cumplido con la garantía de carácter constitucional de fundamentación de las resoluciones judiciales, contenida en el inciso cinco, del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política, en virtud a la cual, toda resolución que emita una instancia jurisdiccional debe estar debidamente motivada, ello significa -como lo ha establecido jurisprudencialmente el Tribunal Constitucional- que debe quedar plenamente establecida a través de su fundamentación, la "ratio decidendi" por la que se llega a tal o cual conclusión, derecho que a su vez implica que cualquier decisión cuente con un razonamiento que no sea aparente o defectuoso, sino que exponga de manera

⁸² Cfr. Carocca Pérez, Alex; *Garantía Constitucional de la defensa Procesal*; p. 340.

clara, lógica y jurídica los fundamentos de hecho y de derecho que la justifican, de manera tal que los destinatarios, a partir de conocer las razones por las cuales se decidió en un sentido o en otro, estén en la aptitud de realizar los actos necesarios para la defensa de su derecho, el mismo que se constituye en un presupuesto fundamental para el adecuado y constitucional ejercicio del derecho a la tutela procesal efectiva; en tanto, se aprecia que no se ha efectuado argumentación jurídica referida a sustentar válidamente una decisión jurisdiccional sobre las excepciones de verdad deducidas por los querellados⁸³.

El derecho de defensa y su expresión en la Motivación de las Resoluciones judiciales.

Los sujetos procesales tienen el derecho a exigir de los órganos de justicia, la discusión racional y adecuada de la prueba y las tesis de defensa, ya sea para admitirlas o para rechazarlas. El deber de motivar supone que las alegaciones y pruebas sean recogidas y discutidas por el Tribunal, situación que permite el control y la discusión racional acerca del asunto a ser resuelto permitiendo a los sujetos procesales intervenir en la formación de la resolución⁸⁴.

Se plantea aquí un derecho del justiciable como derecho a que se analicen y discutan sus argumentos – al menos los más *esenciales* –

⁸³ Véase, la resolución de fecha 20 de Julio del 2006 expedida por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema recaída en el R.N. 1519 – 2006.

⁸⁴ Cfr. Carocca Pérez, Alex; *Garantía Constitucional de la defensa Procesal*; p. 341.

con el fin de admitir o rechazar su pretensión. No es lícito, ni conforme a derecho, que el juzgador prescinda, ignore o no aborde los argumentos de las partes⁸⁵. Se habla aquí de una *función pedagógica* de la motivación.

La garantía de motivación no asegura ni obliga a una resolución favorable, pero sí exige inexorablemente y en todo momento la obtención de una resolución motivada que no es otra cosa que una decisión judicial *razonable, congruente y fundada en derecho*⁸⁶. La tutela judicial efectiva requiere respuestas judiciales fundadas en criterios razonables⁸⁷.

No hay una decisión razonable si es que no se discuten en la sentencia las alegaciones o pruebas de las partes o si el juez desatendiéndose de los mandatos constitucionales autoritariamente impone su verdad y su criterio al margen de los demás sujetos procesales. La ausencia de diálogo, de debate o de análisis en una resolución judicial respecto a la ponderación de las alegaciones y pruebas de las partes permite afirmar que no estamos ante una decisión razonable, sino más bien ante una resolución autoritaria, incongruente y no compatible con los mandatos constitucionales.

⁸⁵ Cfr. Colomer Hernández, Ignacio; *La Motivación de las sentencias: Sus exigencias constitucionales y legales*; p. 133.

⁸⁶ Cfr. Pérez Royo, Javier; *Curso de Derecho Constitucional*; p. 494.

⁸⁷ Cfr. Gonzales Pérez, Jesús; *El Derecho a la Tutela Judicial Jurisdiccional*; Madrid; Civitas; 3 ed.; 2001; p. 268.

La resolución judicial no es una decisión de poder o un acto de voluntad⁸⁸, sino una decisión que debe ofrecer razones respecto a los resultados a los que llega, debiendo justificar su contenido sobre una base jurídica. Ella garantiza – como afirma FERRAJOLI – la naturaleza cognoscitiva del juicio, vinculando la aplicación del derecho a la estricta legalidad y los hechos a la actividad probatoria⁸⁹.

La libertad y discrecionalidad que se le reconoce en algunos casos al Poder Judicial en la toma de ésta u otra decisión se compensa con la exigencia de que la motive y explique⁹⁰. Una adecuada motivación impide que el ejercicio del poder discrecional del juez devenga en arbitrario⁹¹.

Capítulo III

Tutela procesal efectiva y el debido proceso penal

2.3.1. Tutela procesal efectiva y el debido proceso como principio-derecho de nuestro ordenamiento constitucional.

La tutela judicial efectiva es un derecho y garantía que constituye uno de los pilares sobre los que se asienta la idea de debido proceso legal. La tutela jurisdiccional efectiva constituye la garantía de que las pretensiones de las

⁸⁸ Cfr. Gonzales Pérez, Jesús; *El Derecho a la Tutela Judicial Jurisdiccional*; p. 270.

⁸⁹ Cfr. Ferrajoli, Luigi; *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*; p. 623.

⁹⁰ El Tribunal Constitucional Español ha señalado que:

"La facultad legalmente atribuida a un órgano judicial para que adopte con carácter discrecional una decisión en un sentido o en otro no constituye por sí misma justificación suficiente de la decisión finalmente adoptada, sino que, por el contrario, el ejercicio de dicha facultad viene condicionado estrechamente a la exigencia de que tal resolución esté motivada, pues sólo así puede procederse a un control posterior de la misma en evitación de toda posible arbitrariedad" (STC 224/1992, de 14 de diciembre, FJ 3)".

⁹¹ Cfr. Dolcini, Emilio; *Commentario breve al Codice Penale* [Alberto Crespi – Federico Stella – Giuseppe Zuccala]; p. 516.

partes que intervienen en un proceso serán resueltas por los órganos judiciales con criterios jurídicos razonables. De aquí se evidencia la posibilidad de desdoblarse el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en tres ámbitos: a) el derecho de acceso al proceso, en virtud del cual el ciudadano puede incoar una pretensión procesal; b) el derecho a obtener una resolución de fondo fundada en derecho; y c) el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales.

En la doctrina española, Luis Román Puerta⁹², por su parte, sostiene que el derecho a la tutela judicial efectiva o derecho a la jurisdicción es –como ha declarado el Tribunal Constitucional- el derecho a promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una resolución fundada en Derecho, sea o no favorable a las pretensiones formuladas (STC No.19/1981).

No nos queda duda de que en un Estado que se precie de social y democrático de derecho, no sólo se debe reconocer, sino hacer realmente efectiva las garantías procesales que la Constitución y las leyes conceden al procesado, asumiendo incluso la posibilidad de que se absuelva a un culpable, pero que no se condene a un inocente.⁹³ En tal sentido, compartimos plenamente la afirmación de Jaén Vallejo⁹⁴ cuando sostiene que en un Estado democrático de Derecho, el Juez nunca tiene ante sí a un

⁹² *La segunda instancia penal y el recurso de unificación de doctrina*. En: *Las reformas procesales*, Revista del Consejo General del Poder Judicial, Madrid – España 2005, p.20.

⁹³ En el sistema anglosajón, es muy conocido el aforismo que dice más o menos así, que es preferible que un delincuente ande suelto a que un inocente se encuentre preso.

⁹⁴ Cfr. Manuel Jaén Vallejo en su *Justicia Penal contemporánea*, Ed. Postocarrero, 1ª. Edición, Lima, agosto de 2002, p. 70.

delincuente, sino a un ciudadano inocente, al menos hasta que se dicte una sentencia condenatoria, que incluso debe ser firme.

2.3.2. El debido proceso penal. Expresiones del debido proceso.

Compartimos con el profesor Aníbal Quiroga⁹⁵ cuando afirma que el debido proceso legal es la institución del derecho constitucional procesal que identifica los principios y presupuestos procesales mínimos que debe reunir todo proceso penal jurisdiccional para asegurar al justiciable la certeza, justicia, razonabilidad y legitimidad de resultado socialmente aceptable. Si ello no se cumple, estaremos –entonces- ante un proceso que afecta los derechos fundamentales de una persona y devendría en arbitrario.

En ese mismo sentido, Reyna Alfaro⁹⁶ nos dice que la justicia penal, al comprometer uno de los valores más preciados del ser humano –como es la libertad- y por suponer la confrontación más intensa que tiene el ciudadano con el poder del Estado, debe encontrarse rodeada de aquellas garantías que avalen su afectación solo en los casos estrictamente necesarios, es decir, en aquéllos donde se haya comprobado judicialmente la culpabilidad del agente y que se satisfagan a su vez los requerimientos del merecimiento y necesidad de pena. Siempre que este conjunto de garantías concorra en el proceso penal estaremos ante el denominado debido proceso.

⁹⁵ Cfr. Quiroga León, Aníbal; *El debido proceso legal en el Perú y el sistema interamericano de protección de derechos humanos.* Jurista Editores. Lima 2000. pág. 43.

⁹⁶ Op. cit., p.176.

Este derecho fundamental⁹⁷ implica el conocimiento previo del conjunto de reglas con los cuales se va a juzgar a una persona y que, sólo así, concluirá en una sentencia –absolutoria o condenatoria- válidamente emitida. De ello se infiere lo que en doctrina se reconoce como los dos aspectos que comprende: procesal y sustantivo. El primero se refiere al respeto de las normas preestablecidas, y el segundo encierra una connotación ética, el ideal de justicia, que consolida su validez al emitir una sentencia sin afectación de los derechos fundamentales.

Así, Juan Francisco Linares⁹⁸ precisa que: a) En su faz procesal. Constituye un conjunto de reglas y procedimientos tradicionales que el legislador y el ejecutor de la ley deben observar cuando en cumplimiento de las normas que condicionan la actividad de esos órganos (Constitución, leyes, reglamentos) regulan jurídicamente la conducta de los individuos y

⁹⁷ Bernaldes Ballesteros, Enrique. *La Constitución de 1993 – Análisis comparado*. RAO Editora. 5ª. Edición. Lima, julio de 1999, p. 641, afirma que el debido proceso ...“en la actualidad no sólo es considerado como un derecho constitucional sino como derecho fundamental; vale decir, uno de los derechos humanos exigibles al Estado moderno de derecho. (...) Es por ello que la garantía del debido proceso ha venido a transformarse, con el andar del tiempo, en el símbolo de la garantía jurisdiccional en sí misma. (...) Mediante el debido proceso se garantiza que las reglas de organización judicial, competencia, trámite de los juicios y ejecución de las decisiones de la justicia, se lleven a cabo respetando las garantías constitucionales y legales vigentes.” Por su parte, Landa, op. cit., p.196-197, nos explica: ...“la doctrina y la jurisprudencia nacionales han convenido en que el debido proceso es un derecho fundamental de toda persona –peruana o extranjera, natural o jurídica- y no sólo un principio o derecho de quienes ejercen la función jurisdiccional. En esa medida, el debido proceso comparte el doble carácter de los derechos fundamentales: es un derecho subjetivo y particular exigible por una persona y es un derecho objetivo en tanto asume una dimensión institucional valorativa a ser respetada por todos (...) Por ello, el debido proceso de origen estrictamente judicial se ha ido extendiendo pacíficamente como debido procedimiento administrativo (...) y como debido proceso parlamentario (...) así como debido proceso *inter privatos* aplicable al interior de las instituciones privadas. (...) En consecuencia, el debido proceso encierra en sí un conjunto de garantías constitucionales que se pueden perfilar a través de identificar las cuatro etapas esenciales de un proceso: acusación, defensa, prueba y sentencia”... De otro lado, Alejandro Carrio, en su *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Ed. Hammurabi, 3ª. Edición, 1ª. Reimpresión 1997, Buenos Aires – Argentina, págs. 67, sostiene que: “La expresión *debido proceso* que la Corte usa con alguna frecuencia reconoce sin duda su origen en la Carta Magna de los Estados Unidos (...) sus Enmiendas V y XIV.”

⁹⁸ Citado por Francisco Eguiguren Praeli, en *Estudios constitucionales*, ARA Editores, 1ª. Edición, Lima 2002, p. 213.

restringen la libertad civil de los mismos. b) En su faz sustantiva. Constituye el debido proceso también, y además, un estándar o patrón o módulo de justicia para determinar dentro del arbitrio que deja la Constitución al legislador y la ley al organismo ejecutivo (administrativo y judicial), lo axiológicamente válido del actuar de esos órganos; es decir, hasta dónde pueden restringir en el ejercicio de su arbitrio la libertad del individuo. Queda convertida así la limitación o garantía procesal en una garantía genérica de la libertad individual.

Esta doble expresión del debido proceso reconocido en la doctrina, también fue recogida por el Tribunal Constitucional, conforme puede verse en el Exp. No. 3282-2004-HC/TC – Caso César Almeida Tasayco, en la que se lee: “[...]El debido proceso⁹⁹ tiene, a su vez, dos expresiones: una formal y otra sustantiva; en la de carácter formal, los principios y reglas que lo integran tienen que ver con las formalidades estatuidas, tales como las que establecen el juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa, la motivación; mientras que en su faz sustantiva se relaciona con los estándares de razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer.”

Concepto que se reafirma en el Exp. 8125-2005-HC/TC – Caso Jeffrey Immelt y otros, en donde se dice: “[...]”El debido proceso tiene, a su vez, dos

⁹⁹ Landa, op. cit., pág. 195, respecto al debido proceso y que hace suyo lo expuesto por el profesor Néstor Pedro Sagües, sostiene que éste tiene su origen en el due process of law anglosajón y que se descompone en a) debido proceso sustantivo, que es el que protege a los ciudadanos de las leyes contrarias a los derechos fundamentales, así como a la necesidad de que las sentencias sean valiosas en sí mismas, esto es, que sean razonables; b) el debido proceso adjetivo, que está referido a las garantías procesales que aseguran los derechos fundamentales, alude al cumplimiento de ciertos recaudos formales, de trámite y de procedimientos para llegar a una solución judicial mediante una sentencia.

expresiones: una formal y otra sustantiva; en la de carácter formal, los principios y reglas que lo integran tienen que ver con las formalidades estatuidas, tales como las que establecen el juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa, la motivación; en su faz sustantiva, se relaciona con los estándares de justicia como son la razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha reconocido estas dos manifestaciones del debido proceso en sus sentencias recaídas en los expedientes N° 2192-2002-HC/TC (F.J. N° 1), N° 2169-2002-HC/TC (F.J. N° 2) y N° 3392-2004-HC/TC (F.J. N° 6).

2.3.3. El debido proceso en la doctrina del Tribunal Constitucional.

Respecto a lo que debe considerarse como pautas de lo que es un debido proceso, el Tribunal Constitucional, ante un caso de Hábeas corpus planteado contra un juez en un proceso de extradición, Exp. 230-95-HC/TC – Caso William Toledo Almeida,¹⁰⁰ sostuvo inicialmente lo siguiente: “De autos ha quedado acreditado que la detención del actor responde a un procedimiento de extradición iniciado a instancia del Gobierno Suizo, al imputarle la comisión del delito de tráfico de estupefacientes. En el referido procedimiento (...) no se ha detectado ninguna anomalía procesal, al haberse observado los trámites y plazos que señala la ley (...) e inclusive el interesado ha hecho uso de los derechos que la ley procesal le franquea” (...)

¹⁰⁰ Citado por Hermilio Vigo Cevallos, *Hábeas Corpus*. Ed. Idemsa. 2ª. Edición. Lima 2002. p. 567.

Posteriormente, en el Exp. No. 0258-2003-HC/TC – Caso Percy Rodríguez Carvajal, "El Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho al debido proceso, reconocido en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución, forma parte del "modelo constitucional del proceso", cuyas garantías mínimas deben ser respetadas para que el proceso pueda considerarse como debido."

“En ese sentido, la exigencia de su efectivo respeto no sólo tiene que ver con la necesidad de garantizar a todo justiciable determinadas garantías mínimas cuando éste participa en un proceso judicial, sino también con la propia validez de la configuración del proceso, cualquiera sea la materia que en su seno se pueda dirimir.”

“De esta forma, el debido proceso no es sólo un derecho de connotación procesal, que se traduce, como antes se ha dicho, en el respeto de determinados atributos, sino también una institución compleja, que "no alude sólo a un proceso intrínsecamente correcto y leal, ´justo´ sobre el plano de las modalidades de su tránsito, sino también como un proceso capaz de consentir la consecución de resultados esperados, en el sentido de oportunidad y de eficacia"[...]

Ampliando más sobre el tema, el Tribunal Constitucional, en el Exp. No. 3283-2003-AA/TC – Caso Taj Mahal Discoteque, sostiene que: “El procedimiento¹⁰¹ será calificado como regular cuando la autoridad judicial

¹⁰¹ En reiteradas sentencias, el TC ha señalado que los conceptos de debido proceso, también son aplicables al debido procedimiento administrativo.

competente para el caso concreto –por razones de turno, materia, función, cuantía y territorio– resuelva, previo cumplimiento de todos los actos judiciales señalados por la ley, dentro del orden y la sucesión previamente establecidos. La irregularidad se presenta cuando la decisión judicial no ha sido emitida conforme a las formalidades procesales exigidas por la ley. Debe ser de tal magnitud que comprometa decididamente la tutela procesal efectiva, y que, por ende, desnaturalice el resultado natural del proceso.”

“En ese sentido, la irregularidad procedimental consistiría en impedir o restringir a una de las partes intervinientes en un proceso el ejercicio pleno de las garantías de la administración de justicia, consagradas en el artículo 139.º de la Constitución, así como de los demás derechos referidos al debido proceso y la tutela judicial efectiva derivados de los convenios internacionales de los cuales el Estado peruano es suscriptor. A guisa de ejemplo, un procedimiento irregular sería aquél en que se condena en ausencia, se vulnera el derecho de libre acceso al órgano jurisdiccional, se impide o limita el derecho de defensa, se incumple el deber de motivar las resoluciones judiciales, se cercena el derecho a la instancia plural, se desconocen los efectos de la cosa juzgada, se vulnera el principio de predeterminación del juez natural, se aplica una ley por analogía en el ámbito penal, no se aplica la disposición más favorable al reo, [...]

Capítulo IV

Del principio de imputación necesaria

2.4.1. Del principio de imputación necesaria¹⁰². Elementos.

Este principio es inherente al principio acusatorio e implica que la imputación no sólo debe ceñirse a la existencia o no de la comisión de un delito, sino –sobre todo- a que la comisión de tales hechos estén vinculados –a través de pruebas indiciarias- con su presunto autor o autores¹⁰³, por lo que la imputación (hechos/presunto autor) debe realizarse de manera concreta, cierta e individualizadamente –lo que en doctrina se denomina *nexo causal*- de ningún modo puede generalizarse, pues implicaría una afectación al derecho de defensa¹⁰⁴ y al principio de presunción de inocencia.

¹⁰² Está implícito en el artículo 8.2.b de la Convención que señala el derecho del inculpado a la comunicación previa y detallada de la acusación formulada. Huerta, op. cit., p. 51 afirma: “Este derecho es esencial para el ejercicio del derecho de defensa pues el conocimiento de las razones por las cuales se le imputa a alguien la presunta comisión de un delito, permite preparar adecuadamente los argumentos de descargo. Este derecho se ve satisfecho si se indica con claridad y exactitud las normas y los supuestos de hecho en que se basa la acusación.” En el Caso Castillo Petruzzi, la CIDH sostuvo: “Efectivamente, los inculpados no tuvieron conocimiento oportuno y completo de los cargos que se les hacían; las condiciones en que actuaron los defensores fueron absolutamente inadecuadas para su eficaz desempeño y sólo tuvieron acceso al expediente el día anterior al de la emisión de la sentencia de primera instancia. En consecuencia, la presencia y actuación de los defensores fueron meramente formales. No se puede sostener que las víctimas contaran con una defensa adecuada.”

¹⁰³ Vásquez Vásquez, Marlio, en su *¿Cómo enfrentar el mandato de detención?*, publicado en la revista *Actualidad Jurídica No.136*, Ed. Gaceta Jurídica, Lima, marzo 2005, pág. 14, nos dice: “Puede entenderse que en un caso concreto exista suficiencia probatoria sobre la realización de un hecho delictivo, pero resulta totalmente diferente a ello que existan suficientes elementos probatorios respecto a la participación delictiva del procesado en ese hecho concreto. Puede contarse con suficientes elementos probatorios sobre la existencia de un delito de homicidio, porque conocemos la presencia del cadáver y la causa violenta de la misma, pero no existir suficientes elementos probatorios respecto a la participación del imputado en ese hecho.”

¹⁰⁴ Tiedemann, op. cit., p. 212, afirma que: “La protección de los Derechos Humanos en el proceso de partes (nosotros también consideramos que aun en el modelo de proceso inquisitivo reformado) empieza y termina con que todo inculpado en todo proceso penal tenga de su parte una defensa eficiente, bien preparada, en *igualdad de armas* con la acusación.”

Sólo con una clara y precisa imputación de los hechos podremos hablar de que los justiciables en un proceso penal se encuentran de manera efectiva en igualdad de armas ¹⁰⁵ y se promoverá adecuadamente el contradictorio, permitiendo a la defensa contradecir no sólo la prueba de cargo, sino también la propia calificación jurídico-penal que se le imputa.¹⁰⁶ Así lo ha señalado el Tribunal Constitucional español, en su STC 176/1998: ¹⁰⁷ cuando resolvió que ello ...“constituye una exigencia ineludible vinculada a un proceso con todas las garantías, para cuya observancia adquiere singular relevancia el deber de los órganos jurisdiccionales de posibilitarlo.”

¹⁰⁵ Oña Navarro, en su *El derecho de defensa en la fase de instrucción del proceso penal en la doctrina del Tribunal Constitucional*, En: *Constitución y garantías procesales*, revista del Consejo General del Poder Judicial, Madrid – España 2004p. 215, cita la STC 178/2001 expedida por el Tribunal Constitucional español, que afirma: “Del principio de igualdad de armas, lógico corolario del principio de contradicción, se deriva asimismo la necesidad de que las partes cuenten con los mismos medios de ataque y defensa e idénticas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación, a efectos de evitar desequilibrios entre sus respectivas posiciones procesales, sin que sean admisibles limitaciones a dicho principio, fuera de las modulaciones o excepciones que puedan establecerse en fase de instrucción (o sumarial) por razón de la propia naturaleza de la actividad investigadora que en ella se desarrolla, encaminada a asegurar el éxito de la investigación y, en definitiva, la protección del valor constitucional de la justicia.” Por su parte, Pedro Angulo Arana en *La función del fiscal*, Jurista Editores, 1ª. Edición, Lima marzo 2007, p. 181, sostiene que: “Podría argumentarse que considerar parte al Ministerio Público constituye una necesidad para despojarle así de imperium y constituirlo en igualdad de condiciones con el procesado o procesados, de modo que concurra con aquellos en igualdad de armas y no exista ventaja a su favor. En realidad como dice Iñaki Esparza, la igualdad de armas se configura de modo distinto en cada realidad, según se configure la acción penal como pública o no. Sin embargo, llega a concluir que los medios que posee el Estado son infinitamente mayores a los que el inculpado podría emplear en su defensa. Esa realidad es reconocida en la doctrina alemana, donde se prefiere hablar de igualdad de oportunidades o “chancengleichheit”. En realidad, la igualdad de armas, en tanto igual condición, instrumentos y potestades resulta imposible de conseguir y sólo puede tratarse durante el juicio oral (al tratar) de equilibrar las oportunidades dadas a la defensa con las concedidas a la acusación.”

¹⁰⁶ Oña Navarro, op. cit., sostiene: “En todo caso, la contradicción ha de extenderse tanto a la oposición o discusión sobre las pruebas aportadas y practicadas sobre los hechos que sirven de soporte a las imputaciones como a las cuestiones procesales y jurídicas (así, la STC 33/2003, del 3 de febrero de 2003, reitera que el derecho de defensa comprende no solo el derecho de alegar y contradecir los hechos objeto de acusación sino también los elementos esenciales de la calificación jurídica, al afirmar “*el derecho de defensa y el derecho a ser informado de la acusación... tiene por objeto los hechos considerados punibles, de modo que sobre ellos recae precisamente la acusación y sobre ellos versa el juicio contradictorio... pero también la calificación jurídica, dado que ésta no es ajena al debate contradictorio.*”).

¹⁰⁷ Citado por Jaén Vallejo, op. cit., p.77.

Más adelante, en la misma sentencia se lee: “Del principio de igualdad de armas, lógico corolario del principio de contradicción, se deriva asimismo la necesidad de que las partes cuenten con los mismos medios de ataque y defensa e idénticas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación, a efectos de evitar desequilibrios entre sus respectivas posiciones procesales, sin que sean admisibles limitaciones a dicho principio, fuera de las modulaciones o excepciones que puedan establecerse en fase de instrucción (o sumarial) por razón de la propia naturaleza de la actividad investigatoria que en ella se desarrolla, encaminada a asegurar el éxito de la investigación y, en definitiva, la protección del valor constitucional de la justicia.”¹⁰⁸

Igualmente, en la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional español (STC 19/2000)¹⁰⁹ se dice: “De suerte que conocer los hechos delictivos que se imputan a una persona constituye el primer elemento a tener presente en relación con el derecho de defensa, pues mal puede defenderse de algo quien no conoce los hechos delictivos que se le imputan.”¹¹⁰ En el mismo sentido, en la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional español (STC 134/1986)¹¹¹ se dice: ...“el

¹⁰⁸ Citado por Oña Navarro, op. cit., p.214.

¹⁰⁹ Citado por Oña Navarro, op. cit., p. 178,

¹¹⁰ Reyna, op. cit., p.226, sostiene: “El derecho a una defensa material tiene como una de sus expresiones más trascendentes el derecho del ciudadano a ser informado de la existencia de la imputación penal en su contra, de conocer los estrictos términos de tal imputación y de saber cuál es el material probatorio en que esta se encuentra sustentada. El Tribunal Constitucional español, en sentencia del 30 de setiembre de 2002 (STC 170/2002) indica que el derecho a ser informado de la imputación: “Consiste en la exigencia constitucional de que el acusado tenga conocimiento previo de la acusación formulada contra él, en términos suficientemente determinados para poder defenderse de ella de manera contradictoria (...) convirtiéndose en un instrumento indispensable para poder ejercitar el derecho de defensa, pues mal puede defenderse de algo quien no sabe qué hechos en concreto se le imputan.”

¹¹¹ Citado por Oña Navarro, op. cit., pp. 178-179.

derecho a la información de la acusación, para permitir la defensa adecuada, debe referirse fundamentalmente al objeto del proceso, que no se identifica tanto con una calificación jurídica como con un hecho individualizado como delito. La identidad del hecho y del inculpado determina el alcance de la cosa juzgada e incluso de tal identidad depende exclusivamente la congruencia del fallo con la acusación. La información debida de la acusación requiere que se precisen, al menos, los hechos imputados posibilitando, la acusación así comunicada, la defensa con invocación de la existencia o no de los hechos imputados y la proposición de pruebas al respecto.”

A mayor abundamiento, Tiedemann¹¹² sostiene que una condición previa absolutamente necesaria para toda defensa es la de conocer el contenido de la imputación en el primer interrogatorio, sea policial o judicial. Omitir esta información al inculpado es lo mismo que tratarle como objeto del proceso, que se desarrolla sin su activa participación y sin contradicción posible. Es solamente con el conocimiento de la imputación cuando el inculpado puede decidir si se defiende de manera activa o guarda silencio.

De este modo, sostenemos que en la propia denuncia de parte, al formular denuncia penal o acusar, por parte del Ministerio Público¹¹³,

¹¹² Op. cit., p.185.

¹¹³ Angulo, op. cit., p. 233, sostiene que: “El deber de motivar constituye una vacuna imprescindible que previene la arbitrariedad en el ejercicio de las facultades y atribuciones que la ley otorga a los fiscales, para el cumplimiento de los fines de su institución. Utilizar arbitrariamente su poder significaría atropellos, abusos e irrespeto al derecho de los ciudadanos, lo que puede configurar prevaricato, abuso de autoridad u otros delitos funcionales o diversas irregularidades. Tal deber de motivar debidamente es imprescindible

así como al abrir instrucción, por los órganos jurisdiccionales, el principio de imputación necesaria se cumple plenamente si en las referidas resoluciones se indica de modo preciso:

- a. En un lenguaje sencillo y claro, la descripción de los hechos, conductas u omisiones consideradas delictuosas, el modo, forma y circunstancias en que se produjeron, con precisión de día, hora y lugar, es decir, que comprenda todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal denunciado, cuidando sus aspectos temporal y geográfico. Reiteramos que debe indicarse, si los presuntos autores son varios, qué hechos en concreto se imputa a cada uno de ellos, cuál ha sido su aporte individual para la comisión del delito denunciado, los indicios que lo vinculan individualmente¹¹⁴ con los hechos; pues de hacerlo de forma generalizada se estaría afectando el principio de presunción de inocencia y el derecho de defensa de los procesados¹¹⁵.

que se exija, sobre todo teniéndose en cuenta el espacio de discrecionalidad otorgado por la ley al fiscal. La motivación, en la parte analítica o considerativa de sus pronunciamientos, sirve, además, para legitimar las expresiones de decisión u opinión de los fiscales, ofreciendo la posibilidad al ciudadano de analizar y criticar sus razonamientos, facilitándole la posibilidad de argüir en su defensa, puntos concretos ante la instancia superior a la que se podría recurrir en queja. En la actividad de motivar, el Ministerio Público acepta el cuestionamiento de sus expresiones de decisión u opinión y las somete a que justifiquen su razonabilidad.”

¹¹⁴ Castillo Alva, José Luis; en su *El principio de imputación necesaria – Una primera aproximación*. Revista Actualidad Jurídica No.161, Ed. Gaceta Jurídica, Lima 2007, p.139, afirma: “Todo hecho y su calificación jurídica o, mejor dicho, cada delito que se imputa y su denuncia debe necesariamente cumplir con la exigencia de un relato fáctico preciso y circunstanciado. Al respecto no hay excepción alguna. Ello se basa en el respeto a la vigencia del derecho de defensa, en donde cada delito que se imputa debe tener de modo obligatorio su correlato en la precisión de un hecho determinado.” Más adelante se agrega: “La exigencia de motivación individualizada nace de la consagración constitucional (art. 1 de la Constitución) y legal de que la responsabilidad penal es personal e intransferible (art. VII del Título Preliminar del Código Penal) y no común y solidaria como, por ejemplo, ocurre con la legislación civil (v.gr. reparación civil solidaria).”

¹¹⁵ Castillo Alva, José Luis, en *“El derecho a contar con los medios adecuados para la preparación de la defensa*. Revista Actualidad Jurídica. Tomo 150. Lima, mayo 2006, p.133,

- b. Quién o quiénes son los presuntos autores y/o partícipes del delito denunciado, con expresa mención del grado de participación que se le imputa a cada uno de ellos: autor (directo o mediato), coautor, instigador o nivel de complicidad.¹¹⁶
- c. Cuáles son las pruebas indiciarias¹¹⁷ o iniciales con que se cuenta y que vinculan¹¹⁸ –como vemos, no se trata de cualquier prueba– a los procesados con los hechos denunciados¹¹⁹.

afirma que el derecho a la defensa ...“se materializa en la facultad que tiene toda persona a la que se le imputa la comisión de un hecho delictuoso a poder acceder a la información que se encuentra en manos de la autoridad competente para que tome conocimiento de la formulación de cargos y de todas las pruebas que puedan obrar en su contra.”

¹¹⁶ Castillo Alva, *El principio de imputación ...* op. cit., p.140 sostiene que: “el principio de imputación necesaria no solo debe cumplir con describir el hecho, la específica modalidad de conducta, o ante pluralidad de imputaciones o imputados precisar cada uno de sus aportes, sino que debe necesariamente cumplir con establecer la distinción entre los autores (los que ostentan el dominio del hecho o infringen el deber institucional) y los partícipes, cómplices o instigadores que lesionan el bien jurídico de modo accesorio.” En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional en el Exp.8125-2005-PHC/TC – Caso Jeffrey Immelt, sostuvo que ...“la imputación de un delito debe partir de una consideración acerca del supuesto aporte delictivo de todos y cada uno de los imputados.”

¹¹⁷ En Angulo, op. cit., p. 303, se lee: “Para Mixán, el indicio es un dato real, cierto, concreto, indubitadamente probado, inequívoco e indivisible y con aptitud significativa para conducir hacia otro dato aún por descubrir y vinculado con el *thema probandum*. El indicio no es solamente un hecho en sentido estricto (hecho cierto, en términos usuales) sino que también puede serlo un fenómeno, una acción, una omisión, el lugar, el tiempo, la cualidad, etc. por eso le denomina dato real, lo que importa, también, que debe estar fehacientemente acreditado. La función del indicio no es lograr el pleno convencimiento del juez, sino que se parece a la *fehaciencia* alemana, referida por Rafael de Pina, pues su sentido es el *mero reconocimiento de la verosimilitud del hecho alegado* y, por ello, como sostiene Londoño, sirven para empezar el proceso penal.” Más adelante, el mismo autor, p. 339, sostiene: “La prueba indiciaria constituye un todo (prueba) que incluye al indicio o a varios indicios, pues la prueba indiciaria, como bien sostiene Mixán, es un concepto jurídico-procesal compuesto, que incluye subconceptos: a) el indicio (dato indiciario), b) la inferencia aplicable (conforme a reglas) y la conclusión inferida (llamada presunción de juez o presunción de hombre); elementos todos que conducen al descubrimiento (razonado) de lo indicado por el indicio.”

¹¹⁸ En el Exp.No.5325-2006-PHC/TC – Caso David Jiménez Sardón, nuestro Tribunal Constitucional sostuvo que: “En el presente caso se advierte que la imputación penal materia del auto ampliatorio cuestionado adolece de falta de conexión entre los hechos que configuran las conductas ilícitas penales atribuidas al beneficiario y las pruebas que se aportan como sustento de cargos. No se advierte en dicho auto la delimitación concreta y precisa de la relación de causalidad que denote la verosimilitud de las imputaciones que se incriminan al afectado, lo cual perjudica ostensiblemente un adecuado ejercicio de su derecho a la defensa, más aun si el favorecido ha sido pasible de una medida coercitiva que restringe su libertad individual, situación que legitima su reclamación de tutela constitucional urgente.”

¹¹⁹ Reátegui Sánchez, op. cit., p.122, afirma: “El derecho de defensa requiere que la defensa sea suficiente en todos los puntos del iter inculpativo. Este derecho a acceder a la información es muy amplio, es decir, no puede ser restringido. Una investigación donde el

- d. Cuál(es) es(son) el(los) tipo(s) penal(es) en que se encuadra(n) los hechos denunciados, con indicación expresa de la modalidad delictiva o de las circunstancias agravantes, si es que lo hubiere.

2.4.2. Del principio de imputación necesaria en la doctrina del Tribunal Constitucional.

En el Exp. No.0056-2004-HC/TC – Caso Manuel Contreras Cardoso, el Tribunal Constitucional sostiene que se viola al principio de imputación necesaria cuando no se precisa el tiempo y la circunstancia en el que ocurrieron los hechos. De este modo:

“Este Tribunal advierte que la sentencia condenatoria no determina con exactitud el momento en que ocurrieron los hechos que se le imputan al accionante, señalándose de forma genérica que participó el actor en atentados terroristas, entre ellos un paro armado ocurrido en 1991, y haber iniciado su participación en un organismo de fachada de Sendero Luminoso el mismo año, agregando, además, que el acusado se alejó de la subversión, sin indicar, sin embargo, el momento en que ello se produjo.”

“Como es de verse, el órgano jurisdiccional penal no determinó con precisión el momento en que ocurrieron

imputado no puede saber cuál es el hecho que se le imputa y en virtud de qué pruebas, es absolutamente inconstitucional.”

los hechos delictivos imputados, pese a que de ello dependía en gran medida el grado de afectación de la libertad individual del imputado.”

Tenemos también el Caso Victor Raúl Martínez Candela, Exp. No.1166-2003-HC/TC, en el que se establece la relación existente entre el principio de imputación necesaria y el derecho de defensa. Así:

“[...]Respecto a la supuesta falta de fundamentación en la imputación del delito de prevaricato, el artículo 77° del Código de Procedimientos Penales, modificado por la Ley N.º 24388, establece que el auto apertorio de instrucción “expresará la calificación de modo específico del delito o los delitos que se imputan al denunciado.” Dicha disposición legal guarda directa relación con el derecho de defensa, pues sólo conociendo cabalmente la conducta que se le atribuye y la falta que se le imputa, podrá el inculpado ejercer eficazmente los medios de defensa que la ley le franquea.”

Veamos al respecto lo resuelto por nuestro Tribunal Constitucional. En el Exp. No. 3390-2005-PHC/TC – Caso Margarita Toledo Manrique, el intérprete supremo sostuvo que se viola al principio de imputación necesaria al no precisar, en el auto apertorio, la modalidad delictiva que se le atribuye y que genera estado de indefensión. Así: [...] “el juez penal cuando

instaura instrucción por el delito por falsificación de documentos en general, omitiendo pronunciarse en cuál de las modalidades delictivas presumiblemente habría incurrido la imputada, y al no precisar si la presunta falsificación de documentos que se imputa a la favorecida está referida a instrumentos públicos o privados, lesiona su derecho a la defensa, toda vez que, al no estar informada con certeza de los cargos imputados, se le restringe la posibilidad de declarar y defenderse sobre hechos concretos, o sobre una modalidad delictiva determinada y, con ello, la posibilidad de aportar pruebas concretas que acrediten la inocencia que aduce.”

“Esta omisión ha generado un estado de indefensión que incidirá en la pena a imponerse y en la condición jurídica de la procesada, lo cual demuestra que el proceso se ha tornado en irregular por haberse transgredido los derechos fundamentales que integran el debido proceso, esto es, el derecho de defensa; ello, a su vez, ha determinado la afectación de la tutela jurisdiccional, ambos garantizados por la Norma Constitucional.”

“La necesidad de tutela surge del enunciado contenido en el artículo 2.º inciso d) de la Norma Suprema, al disponer “[N]adie será procesado, ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible (...)” Por ello, es derecho de todo procesado el que conozca de manera expresa, cierta, e inequívoca los cargos que se formulan en su contra, y en el presente caso tanto más, dado que la naturaleza pública o privada de los documentos cuya presunta falsificación se investiga,

permanecerá inalterable durante el desarrollo de la instrucción, pero su determinación por parte del juzgador incidirá en el derecho de defensa de los imputados y en su libertad personal cuando se determine su situación jurídica y la posterior pena a imponérseles (...)

“Por consiguiente, este Tribunal considera que se ha transgredido el Principio Acusatorio, pues la beneficiaria **no** tiene la ocasión de defenderse de todos y cada uno de los elementos de hecho que componen las modalidades delictivas previstas para el delito que se le instruye, las mismas, que no pueden convalidarse por la circunstancia que la favorecida está asistida por un abogado defensor. En tanto que, a nivel procesal, al prever el Código penalidades distintas para ambas modalidades, la prognosis de pena a evaluar para el dictado de la medida cautelar también será diferente, como también lo será la situación jurídica del procesado; irregularidad que, a su vez, transgrede el principio de legalidad procesal. Ello exige que las irregularidades sean subsanadas, en aras de la tramitación de un proceso regular.”

El desarrollo de estos conceptos, de una manera más precisa, lo encontramos en las sentencias recaídas en los Exp. 8123-2005PHC/TC – Caso Nelson Jacob Gurman y Exp. No. 0174-2006-PHC/TC – Caso Jhon Mc. Carter y otros, en donde el Tribunal Constitucional al hacer una especial referencia a la falta de motivación del auto apertorio de instrucción, sostiene que se produce la afectación al derecho de defensa al no individualizarse la imputación que recae sobre los procesados: ...“uno de los contenidos

esenciales del derecho al debido proceso es el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos. La exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas en proporción a los términos del inciso 5 del artículo 139 de la Constitución, garantiza que los jueces, cualquiera que sea la instancia a la que pertenezcan, expresen la argumentación jurídica que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables. En suma, garantiza que el razonamiento empleado guarde relación y sea suficiente y proporcionado con los hechos que al Juez penal corresponde resolver.”

“En el caso de autos, se debe analizar en sede constitucional si es arbitrario el auto de apertura de instrucción que se ordenó dictar contra los beneficiarios, por la falta de motivación. Al respecto, el artículo 77 del Código de Procedimientos Penales (modificado por la Ley 28117) regula la estructura del auto de apertura de instrucción, y en su parte pertinente establece:

Recibida la denuncia y sus recaudos, el Juez Especializado en lo Penal sólo abrirá instrucción si considera que de tales instrumentos aparecen indicios suficientes o elementos de juicio reveladores de la existencia de un delito, que se ha

individualizado a su presunto autor o partícipe, que la acción penal no ha prescrito o no concurra otra causa de extinción de la acción penal. El auto será motivado y contendrá en forma precisa los hechos denunciados, los elementos de prueba en que se funda la imputación, la calificación de modo específico del delito o los delitos que se atribuyen al denunciado, la motivación de las medidas cautelares de carácter personal o real, la orden al procesado de concurrir a prestar su instructiva y las diligencias que deben practicarse en la instrucción.

“Como se aprecia, la indicada individualización resulta exigible en virtud del primer párrafo del artículo 77 del Código de Procedimientos Penales, obligación judicial que este Tribunal considera debe ser efectuada con criterio constitucional de razonabilidad, esto es, comprender que nada más lejos de los objetivos de la ley procesal es conformarse con que la persona sea individualizada cumpliendo no solo con consignarse su identidad (nombres completos) en el auto de apertura de instrucción (menos aún, como se hacía años antes, contra los que *resulten responsables*, hasta la dación de la modificación incorporada por el Decreto Legislativo 126, publicado el 15 de junio de 1981), sino que, al momento de calificar la denuncia, será necesario, por mandato directo e imperativo de la norma procesal citada, controlar la corrección jurídica del juicio de imputación propuesto por el fiscal, esto es, la imputación de un delito debe partir de una consideración acerca del supuesto aporte delictivo de todos y cada uno de los imputados.”

“Esta interpretación se condice con el artículo 14, inciso 3, literal b, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que, a este respecto, comienza por reconocer que “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) A ser informada, sin demora, en un idioma que comprenda y, *en forma detallada*, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella”. Con similar predicamento, el artículo 8, numeral 2, literal a, de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos dispone que “Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las garantías mínimas: [...]b) Comunicación previa y detallada de la acusación formulada”. Reflejo de este marco jurídico-supranacional es el artículo 139, inciso 15, de nuestra Norma Fundamental, que ha establecido: “El principio que toda persona debe ser informada, inmediatamente y por escrito, de las causas o razones de su detención”. Se debe señalar que, a pesar del tenor de esta norma constitucional, de la que pareciera desprenderse que el derecho del imputado se limita al momento de su propia detención, lo cierto es que esta toma de conocimiento constituye la primera exigencia del respeto a la garantía constitucional de la defensa que acompaña a lo largo del proceso en todas las resoluciones del mismo.”

“Examinado el cuestionado auto de apertura de instrucción (f. 392), de conformidad con la Cuarta Disposición Final Transitoria de la Constitución, podemos afirmar que tal resolución no se adecua en rigor a lo que estipulan, tanto los instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos como

la Constitución y la ley procesal penal citados. No cabe duda de que el artículo 77 del Código de Procedimientos Penales ofrece los máximos resguardos para asegurar que el imputado tome conocimiento de la acusación que contra él recae, al prescribir que “El *auto será motivado y contendrá en forma precisa los hechos denunciados, los elementos de prueba en que se funda la imputación*, la calificación de modo específico del delito o los delitos que se atribuyen al denunciado”.

“En otras palabras, la protección constitucional del derecho de defensa del justiciable supone, a la vez, la obligación de motivación del Juez penal al abrir instrucción. Esta no se colma únicamente con la puesta en conocimiento al sujeto pasivo de aquellos cargos que se le imputan, sino que comporta una ineludible exigencia, cual es que la acusación ha de ser cierta, no implícita, sino precisa, clara y expresa, Es decir, una descripción suficientemente detallada de los hechos considerados punibles que se imputan y del material probatorio en que se fundamentan, y no como en el presente caso, en que se advierte una acusación genérica e impersonalizada que limita o impide al procesado un pleno y adecuado ejercicio constitucional del derecho de defensa.”

“En este sentido, cuando el órgano judicial superior jerárquico ordena abrir instrucción, ello no exonera al *a quo* de fundamentar lo ordenado, de conformidad con los requisitos previstos en el artículo 77 del Código de Procedimientos Penales. En consecuencia, al haber omitido el Juez penal la formalización de cargos concretos, debidamente especificados, contra los

beneficiarios, lo que denota una ausencia de individualización del presunto responsable en los términos anteriormente expuestos, ha infringido el deber constitucional de motivar las resoluciones judiciales de forma razonable y proporcional, lesionando el derecho de defensa del justiciable, al no tener este la posibilidad de rebatir los elementos fácticos que configurarían la supuesta actuación delictiva que se le atribuye, al amparo del artículo 139, inciso 5, de la Constitución Política del Perú.”

En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional en el Exp. No. 8125-2005-HC/TC – Caso Jeffrey Immelt y otros, en donde se dice: “Esta interpretación se condice con el artículo 14°, numeral 3), literal “b” del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que a este respecto, comienza por reconocer que: ” *Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada , de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella*”. Con similar predicamento, el artículo 8°, numeral 2), literal “a” de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, dispone que: “*Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las garantías mínimas:...b) Comunicación previa y detallada de la acusación formulada*”. Reflejo de este marco jurídico supranacional, es el artículo 139°, inciso 15) de nuestra Norma Fundamental, que ha establecido: “*El principio que toda persona debe ser informada, inmediatamente y por escrito, de las causas o razones de su detención*”. Se debe señalar que, a pesar del tenor de esta norma constitucional, de la que pareciera desprenderse que el derecho del

imputado se limita al momento de su propia detención, lo cierto es que esta toma de conocimiento, constituye la primera exigencia del respeto a la garantía constitucional de la defensa que acompaña a lo largo del proceso en todas las resoluciones del mismo.”

“Examinado el cuestionado auto de apertura de instrucción (fs. 175/180), de conformidad con la Cuarta Disposición Final Transitoria de la Constitución, es posible afirmar que tal resolución no se adecúa en rigor a lo que quieren tanto los instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos, como la Constitución y la ley procesal penal citados. No cabe duda que el artículo 77° del Código de Procedimientos Penales ofrece los máximos resguardos para asegurar que el imputado tome conocimiento de la acusación que contra él recae, al prescribir que: *“El auto será motivado y contendrá en forma precisa los hechos denunciados, los elementos de prueba en que se funda la imputación,¹²⁰ la calificación de modo específico del delito o los delitos que se atribuyen al denunciado”*.[....]¹²¹

¹²⁰ Reiteramos, entonces, que el Juez penal debe –al abrir instrucción- precisar en detalle y de forma individualizada cuáles son los hechos que se imputa específicamente al procesado o a cada uno de los procesados, no puede hacerse de manera genérica para todos los inculcados o con fórmulas vacías de contenido como: ...“estando a las condiciones personales del procesado”... o ...“en atención a las pruebas que fluyen de autos”... (pero no se especifican cuáles) hacerlo de esta manera afecta gravemente el principio de presunción de inocencia y, por tanto, el debido proceso (derecho a la defensa por violación del principio de imputación necesaria). Al respecto, Juan Igartua Salvatierra, en su *La motivación de las sentencias y su ubicación en el texto constitucional – España*. Material de estudio del curso de Despacho Judicial e Interpretación Jurídica de la Facultad de Derecho de la UNMSM, afirma que ...“en ocasiones los tribunales, con la cita genérica de algunos precedentes suyos, intentan motivar algo sobre lo que no han dicho ni una palabra.” Róger Zavaleta y otros, por su parte, en *Razonamiento Judicial*. Ed. Gaceta Jurídica. 1ª. Edición. Lima 2004, p.408, nos dice: “Típico de esta clase de vicio es cuando en las resoluciones se hace una mera descripción de los hechos sin relacionarlos con prueba alguna, así como hacen una vaga alusión a todas las pruebas aportadas al proceso, cuando asevera que un hecho está probado, pero no indica la fuente o prueba de tal afirmación, las que se apoyan en pruebas ilícitas, entre otras.”

¹²¹ Roxín, op. cit., p. 184, afirma que: “Para que haya un proceso penal propio de un Estado de Derecho es irrenunciable que el inculcado pueda tomar posición frente a los reproches formulados en su contra, y que se consideren en la obtención de la sentencia sus puntos de

[...] cuando el órgano judicial superior jerárquico ordena abrir instrucción, ello no exonera al *a quo* de fundamentar lo ordenado, de conformidad con los requisitos previstos en el artículo 77° del Código de Procedimientos Penales. En consecuencia, al haber omitido el Juez penal la formalización de cargos concretos, debidamente especificados, contra todos y cada uno de los beneficiarios, lo que denota una ausencia de individualización del presunto responsable, en los términos anteriormente expuestos, ha infringido el deber constitucional de motivación de las resoluciones judiciales, lesionando el derecho de defensa de los justiciables, al no tener éstos la posibilidad de rebatir los elementos fácticos que configurarían la supuesta actuación delictiva que se les atribuye, en función del artículo 139°, inciso 5 de la Constitución Política del Perú.”

[...]la obligación de motivación del Juez penal al abrir instrucción, no se colma únicamente con la puesta en conocimiento al sujeto pasivo de aquellos cargos que se le dirigen, sino que comporta la ineludible exigencia que la acusación ha de ser cierta, no implícita, sino, precisa, clara y expresa; es decir, una descripción suficientemente detallada de los hechos considerados punibles que se imputan y del material probatorio en que se fundamentan, y no como en el presente caso en que se advierte una acusación genérica e impersonalizada, que limita o impide a los procesados un pleno y adecuado ejercicio constitucional del derecho de defensa.”

vista sometidos a discusión.” Más adelante continúa: “La exposición del caso del inculpado sirve no sólo al interés individual de éste, sino también al hallazgo de la verdad. La meta procesal del esclarecimiento de la sospecha se alcanza en la mejor forma por medio de un proceso dialéctico, en el que se pongan a discusión aspectos inculpatorios y exculpatorios, así como argumentos y contrargumentos ponderados entre sí.”

2.4.3. El principio de imputación necesaria y su relación con el derecho de defensa.

No queda duda que el derecho de defensa se yergue sobre todo el proceso penal -y aun antes, desde la etapa de investigación policial-¹²² como un escudo, una garantía trascendental para que los justiciables no vean afectados sus derechos que incluso pueden ser originados por una actuación inapropiada de él mismo¹²³; será el Juez Penal el obligado de calificar y señalar las imputaciones que en concreto, ciertas e individualizadamente se formulen contra el procesado por parte del Ministerio Público, pues los mismos van a ser la guía de todo el proceso penal¹²⁴. Así, el defensor sabrá cómo ejercer adecuadamente la defensa de su patrocinado, pudiendo ofrecer y actuar pruebas para enervar las de cargo o con el fin de

¹²² A tenor del artículo 139 inciso 14 de la Constitución, esta protección comprende desde la etapa de la investigación policial o desde el momento de la detención de la persona.

¹²³ Roxin, op. cit., pp.184-185, sostiene: "Con frecuencia el mismo inculpado no puede exponer su punto de vista en forma exigida, y tampoco, en absoluto, defender él mismo la función de un control de los órganos de la justicia. Esto depende muchas veces de que no está en situación de referir su opinión oralmente o por escrito. Ante todo, le falta el conocimiento necesario sobre las cuestiones jurídico-procesales y materiales. También está a menudo confundido por la situación del proceso penal, para él desacostumbrada, y por esto no se encuentra en condiciones de apreciar objetivamente las cosas. Si se encuentra el inculpado en prisión provisional, entonces está todavía más claramente limitado respecto a sus posibilidades de defensa, especialmente en lo relativo a investigar circunstancias exculpatorias. El inculpado no tiene normalmente, por lo tanto, ninguna oportunidad de triunfo ante el fiscal, formado jurídicamente, que dispone además de facultades coercitivas y del aparato investigador policiaco. (...) Por eso, en interés de la limpieza del proceso penal, así como del hallazgo de la verdad, es irrenunciable el que sea puesto al lado del inculpado, en todos los casos importantes, una persona correspondientemente formada: el defensor."

¹²⁴ Reyna, op. cit., p.226, sostiene: "El derecho a una defensa material tiene como una de sus expresiones más trascendentes el derecho del ciudadano a ser informado de la existencia de la imputación penal en su contra, de conocer los estrictos términos de tal imputación y de saber cuál es el material probatorio en que esta se encuentra sustentada. El Tribunal Constitucional español, en sentencia del 30 de setiembre de 2002 (STC 170/2002) indica que el derecho a ser informado de la imputación: "Consiste en la exigencia constitucional de que el acusado tenga conocimiento previo de la acusación formulada contra él, en términos suficientemente determinados para poder defenderse de ella de manera contradictoria (...) convirtiéndose en un instrumento indispensable para poder ejercitar el derecho de defensa, pues mal puede defenderse de algo quien no sabe qué hechos en concreto se le imputan."

mitigar su responsabilidad, el Juez sabrá lo que se va a investigar como hecho delictuoso y sólo se actuarán y debatirán las pruebas pertinentes, el Fiscal finalmente acusará, si así correspondiera, la defensa expondrá sus alegatos finales, y el Juez emitirá sentencia sobre todo lo actuado, no pudiendo salirse de dicho marco legal y siempre bajo el manto protector del derecho a la efectiva defensa.¹²⁵

Miguel Colmenero,¹²⁶ justificando la importancia de la aparición temprana o desde la etapa de investigación policial o fiscal del abogado defensor, a fin que se haga efectiva el derecho de defensa del investigado, sostiene que esto es así en función de que en esa etapa no sólo se practican investigaciones y otras actuaciones que tienden a fijar posiciones respecto de la presentación de una acusación, o a asegurar la presencia del sospechoso ante la justicia, o a proteger a la víctima; sino también a identificar y asegurar los medios de prueba que van a permitir a las partes acusadoras y defensoras sostener sus respectivas posiciones. No puede ignorarse, además, que en ocasiones lo actuado antes del juicio oral resulta relevante a efectos de una sentencia condenatoria.

¹²⁵ Oña Navarro, op. cit., p. 168 sostiene: “Entre estas exigencias de un proceso justo, que a todos nos vinculan e interesan, el derecho de defensa aparece como una de las más trascendentes y decisivas para conseguir ese *desideratum*, porque, finalmente, permite garantizar el que la pretensión punitiva a la que el Estado como tal tiene derecho puede ejercitarse con la suficiente seguridad de que se puedan alcanzar los objetivos propios del *ius puniendo* –irrenunciables, sin duda, para un Estado de Derecho- pero al mismo tiempo con las elementales garantías de que los derechos de los afectados serán respetados y salvaguardados en la mejor y en la máxima forma posible y admisible.”

¹²⁶ Op. cit., p. 89.

En el Exp. No. 010-2002-AI/TC – Caso Marcelo Tineo Silva, el Supremo Tribunal se pronunció sobre el contenido y alcances del derecho de defensa, así como sobre el carácter subjetivo y objetivo de este derecho y el de ser asistido por un abogado de tu elección, en los siguientes términos:

“El Tribunal Constitucional ha señalado que uno de los derechos constitucionales procesales más relevantes es el derecho de defensa, reconocido en el inciso 14) del artículo 139 de la Constitución. «Por virtud de él se garantiza que las personas, en la determinación de sus derechos y obligaciones, cualquiera sea su naturaleza (civil, mercantil, penal, laboral, etc.), no queden en estado de indefensión.”(Caso Tineo Cabrera, Exp. N.º 1230-2002-AA/TC).”

“Sin embargo, como expresa el mismo inciso 14) del artículo 139º de la Constitución, no solo se trata de un derecho subjetivo, sino también de un principio constitucional que informa la actividad jurisdiccional del Estado, a la vez que constituye uno de los elementos básicos del modelo constitucional de proceso previsto por nuestra Norma Fundamental.”

“Uno de sus contenidos es el derecho a comunicarse personalmente con un defensor, elegido libremente, y a ser asesorado por este. Como expresa dicho dispositivo constitucional, se garantiza el «(...) no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso (...)» y el «derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorado por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad».

“El contenido constitucionalmente protegido del derecho de defensa garantiza que toda persona sometida a detención, policial o judicial, deba ser informada irrestrictamente de las razones que lo promueven, y que, desde su inicio, hasta su culminación, pueda ser asistida por un defensor libremente elegido.”

[...] La participación del abogado defensor en las investigaciones policiales y la entrevista con su patrocinado no podrá limitarse, aun cuando se hubiera dispuesto la incomunicación del detenido.”

Como podemos apreciar, [...]”el derecho de defensa constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma, a su vez, el ámbito del debido proceso, y sin el cual no podría reconocerse la

garantía de este último. Por ello, en tanto derecho fundamental, se proyecta como *principio de interdicción* para afrontar cualquier indefensión y como *principio de contradicción* de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes, sea en un proceso o procedimiento, o en el caso de un tercero con interés.” (Exp. No.8605-2005-AA/TC - Engelhard Perú SAC - En Liquidación).

Por la solidez de la argumentación, transcribimos aquí un extracto de la sentencia recaída en el Exp. 1594-03, emitida por la Sala Penal de Lima, la misma que se refiere al control de la acción penal que corresponde a los tribunales, a la sujeción al principio de legalidad, imputación necesaria y contradicción, pues la promoción de la acción no es un acto discrecional del Fiscal, sino que está sujeto al cumplimiento de requisitos legales. Veamos : ..

...”con relación a los denunciados Enrique Gastón Passano Saravia y Carmen Roxana Bicerra Gómez, el Ministerio Público al formular la denuncia respectiva, no señala los cargos inculpativos contra ellos sino simplemente los mencionada sin inculparles hecho alguno, evidenciándose con ello la violación a los principios de legalidad y de contradicción, debido a que los denunciados al no conocer los hechos imputados en su contra no se puede individualizar su conducta y por

consiguiente no podemos advertir si esa conducta se subsume dentro de la tipificación del supuesto delito cometido, además, se vulnera el derecho a la defensa, porque los denunciados no tienen conocimiento de los motivos que se les inculpa.”...

Igualmente, es interesante el caso que nos brinda Carrio¹²⁷, sobre lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, nos expone:

“En Belport SCA, Fallos – CSJN, 295:591, los integrantes de una sociedad fueron condenados por infracción a la Ley de Aduanas. Los dos votos mayoritarios eran coincidentes sólo en su parte dispositiva, existiendo entre ambos serias discrepancias en cuanto a las normas aplicables y a su alcance respecto de la situación de autos. La Corte revocó ese pronunciamiento. Se basó para ello, en que: ...la garantía constitucional de la defensa en juicio requiere, especialmente cuando se trata de pronunciamiento condenatorio en causa penal, que haya tenido lugar válidamente en el proceso, la acusación, la defensa, prueba y sentencia fina”...

En este caso concreto, la Corte entendió que una sentencia como la recaída no resultaba compatible con la mencionada garantía

¹²⁷ Op. cit., págs. 52-53.

constitucional. Conectado con estos principios, dicha Corte ha sostenido la necesidad de que la acusación dirigida contra un imputado describa con precisión la conducta reprochada, a fin de que el procesado pueda ejercer con plenitud su derecho de ser oído y de producir prueba.

2.4.4. El principio de imputación necesaria en el Código Procesal Penal.

Como ya lo indicáramos con anterioridad, en el Código Procesal Penal, el principio de imputación necesaria lo encontramos en su artículo 336 que dispone:

1. *“Si de la denuncia, del Informe Policial o de las Diligencias Preliminares que realizó, aparecen indicios reveladores de la existencia de un delito, que la acción penal no ha prescrito, que se ha individualizado al imputado y que, si fuera el caso, se han satisfecho los requisitos de procedibilidad, dispondrá la formalización y la continuación de la Investigación Preparatoria.*
2. **La Disposición de formalización contendrá:**
 - a) *El nombre completo del imputado.*
 - b) **Los hechos y la tipificación específica correspondiente.** *El Fiscal podrá, si fuera el caso, consignar tipificaciones alternativas al hecho objeto de investigación, indicando los motivos de esa calificación;*

c) *El nombre del agraviado, si fuera posible.*

d) *Las diligencias que de inmediato deben actuarse.*

(...)

4. *El Fiscal, si considera que las diligencias actuadas preliminarmente establecen suficientemente la realidad del delito y la intervención del imputado en su comisión, podrá formular directamente acusación.*”

Consideramos que para una mejor lectura del citado artículo, debe leerse por partes, de este modo:

a. Respecto a la comisión del delito, en el primer párrafo se habla de *indicios reveladores* de la existencia de un delito, sin embargo, luego se sostiene que se formulará acusación si de las diligencias actuadas *se establecen suficientemente la realidad del delito*. Queda claro que la primera obligación del Fiscal es analizar si los hechos que se denuncian constituyen un acto ilícito, si se subsumen en el tipo penal descrito en la norma. Si tales actos no constituyen delito, no habría por qué seguir en el análisis de una denuncia. Recordemos –como ya lo explicáramos anteriormente- que una cosa es la probanza de la comisión del delito y otra es la probanza respecto al autor del delito.

Consecuentemente creemos que cuando hablamos de la comisión u omisión de un hecho que constituye un delito, debe haber –no indicios- sino suficientes elementos de prueba, de tal manera que

podamos sostener la *realidad del delito* y describir tales *hechos y la tipificación específica correspondiente*, solo así podremos formalizar la Investigación Preparatoria.

Es pertinente recordar que por elementos de prueba debe entenderse a todo dato objetivo que se incorpora legalmente al proceso, capaz de producir un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos de la imputación delictiva¹²⁸. Manzini, a su vez, expone que elemento de prueba es el hecho y circunstancia en que se funda la convicción del juez.¹²⁹ Así, por ejemplo, al constituirse en un domicilio y encontrarse con una persona muerta con evidentes signos de violencia son datos objetivos de la comisión de un delito (homicidio); o al intervenir un almacén se encontrasen kilos de drogas camufladas en latas de conservas de pescado también es un dato objetivo de la comisión de un delito por lo que hay suficiencia probatoria para dar inicio a un proceso penal.

- b. Respecto a la identificación e individualización de su presunto *autor y/o partícipes*. Como quíerese que el artículo en comento señala *indicios reveladores*¹³⁰, se entiende que estos también están referidos al presunto autor o autores y/o partícipes, por lo que consideramos que es necesario conocer en qué consiste la prueba indiciaria y cómo es que se procede a su aplicación.

¹²⁸ Cfr. Caffereta Nores, José; *La prueba en el proceso penal*, Ed. Depalma, Buenos Aires 1994, p.13.

¹²⁹ Citado por San Martín Castro, César; *Derecho procesal penal...* p.509.

¹³⁰ Algo que también habla el artículo 77 del CdePP.

Para el profesor Mixán¹³¹, el indicio es un dato real, cierto, concreto, indubitadamente probado, inequívoco e indivisible y con aptitud significativa para conducir hacia otro dato aún por descubrir y vinculado con el *thema probandum*. El indicio no es solamente un hecho en sentido estricto (hecho cierto, en términos usuales) sino que también puede serlo un fenómeno, una acción, una omisión, el lugar, el tiempo, la cualidad, etc. por eso le denomina dato real, lo que importa, también, que debe estar fehacientemente acreditado. La función del indicio no es lograr el pleno convencimiento del juez, sino que se parece a la *fehaciencia* alemana, referida por Rafael de Pina, pues su sentido es el *mero reconocimiento de la verosimilitud del hecho alegado* y, por ello, como sostiene Londoño, sirven para empezar el proceso penal.” Más adelante, el mismo autor¹³², sostiene que: “La prueba indiciaria constituye un todo (prueba) que incluye al indicio o a varios indicios, pues la prueba indiciaria, como bien sostiene Mixán, es un concepto jurídico-procesal compuesto, que incluye subconceptos: a) el indicio (dato indiciario), b) la inferencia aplicable (conforme a reglas) y la conclusión inferida (llamada presunción de juez o presunción de hombre); elementos todos que conducen al descubrimiento (razonado) de lo indicado por el indicio.”

¹³¹ Citado por Angulo Arana, Pedro; *La función del fiscal*, Jurista Editores, 1ª. Edición, Lima marzo 2007, p. 303.

¹³² Cfr. Angulo Arana, Pedro; *La función del fiscal...* p. 339.

De su parte, Jauchen¹³³, afirma que el indicio no refiere más que a lo que modernamente conocemos con el nombre de elemento probatorio. Constituye una circunstancia o hecho que, probado, permite mediante un razonamiento lógico, inferir la existencia o inexistencia de otros. La operación mental mediante la cual se pueden inferir circunstancias desconocidas tomando como base un hecho probado en la causa, es la mecánica permanente y propia de la reconstrucción histórica¹³⁴ del hecho objeto del proceso y de todos los hechos accesorios, pero relevantes.

Por tanto, la prueba indiciaria conecta con la exigencia constitucional de que las sentencias sean motivadas¹³⁵, al subrayarse la importancia de

¹³³ Cfr. Eduardo M. Jauchen, *Tratado de la prueba en materia penal...* pp.29-30.

¹³⁴ Talavera Elguera, Pablo; *La prueba en el nuevo proceso penal...* p.138, afirma que la prueba indiciaria no se trata de una prueba histórica, en la medida que no representa al hecho objeto de la prueba, sino que permite deducir su existencia o no existencia. Se trata de una prueba crítica, desde que interviene el raciocinio. Sin el razonamiento probatorio que contenga como premisa mayor la regla de experiencia, no es posible arribar a conclusión probatoria alguna.

¹³⁵ Al respecto, conforme se ha señalado en la STC 17-12-85 del Tribunal Constitucional español, en estos casos de prueba indiciaria, el juzgador no solo deberá expresar clara y terminantemente los hechos que estime probados, sino que deberá dar cuenta de las pruebas que le han conducido a su convicción, esto es, del "iter" formativo de la misma o curso racional que enlace los indicios con la certeza acerca de la culpabilidad del acusado, sin que sea necesario sin embargo que se determinen los diversos momentos del citado razonamiento, sino únicamente sus líneas generales." En similares términos tenemos la STC N.º 229/1988. FJ 2, su fecha 1 de diciembre de 1988, y también de modo similar en las STC N.º 123/2002. FJ 9, su fecha 20 de mayo de 2002; N.º 135/2003. FJ 2, su fecha 30 de junio de 2006; y N.º 137/2005. FJ 2b, su fecha 23 de mayo de 2005, ha precisado que: "...el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria, pero para que ésta pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales. Los indicios han de estar plenamente probados, no puede tratarse de meras sospechas, y el órgano judicial debe explicitar el razonamiento, en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la conclusión de que el procesado realizó la conducta tipificada como delito (...). En definitiva, si existe prueba indiciaria, el Tribunal de instancia deberá precisar, en primer lugar, cuáles son los indicios probados y, en segundo término, cómo se deduce de ellos la participación del acusado en el tipo penal, de tal modo que cualquier otro Tribunal que intervenga con posterioridad pueda comprender el juicio formulado a partir de tales indicios. Es necesario, pues (...), que el órgano judicial explicite no sólo las conclusiones obtenidas sino también los elementos de prueba que conducen a dichas conclusiones y el *iter* mental que le ha llevado a entender probados los hechos constitutivos del delito, a fin de que pueda enjuiciarse la racionalidad y coherencia del proceso mental seguido y constatare que el

una motivación expresa en este tipo de prueba para determinar si nos encontramos ante una verdadera prueba de cargo, aunque sea indiciaria, o ante un simple conjunto de sospechas o posibilidades, que no pueden desvirtuar la presunción de inocencia.¹³⁶

Mittermaier¹³⁷ decía que un indicio es un hecho que está en relación tan íntima con otro hecho, que un Juez llega del uno al otro por medio de una conclusión muy natural. Es el hecho o circunstancia accesoria que se refiere al crimen principal y que, por lo mismo, da motivo para concluir, ya que se ha cometido el crimen, ya que ha tomado parte en el un individuo determinado, ya, por fin, que existe un crimen y que ha sido de tal o cual modo consumado.

Mediante RN No. 1912-2005 – Piura, de fecha 06 de septiembre de 2005, la Corte Suprema ha establecido con calidad de precedente vinculante cuáles son los requisitos materiales para el dictado de una condena en base a prueba indiciaria:

“Que, según lo expuesto inicialmente, la Sala sentenciadora sustentó la condena en una evaluación de la prueba indiciaria, sin embargo, como se advierte de lo expuesto precedentemente,

Tribunal ha formado su convicción sobre una prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia y, una vez alegada en casación la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, al Tribunal Supremo incumbe analizar no sólo si ha existido actividad probatoria, sino si ésta puede considerarse de cargo, y, en el caso de que exista prueba indiciaria, si cumple con las mencionadas exigencias constitucionales”.

¹³⁶ STC 17-12-89, Tribunal Constitucional Español, citado por Eduardo de Urbano Castrillo. *La prueba indiciaria en la doctrina del Tribunal Constitucional*, p.4.

¹³⁷ Citado por Juan Alberto Belloch Julbe, *La prueba indiciaria*. Vocal del Consejo General del Poder Judicial del Reino de España, p.3.

no respetó los requisitos materiales legitimadores, única manera que permite enervar el derecho a la presunción de inocencia; que sobre el particular, por ejemplo, se tiene lo expuesto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en doctrina que se comparte, que la prueba por indicios no se opone a esa institución [Asuntos Pahn Hoang contra Francia, sentencia del veinticinco de setiembre de mil novecientos noventa y dos, y Telfner contra Austria, sentencia del veinte de marzo de dos mil uno]; que, en efecto, materialmente, los requisitos que han de cumplirse están en función tanto al indicio, en sí mismo, como a la deducción o inferencia, respecto de los cuales ha de tenerse el cuidado debido, en tanto que lo característico de esta prueba es que su objeto no es directamente el hecho constitutivo del delito, tal y como está regulado en la ley penal, sino otro hecho intermedio que permite llegar al primero por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se tratan de probar; que, respecto al indicio, (a) éste -hecho base- ha de estar plenamente probado -por los diversos medios de prueba que autoriza la ley-, pues de lo contrario sería una mera sospecha sin sustento real alguno, (b) deben ser plurales, o excepcionalmente únicos pero de una singular fuerza acreditativa, (c) también concomitantes al hecho que se trata de probar -los indicios deben ser periféricos respecto al dato fáctico a probar, y desde luego no todos lo son-, y (d) y deben estar interrelacionados,

cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia -no sólo se trata de suministrar indicios, sino que estén imbricados entre sí-; que es de acotar que no todos los indicios tienen el mismo valor, pues en función a la mayor o menor posibilidad de alternativas diversas de la configuración de los hechos -ello está en función al nivel de aproximación respecto al dato fáctico a probar- pueden clasificarse en débiles y fuertes, en que los primeros únicamente tienen un valor acompañante y dependiente de los indicios fuertes, y solos no tienen fuerza suficiente para excluir la posibilidad de que los hechos hayan ocurrido de otra manera - esa es, por ejemplo, la doctrina legal sentada por el Tribunal Supremo Español en la Sentencia del veinticinco de octubre de mil novecientos noventa y nueve que aquí se suscribe-; que, en lo atinente a la inducción o inferencia, es necesario que sea razonable, esto es, que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de suerte que de los indicios surja el hecho consecuencia y que entre ambos exista un enlace preciso y directo.”

El Código Procesal Penal se refiere a la prueba indiciaria en su artículo 158.3, al referirse a la valoración de la prueba; así, dicha norma dispone que: “La prueba por indicios requiere: a) que el indicio esté probado; b) que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia; c) que cuando se trate de indicios contingentes, éstos sean

plurales, concordantes y convergentes; así como que no se presenten contraindicios consistentes.¹³⁸

Nuestro Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de hacer un extenso análisis sobre la prueba indiciaria y la motivación de las resoluciones judiciales. Si bien es cierto que ello ha provocado cierta preocupación por los posibles efectos que pudiera generar, como que de forma temeraria se pretendan impugnar –a través del proceso constitucional de hábeas corpus- sendas sentencias condenatorias válidamente expedidas; sin embargo, consideramos que su contenido contribuye a que la labor y análisis jurisdiccional sea aun mayor. Así, en el Exp. No. 00728-2008-PHC/TC - Caso Giuliana Flor de Maria Llamoya Hilares, se expone:

*“En consecuencia, a través de la prueba indirecta, se prueba un “hecho inicial -indicio”, que no es el que se quiere probar en definitiva, sino que se trata de acreditar la existencia del “hecho final - delito” a partir de una relación de causalidad “inferencia lógica”. **El uso de la prueba indiciaria y la necesidad de motivación.** Bajo tal perspectiva, si bien el juez penal es libre para obtener su convencimiento porque no está vinculado a reglas legales de la prueba y, entonces, puede también llegar a la convicción de la existencia del hecho delictivo y la participación del imputado, a través de la prueba indirecta*

¹³⁸ En el mismo sentido Talavera Elguera, Pablo; *La prueba en el nuevo proceso penal...* p.140.

(prueba indiciaria o prueba por indicios), será preciso empero que cuando ésta sea utilizada, quede debidamente explicitada en la resolución judicial; pues no basta con expresar que la conclusión responde a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia o a los conocimientos científicos, sino que dicho razonamiento lógico debe estar debidamente exteriorizado en la resolución que la contiene.

Justamente, por ello, resulta válido afirmar que si el juez puede utilizar la prueba indirecta para sustentar una sentencia condenatoria, y si ésta, a su vez, significa la privación de la libertad personal, entonces, con mayor razón, estará en la obligación de darle el tratamiento que le corresponde; solo así se podrá enervar válidamente el derecho a la presunción de inocencia, así como se justificará la intervención al derecho a la libertad personal, y por consiguiente, se cumplirán las exigencias del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, conforme a las exigencias previstas por el artículo 139º, inciso 5, de la Constitución. En ese sentido, lo mínimo que debe observarse en la sentencia y que debe estar claramente explicitado o delimitado son los siguientes elementos: el hecho base o hecho indiciario, que debe estar plenamente probado (indicio); el hecho consecuencia o hecho indiciado, lo que se trata de probar (delito) y entre ellos, el enlace o razonamiento deductivo. Este último, en tanto que

conexión lógica entre los dos primeros debe ser directo y preciso, pero además debe responder o sujetarse plenamente a las reglas de la lógica, a las máximas de la experiencia o a los conocimientos científicos.

Asimismo, cabe recordar que el razonamiento probatorio indirecto, en su dimensión probatoria, exige que la conclusión sea adecuada, esto es, que entre los indicios y la conclusión exista una regla de la lógica, máxima de la experiencia o conocimiento científico, y que, como dijimos supra, el razonamiento esté debidamente explicitado y reseñado en la sentencia. Y es que, a los efectos del control de calidad del curso argumental del juez (control del discurso), ello supone mínimamente que de su lectura debe verse cuál o cuáles son los indicios que se estiman probados y cuál o cuáles son los hechos a probar. Pero además, se exige que se haya explicitado qué regla de la lógica, máxima de la experiencia o qué conocimiento científico han sido utilizados, y si hubieran varios de estos, por qué se ha escogido a uno de ellos.

Es decir, que el órgano jurisdiccional debe explicitar el razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios, ha llegado a la convicción de la existencia del hecho delictivo y la participación del imputado, con el objeto de garantizar hasta el límite de lo posible la racionalidad de su decisión (examen de

suficiencia mínima).

Sobre lo mismo, cabe señalar que, si bien la convicción es individual o personal del juzgador, también lo es que mínimamente debe exteriorizarse el proceso razonable lógico utilizado para llegar a dicha convicción. Entenderlo de otro modo supone la aceptación práctica del hecho de que el juez pueda situarse potestativamente por encima de un deber constitucional, inequívocamente impuesto. Y es que, desde una perspectiva estrictamente constitucional, no se puede establecer la responsabilidad penal de una persona y menos restringir la efectividad de su derecho fundamental a la libertad personal a través de la prueba indiciaria, si es que no se ha señalado debidamente y con total objetividad el procedimiento para su aplicación. Ello aquí significa dejar claro cómo hay que hacer las cosas, es decir, las sentencias, si se quiere que definitivamente se ajusten al único modelo posible en este caso: el constitucional.

En el caso constitucional de autos, del fundamento 14. c de la presente, se aprecia que la Sala Penal Suprema sustentó la sentencia condenatoria sobre la base de la prueba indirecta (prueba por indicios); sin embargo, resulta evidente que no ha explicitado o exteriorizado dicho razonamiento lógico, esto es, no ha explicitado qué regla de la lógica, qué máxima de la

experiencia o qué conocimiento científico le ha motivado dicha conclusión. No ha motivado debidamente el procedimiento de la prueba indiciaria. En consecuencia, al no haber obrado de ese modo, la sentencia (ejecutoria suprema) resulta una vez más arbitraria y, por tanto, inconstitucional. ¿Es constitucional sustentar una condena en base a la prueba indiciaria si en la sentencia no se explicita el procedimiento del razonamiento lógico que le permitió llegar a la conclusión? Definitivamente, la respuesta es no. Es, pues, incorrecto que se señale solo el hecho consecuencia y falte el hecho base y más aún que falte el enlace o razonamiento deductivo.

*No pretendiendo dar por agotada la discusión, y solo a modo de aproximación, podemos graficar lo siguiente: **A** testifica que ha visto a **B** salir muy presuroso y temeroso de la casa de **C** con un cuchillo ensangrentado en la mano, poco antes de que éste fuese hallado muerto de una cuchillada (hecho base). De acuerdo a la máxima de la experiencia, quien sale de una casa en estas condiciones, es decir, muy presuroso y temeroso, y con un cuchillo ensangrentado en la mano es porque ha matado a una persona (razonamiento deductivo). Al haber sido hallado muerto **C** producto de una cuchillada, podemos inferir que **B** ha matado a **C** (hecho consecuencia). Esto último es consecuencia del hecho base.*

Así, el modelo de la motivación respecto de la prueba indiciaria se desarrollará según la siguiente secuencia: hecho inicial-máxima de la experiencia-hecho final. O si se quiere, hecho conocido-inferencia lógica-hecho desconocido.”

Como vemos, la prueba indiciaria es una modalidad de prueba, tanto para la doctrina como para la jurisprudencia. Los indicios y las presunciones no son equivalentes. Los indicios son como el antecedente, el hecho base a partir del cual es posible deducir o inducir lo que se trata de probar; en cambio, la presunción es la operación mental que produce la conclusión o conclusiones perseguidas. El indicio actúa sobre la certidumbre del hecho en tanto que la presunción es el mecanismo conclusivo o mental que extrae el resultado que interesa.

Igualmente, en doctrina se reconoce que existen tres niveles de aproximación a la "quaestio iuris": i) la sospecha, que puede servir para iniciar una investigación policial; ii) el indicio y el contraindicio, que supone la puesta en funcionamiento de los mecanismos mentales de valoración, y; iii) la prueba indiciaria que proporciona ya un proceso mental razonable y concluyente sobre unos hechos considerados técnicamente como versión convincente de una infracción penal.¹³⁹

El indicio es tanto más grave cuanto parece más cierta la relación necesaria entre el hecho primitivo y el hecho consiguiente desconocido. Si

¹³⁹ Eduardo de Urbano Castrillo. *La prueba indiciaria en la doctrina del Tribunal Constitucional*. Juez del Consejo General del Poder Judicial del Reino de España, p.3.

la experiencia justifica plenamente esa conexión, si no puede admitirse ni por un solo momento otra conclusión o interpretación, la conciencia del Juez se declara satisfecha y el raciocinio produce la convicción. "Si bien el indicio -continúa Serra- es introducido en el proceso como resultado de un medio de prueba y se forma, por tanto, inductivamente, sólo tiene relevancia como institución en cuanto sobre él se monta un razonamiento deductivo"... , integrando, en definitiva, se añade aquí, una verdadera "prueba indiciaria". Podríamos resumir el pensamiento de Serra diciendo que entiende por indicio el hecho-base de una presunción y por prueba indiciaria la presunción formada en un proceso penal,¹⁴⁰

De otro lado, conforme se ha señalado en la STC 17/ 1985 del Tribunal Constitucional Español, en estos casos de prueba indiciaria, el juzgador no solo deberá expresar clara y terminantemente los hechos que estime probados, sino que deberá dar cuenta de las pruebas que le han conducido a su convicción, esto es, del "iter" formativo de la misma o curso racional que enlace los indicios con la certeza acerca de la culpabilidad del acusado, sin que sea necesario sin embargo que se determinen los diversos momentos del citado razonamiento, sino únicamente sus líneas generales.

Veamos a continuación algunas sentencias expedidas por la Corte Suprema referidas a la aplicación de la prueba indiciaria:

¹⁴⁰ Citado por Juan Alberto Belloch Julbe, *La prueba indiciaria*. Vocal del Consejo General del Poder Judicial del Reino de España, p.5.

Indicios. Clases y concurrencia.

R.N. 1827-98

“Se advierte la presencia de indicios que al ser valorados de manera global demuestran fehacientemente la responsabilidad de los agentes, siendo los indicios: a) de móvil, en razón que los sujetos activos carecían de dinero para continuar divirtiéndose, lo que evidencia un animus lucrandi; b) de participación comisiva, toda vez que los agentes de manera concertada aparentaron ser usuarios del servicio de taxi para después despojar de sus pertenencias a la víctima; c) de actitud sospechosa, que se deriva del hecho que los encausados se dieron a la fuga tan pronto fueron sorprendidos, d) de mala justificación, que se aprecia cuando los agentes en su defensa argumentan que solamente iban a divertirse en un fiesta sin precisar el lugar donde debía llevarse a cabo dicha actividad; e) de capacidad comisiva, que se observa en el hecho que todos ellos estuvieron premunidos de armas de fuego en el momento de la ejecución del plan delictivo.”¹⁴¹

Indicios. Determinación de la responsabilidad penal del acusado.

R.N. 1787-98

¹⁴¹ División de Estudio Legales de Gaceta Jurídica; Guía Rápida de Jurisprudencia penal y procesal penal; Lima; Gaceta Jurídica; 2001; p. 219.

“Existe una concurrencia de indicios que permiten concluir que el autor del ilícito investigado es el acusado, entre los que cabe destacar los siguientes: a) Indicio de móvil: concretado en la participación del acusado en el reparto del botín obtenido con el atentado criminal; b) Indicio de mala justificación: pues sin motivo alguno hace abandono de su centro de trabajo, no obstante aducir que nada tuvo que ver en el evento criminoso; y c) Indicio de actitud sospechosa: pues luego de producidos los hechos el acusado no comunica ello ni a la delegación policial más cercana al lugar donde se produjeron los mismos.”¹⁴²

Evaluación de indicios para determinar la comisión del delito.

Expediente : N° 4781-98 Lima

“La prueba indiciaria debe ser examinada y no simplemente enunciada por lo que cabe analizar los siguientes indicios: indicio de capacidad comitiva, pues el inculpado tenía en su poder las llaves de acceso a la agencia bancaria, las llaves del vehículo y las llaves del reloj de retardo, con las que se acciona la bóveda del banco; indicio de oportunidad, ya que el referido acusado era quien programaba el reloj de retardo, el que normalmente operaba a las nueve de la mañana,

¹⁴² División de Estudio Legales de Gaceta Jurídica; Guía Rápida de Jurisprudencia penal y procesal penal; Lima; Gaceta Jurídica; 2001; p. 219

precisamente en la hora en que se producía el atentado patrimonial contra la agencia bancaria; indicio de mala justificación, respecto al argumento de que el reloj de retardo en la fecha del evento sufrió un desperfecto, el que resulta desvirtuado con el informe pericial, el que concluye que la caja de seguridad se encuentra en buen estado de funcionamiento; indicio de conducta posterior, que consiste en la simulación concertada de la privación de la libertad y acondicionamiento de “explosivo” mientras se daban a la fuga los demás agentes, lo que se acredita con la pericia forense de explosivos¹⁴³.

En consecuencia, de lo expuesto podemos concluir en lo siguiente:

- a. Que para formalizar la Investigación Preparatoria con el nuevo CPP se requiere de elementos de prueba suficientes que acrediten que se ha cometido un delito, el mismo que debe tipificarse adecuadamente. Ello quiere decir que debe describirse el hecho de la manera más circunstanciada posible: día, hora, lugar, modo, identificación individualizada de los bienes comprendidos en la investigación, descripción de lo incautado con indicación del lugar, modo de cómo fue encontrado, etc. e indicarse el tipo penal en el que se subsuma con indicación de la modalidad o agravante específica si hubiere.

¹⁴³ En *Diálogo con la Jurisprudencia. Actualidad, Análisis y Crítica Jurisprudencial*. Número 55, Año9, Abril, 2003, p.290.

- b. También deberá indicarse el nombre o nombres de los presuntos autores y/o partícipes. Es de resaltar que a efectos de salvaguardar el derecho de defensa de los imputados, debe señalarse cuál ha sido el aporte de cada uno de ellos, de qué modo han intervenido en los sucesos delictivos, de manera concreta y precisa, cuál es su calidad: autor, coautor, instigador, cómplice primario o secundario, etc. también debe precisarse cuál o cuáles son los indicios que vinculan a tales autores y/o partícipes con los hechos que se les imputa, de forma individualizada y clara, no de manera genérica, pues ello afectaría el derecho de defensa, tal como ya de manera reiterada lo ha sostenido el Tribunal Constitucional.
- c. Igualmente, el magistrado a cargo debe verificar que el delito no haya prescrito, por lo que incluso debe hacer una motivación sobre este tema, explicando las razones por las que se entiende que el *ius puniendi* del Estado se encuentra habilitado, ello con mayor razón cuando nos encontramos ante concurso de delitos o delitos continuados o de naturaleza permanente.
- d. Asimismo, se debe verificar que se han cumplido con las exigencias de procedibilidad, en los casos que el Código así lo establezca. Tal como ocurre en los delitos tributarios o derechos de autor.

Título III

Metodología de la investigación

3.1. Tipo y nivel de investigación.

- Descriptiva-explicativa, no experimental.

3.2. Diseño de la investigación.

Esta investigación es básicamente de **carácter descriptiva-explicativa**, pues busca explicar en qué medida los Fiscales penales no aplican correctamente el principio de imputación necesaria al momento de emitir la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria “DFCIP” y requerimiento acusatorio; así como también explicará cuáles son los problemas jurídicos y hasta socio-económicos que genera, entre otros, a fin de plantear soluciones que se puedan presentar ante las autoridades competentes.

Por tal razón, se utilizaron los Métodos: Analítico, inductivo, deductivo y dogmático en la investigación, a fin de utilizar con propiedad los datos obtenidos sobre las variables de estudio.

3.2.1. Universo, población y muestra.

Para la presente investigación, la unidad de análisis estuvo determinada por las disposiciones fiscales de formalización y continuación de la

investigación preparatoria del Distrito Judicial de Loreto, [Magistrados](#), así como [abogados y especialistas](#) de la misma sede.

[La muestra para la investigación](#) se ha **tomado** de la base de datos que se han obtenido de las Fiscalías y Juzgados Penales del Distrito Judicial de Loreto, y será sobre los requerimientos de formalización y continuación de la investigación preparatoria. [Igualmente](#), para el caso de las entrevistas y encuestas, se ha tenido a los Fiscales y Jueces Penales, así como a especialistas en el tema, lo que nos da un alto nivel de seguridad en el análisis de los resultados.

3.2.4. Técnicas e instrumentos de recolección.

***Variable Independiente**

Aplicación incorrecta del principio de imputación necesaria.

TÉCNICAS

- Revisión documental de libros y normas legales

INSTRUMENTOS

Ficha bibliográfica
Ficha documental

***Variable Dependiente**

Afectación al debido proceso penal.

TÉCNICAS

- Revisión documental de libros y normas legales
- Revisión de “DFCIP”
- Entrevistas con magistrados y especialistas

INSTRUMENTOS

Ficha bibliográfica
Ficha documental
Guía de análisis de datos
Guía de entrevistas

3.2.5. Técnica de procesamiento y análisis de datos.

La información requerida para la presente investigación fue recogida en forma personal y con el apoyo de dos colaboradores. Respecto a la información documental y material bibliográfico, fue determinado por los diferentes dispositivos legales relacionados con el tema materia de investigación, doctrina y jurisprudencia sobre la materia; el material se pudo recabar en las bibliotecas especializadas en Derecho, así como de la Biblioteca de la Escuela de Posgrado y personal.

También se contó con información de campo que se obtuvo conforme a lo reseñado líneas atrás, para lo cual se determinó utilizar guías de datos, guía de entrevistas y cuestionarios.

Contrastaremos los resultados obtenidos del análisis y procesamiento de datos con el problema formulado al inicio de la investigación, a fin de demostrar la validez o no de nuestra hipótesis, así como de la efectividad de las sugerencias que realicemos ante las autoridades competentes.

Título IV

Contrastación de hipótesis de la investigación.

4.7. Contrastación de hipótesis.

4.7.1. Hipótesis general.

La aplicación deficiente del principio de imputación necesaria por los Fiscales especializados en lo penal del Distrito Judicial de Loreto, afectaron el debido proceso durante el año 2013.

4.7.2. Hipótesis secundarias.

- a. La aplicación deficiente del principio de imputación necesaria, vulnera el derecho de defensa y el derecho a la prueba del procesado.
- b. Si identificamos las causas del por qué los fiscales penales no aplican correctamente el principio de imputación necesaria al formalizar y continuar la investigación preparatoria, se podrán diseñar y ejecutar efectivos planes de capacitación inmediata sobre la importancia y necesidad de su correcta aplicación.
- c. Si identificamos las causas del por qué los fiscales penales no aplican correctamente el principio de imputación necesaria al formalizar y continuar la investigación preparatoria, estaremos en condiciones de proponer sugerencias para mejorar las estructuras curriculares o planes de estudios de las Facultades de Derecho de las universidades del país.

4.8. Variables e indicadores.

a) **Variables independientes**: aplicación deficiente del principio de imputación necesaria, desconocimiento de los elementos que contiene el principio de imputación necesaria.

b) **Variable dependiente**: afectación del debido proceso, vulneración del derecho de defensa del procesado, vulneración del derecho a la prueba del procesado.

4.9. Operacionalización de variables e indicadores.

Con fines metodológicos se ha representado a cada una de las variables con su símbolo, señalándole sus indicadores respectivos.

Indicadores de las variables independientes (X)

X₍₁₎ Aplicación incorrecta del principio de imputación necesaria al momento de emitir la disposición de formalización de la investigación preparatoria “DFCIP”.

- Muy significativa.
- Poco significativa.
- Nada significativa.

X₍₂₎ Desconocimiento de los elementos que contiene el principio de imputación necesaria.

- Muy importante.
- Poco importante.
- Nada importante.

Indicadores de las variables dependientes (Y)

Y₍₁₎ Disposiciones de formalización y continuación de la investigación preparatoria que afectan el debido proceso.

- Muy frecuentes.
- Poco frecuentes.
- Nada frecuentes.

Y₍₂₎ Vulneración del derecho de defensa del procesado y/o Imputado.

- Muy significativa.
- Poco significativa.
- Nada significativa.

Y₍₃₎ Vulneración del derecho a la prueba del procesado y/o imputado.

- Muy importante.
- Poco importante.
- Nada importante.
-

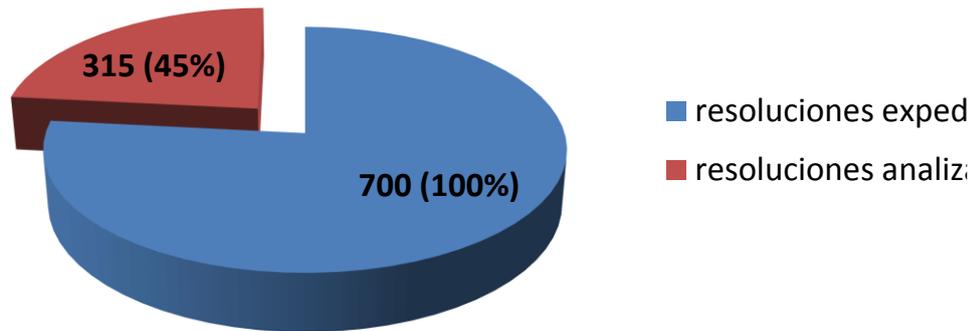
4.10. Análisis, interpretación y evaluación de los resultados. Estadística.

Es necesario precisar la colaboración que tuvimos por parte de los señores Magistrados del Distrito Judicial de Loreto, quienes nos proporcionaron copias de las Disposiciones fiscales de formalización y continuación de la investigación preparatoria, haciendo un total de 700 disposiciones de los 1295 que se emitieron en el año 2013, y de los cuales revisamos 315, que representa un 45% de dicha muestra, lo que nos da un alto índice de confiabilidad en los resultados de la investigación.

Empero, para las entrevistas sí hemos tenido ciertas dificultades de parte no solo de los magistrados, sino también de los abogados, muchos de los cuales se excusaron de atendernos aduciendo razones de diligencias o tiempo. Pareciera que tuvieran cierto temor a las encuestas en tanto que se verían expuestos en sus conocimientos, como si tuviera algún efecto negativo en alguna evaluación, a pesar que se les dijo que eran anónimas.

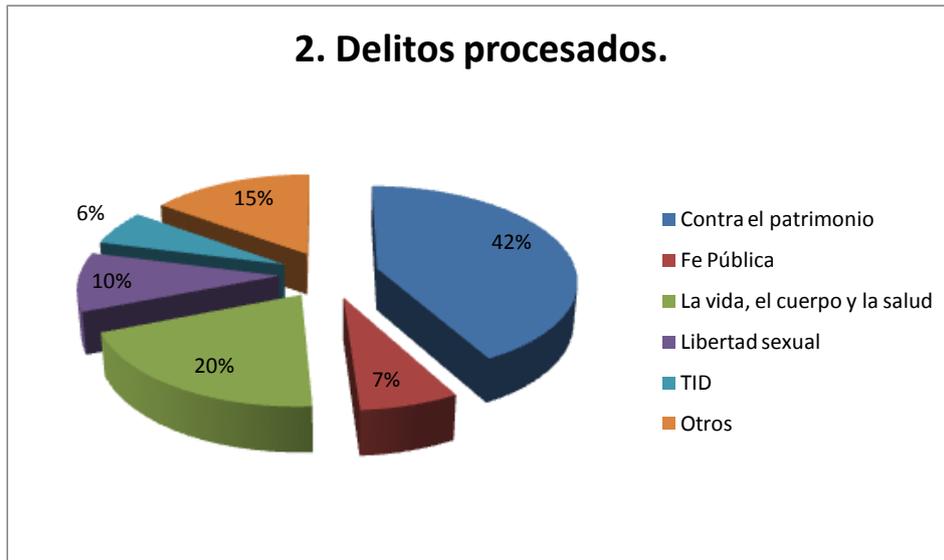
**Resultados del análisis de las disposiciones de formalización y
continuación de la investigación preparatoria.**

1. Muestra estadística.



Reiteramos que la muestra que tuvimos y analizamos es importante, por lo que los resultados son bastantes confiables pues abarca más de la mitad totalidad de disposiciones fiscales que se expidieron durante el año 2013 materia de investigación y que comprendió a la totalidad de las Fiscalías Provinciales Penales Corporativas y Especializadas de – Loreto.

2. Delitos procesados.

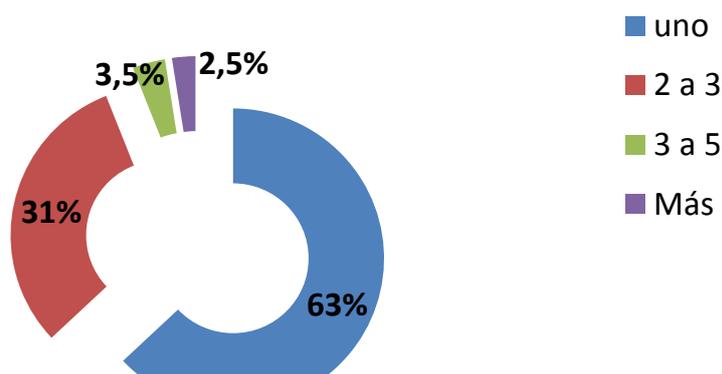


En principio, es de señalar que se verifica lo que por experiencia se sostenía en el ámbito jurídico, que los delitos más frecuentes son los relacionados con el patrimonio, y aunque no es del caso mencionar sobre sus causas, pero si nos atenemos a estudios de criminología, se entendería que ello tiene relación directa con la inadecuada distribución de la riqueza en el país y, específicamente, en la ciudad de Loreto.

Lo sigue en importancia los delitos relacionados Contra la vida, el cuerpo y la salud, básicamente el referido a lesiones provenientes de accidentes de tránsito. Igualmente, se destacan los delitos contra la Libertad sexual, principalmente delitos contra el pudor cometidos en agravio de menor de edad.

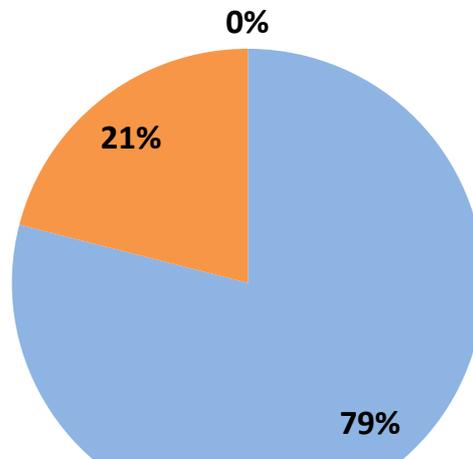
Dentro del rubro de otros, se encuentran los delitos de Omisión a la Asistencia Familiar, Tenencia ilegal de armas, desobediencia a la autoridad, entre otros que son los menos frecuentes en su comisión.

3. Número de procesados.



Este cuadro nos revelaría que la mayoría de los delitos son cometidos por una sola persona (63%); sin embargo, debe tenerse presente que –tal como en reiteradas ocasiones lo hemos visto al analizar las disposiciones fiscales- puede representar únicamente al procesado que ha sido plenamente identificado, aunque de los hechos denunciados se aprecia que fueron más de uno, por lo que más adelante pudo haberse ampliado tal disposición fiscal para incluir a esta otra persona. Sobre todo en los delitos Contra el patrimonio en los que –generalmente- participan más de uno y es el delito que, recordemos, es el más frecuente en su comisión, por lo que este dato debe tomarse con cierta reserva.

4. Elemento de la imputación: se describe Inadecuadamente los hechos.

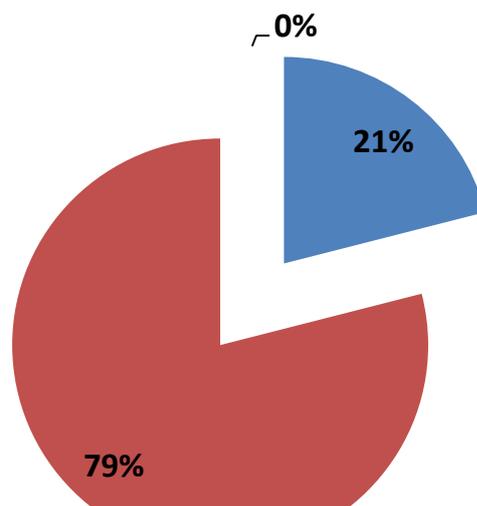


Estos resultados no hacen más que confirmar la razón de nuestra preocupación para realizar esta investigación, se sabía empíricamente que las disposiciones fiscales presentaban graves deficiencias al no describir adecuadamente los hechos, conforme lo veremos en específico en los siguientes cuadros.

Evidentemente, como ya lo mencionáramos anteriormente, ello afecta el derecho de defensa en la medida que no se sabe de forma cierta, clara y en concreto qué hecho se imputa al procesado, de modo tal que pueda absolver con suficiencia tales cargos, por lo que también se afecta el derecho a la prueba, pues no se sabe cuáles son las de cargo, de modo tal que se pueda ofrecer las de descargo.

En tal sentido, se debe tener presente que el principio de imputación necesaria está implícito en el **artículo 8.2.b de la Convención** que señala el **derecho del inculpado a la comunicación previa y detallada de la acusación formulada**. Este derecho es esencial para el ejercicio del derecho de defensa pues el conocimiento de las razones por las cuales se le imputa a alguien la presunta comisión de un delito, **permite preparar adecuadamente los argumentos de descargo**. Este derecho se ve satisfecho si se indica con claridad y exactitud las normas y los supuestos de hecho en que se basa la acusación.¹⁴⁴

5. Elemento de la imputación: **se omite indicar día, hora y lugar de los hechos.**



Este hecho **es sumamente grave**, por los efectos que esta inobservancia acarrea. **Pues el indicar el día, hora y lugar de los hechos** no sólo es importante para el **derecho de defensa**, sino también para poder determinar un tercer elemento exigido para formalizar la investigación preparatoria: que

¹⁴⁴ Huerta, op. cit., p. 51.

el hecho no haya prescrito. En consecuencia, ¿cómo se pudo formalizar la investigación preparatoria sin previamente determinar que tales hechos aún son perseguibles?, ¿acaso ello no es una grave negligencia del fiscal?

Cabe recordar que la prescripción, desde un punto de vista general, es la institución jurídica mediante la cual, por el transcurso del tiempo, la persona adquiere derechos o se libera de obligaciones. Y, desde la óptica penal, es una causa de extinción de la responsabilidad criminal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos o la renuncia del Estado al *ius punendi*, en razón de que el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción, existiendo apenas memoria social de la misma.¹⁴⁵

Es decir, que mediante la prescripción se limita la potestad punitiva del Estado, dado que se extingue la posibilidad de investigar un hecho criminal y, con él, la responsabilidad del supuesto autor o autores del mismo. Dicho de otro modo, en una Norma Fundamental inspirada en el principio *pro homine*, la ley penal material otorga a la acción penal una función preventiva y resocializadora en la cual el Estado autolimita su potestad punitiva contemplando la necesidad de que, pasado cierto tiempo, se elimine toda incertidumbre jurídica y la dificultad de castigar a quien lleva mucho tiempo viviendo honradamente, consagrando de esta manera el principio de seguridad jurídica. El Código Penal reconoce la prescripción como uno de los supuestos de extinción de la acción penal.

¹⁴⁵ Cfr. Exp. No.8595-2006-PHC/TC – Caso Julio Salazar Monroe.

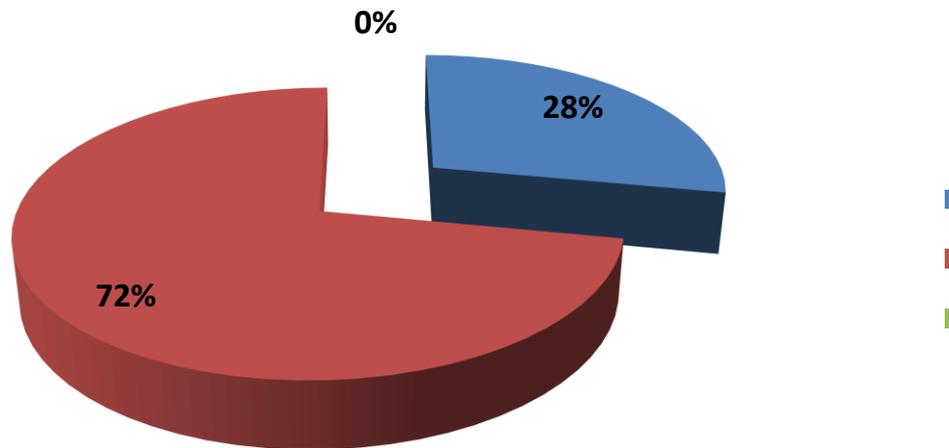
Así, la ley considera varias razones que permiten extinguir la acción penal, en virtud de las cuales el Estado autolimita su potestad punitiva: pueden ser causas naturales (muerte del infractor), criterios de pacificación o solución de conflictos sociales que tienen como base la seguridad jurídica (cosa juzgada o prescripción) o razones sociopolíticas o de Estado (amnistía).

En este orden de ideas, resulta lesivo a los principios de economía y celeridad procesal, vinculados al derecho al debido proceso, que se pretenda sostener una imputación cuando ésta se ha extinguido, o que incluso se formalice acusación cuando la potestad persecutoria del Estado, por el transcurso del tiempo, se encuentra extinguida.¹⁴⁶

Y es que al analizar las disposiciones fiscales, observamos que esta infracción se aprecia principalmente en los delitos de Omisión a la Asistencia Familiar y en Tenencia ilegal de armas. Para resolver esta supuesta duda, debería preguntarse ¿desde cuándo se acredita la renuencia dolosa a cumplir con las obligaciones alimentarias?, pues desde la fecha en que el deudor alimentario es notificado por el Juez de Familia para cumplir con el pago de los alimentos y/o devengados, bajo apercibimiento de formalizar denuncia penal. Esta es la fecha de la comisión de este delito y a partir del cual debe verificarse si los hechos prescribieron o no, y así debe indicarse en el autor de procesamiento.

¹⁴⁶ Cfr. Exp. No. 1805- 2005-HC/TC - Cáceda Pedemonte, Máximo.

6. Se indican circunstancias adicionales de cómo ocurrieron los hechos.



Estas circunstancias están referidas a otros elementos que también tienen incidencia en la imputación y tipificación del delito; tales como: modalidad empleada, armas utilizadas, si fue en la noche o en el día, en flagrancia o no, naturaleza del documento, entre otros.

Insistimos en que la mejor descripción que de los hechos y sus circunstancias se realicen permitirá una mejor administración de justicia, pues todo ello es determinante para establecer la teoría del caso de las partes (acusación y defensa) y los hechos que deben ser materia de probanza, permitiendo una mejor decisión final.

Es de recordar que en una reconocida **sentencia (Exp. No. 3390-2005-PHC/TC – Caso Margarita Toledo Manrique)**, el intérprete supremo de la Constitución sostuvo que se viola al principio de imputación necesaria al no precisar, en el auto apertorio, la modalidad delictiva que se le atribuía a la

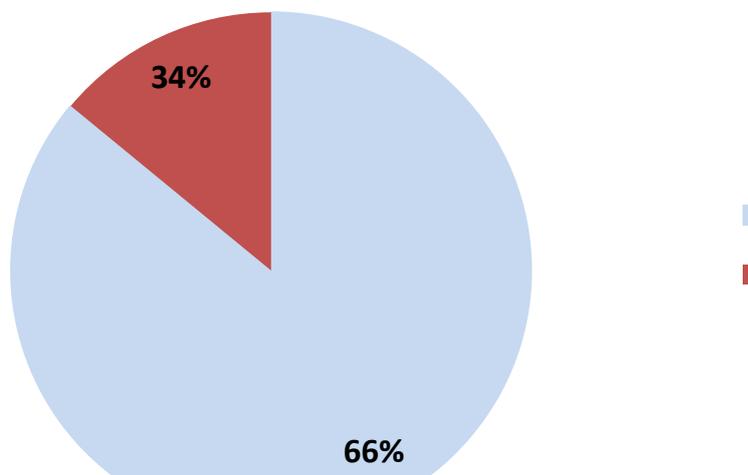
procesada y que tal hecho le generaba indefensión. Así: [...] “el juez penal cuando instaura instrucción por el delito por falsificación de documentos en general, omitiendo pronunciarse en cuál de las modalidades delictivas presumiblemente habría incurrido la imputada, y al no precisar si la presunta falsificación de documentos que se imputa a la favorecida está referida a instrumentos públicos o privados, lesiona su derecho a la defensa, toda vez que, al no estar informada con certeza de los cargos imputados, se le restringe la posibilidad de declarar y defenderse sobre hechos concretos, o sobre una modalidad delictiva determinada y, con ello, la posibilidad de aportar pruebas concretas que acrediten la inocencia que aduce.”

“Esta omisión ha generado un estado de indefensión que incidirá en la pena a imponerse y en la condición jurídica de la procesada, lo cual demuestra que el proceso se ha tornado en irregular por haberse transgredido los derechos fundamentales que integran el debido proceso, esto es, el derecho de defensa; ello, a su vez, ha determinado la afectación de la tutela jurisdiccional, ambos garantizados por la Norma Constitucional.”

“La necesidad de tutela surge del enunciado contenido en el artículo 2.º inciso d) de la Norma Suprema, al disponer “[N]adie será procesado, ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible (...)” Por ello, es derecho de todo procesado el que conozca de manera expresa, cierta, e inequívoca los cargos que se formulan en su contra, y en el presente caso tanto más, dado que la naturaleza

pública o privada de los documentos cuya presunta falsificación se investiga, permanecerá inalterable durante el desarrollo de la instrucción, pero su determinación por parte del juzgador incidirá en el derecho de defensa de los imputados y en su libertad personal cuando se determine su situación jurídica y la posterior pena a imponérseles (...)

7. Se **omite** precisar participación y/o aporte de cada uno de los procesados.



Se trata de procesos con múltiples procesados y/o concurso de delitos. Los resultados nos indican que aquí también se presentan serios problemas, pues recordemos que la imputación debe ser individualizada, precisándose cuál ha sido el aporte de cada uno de los procesados, así como los indicios iniciales que los vinculan con sus presuntos autores y/o partícipes.

Consideramos que el fiscal penal debe hacer una minuciosa descripción de los hechos, cuidando de establecer las participaciones de cada uno de los

procesados y los primeros indicios que los vinculan con el delito. Recordemos que este principio es inherente al principio acusatorio y que la imputación no sólo debe ceñirse a la existencia o no de la comisión de un delito, sino –sobre todo- a que la comisión de tales hechos estén vinculados –a través de lo que se denomina elementos iniciales de convicción- con su presunto autor o autores¹⁴⁷, por lo que la imputación (hechos/presunto autor) debe realizarse de manera concreta, cierta e individualizadamente –lo que en doctrina se denomina *nexo causal*- de ningún modo puede generalizarse, pues implicaría una afectación al derecho de defensa¹⁴⁸ y al principio de presunción de inocencia.

Sólo con una clara y precisa imputación de los hechos podremos hablar de que los justiciables en un proceso penal se encuentran de manera efectiva en igualdad de armas¹⁴⁹ y se promoverá adecuadamente el contradictorio,

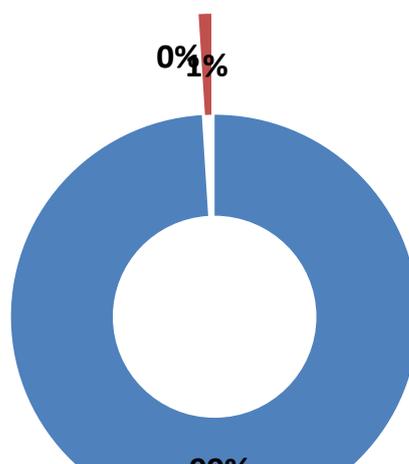
¹⁴⁷ Vásquez Vásquez, Marlio, en su *¿Cómo enfrentar el mandato de detención?*, publicado en la revista *Actualidad Jurídica No.136*, Ed. Gaceta Jurídica, Lima, marzo 2005, pág. 14, nos dice: “Puede entenderse que en un caso concreto exista suficiencia probatoria sobre la realización de un hecho delictivo, pero resulta totalmente diferente a ello que existan suficientes elementos probatorios respecto a la participación delictiva del procesado en ese hecho concreto. Puede contarse con suficientes elementos probatorios sobre la existencia de un delito de homicidio, porque conocemos la presencia del cadáver y la causa violenta de la misma, pero no existir suficientes elementos probatorios respecto a la participación del imputado en ese hecho.”

¹⁴⁸ Tiedemann, op. cit., p. 212, afirma que: “La protección de los Derechos Humanos en el proceso de partes (nosotros también consideramos que aun en el modelo de proceso inquisitivo reformado) empieza y termina con que todo inculcado en todo proceso penal tenga de su parte una defensa eficiente, bien preparada, en *igualdad de armas* con la acusación.”

¹⁴⁹ Oña Navarro, en su *El derecho de defensa en la fase de instrucción del proceso penal en la doctrina del Tribunal Constitucional*, En: *Constitución y garantías procesales*, revista del Consejo General del Poder Judicial, Madrid – España 2004p. 215, cita la STC 178/2001 expedida por el Tribunal Constitucional español, que afirma: “Del principio de igualdad de armas, lógico corolario del principio de contradicción, se deriva asimismo la necesidad de que las partes cuenten con los mismos medios de ataque y defensa e idénticas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación, a efectos de evitar desequilibrios entre sus respectivas posiciones procesales, sin que sean admisibles limitaciones a dicho principio, fuera de las modulaciones o excepciones que puedan establecerse en fase de instrucción (o sumarial) por razón de la propia naturaleza de la actividad investigadora que en ella se desarrolla, encaminada a asegurar el éxito de la investigación y, en definitiva, la protección del valor constitucional de la justicia.” Por su

permitiendo a la defensa contradecir no sólo la prueba de cargo, sino también la propia calificación jurídico-penal que se le imputa.¹⁵⁰

8. Se indica los indicios o pruebas iniciales del delito.

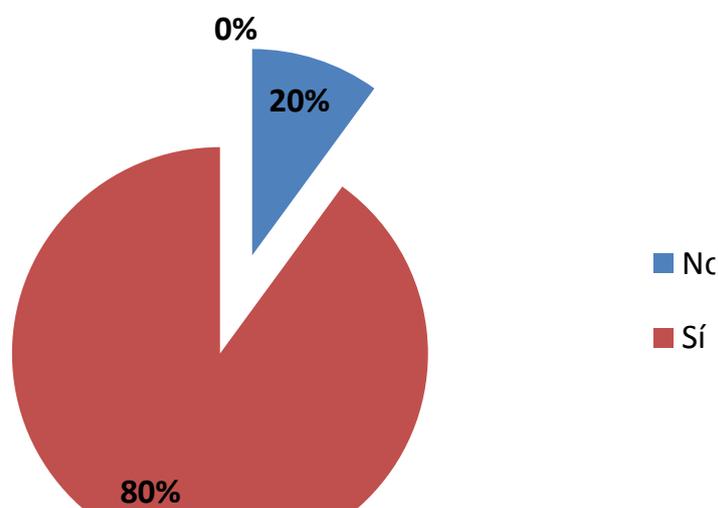


parte, Pedro Angulo Arana en *La función del fiscal*, Jurista Editores, 1ª. Edición, Lima marzo 2007, p. 181, sostiene que: “Podría argumentarse que considerar parte al Ministerio Público constituye una necesidad para despojarle así de imperium y constituirlo en igualdad de condiciones con el procesado o procesados, de modo que concurra con aquellos en igualdad de armas y no exista ventaja a su favor. En realidad como dice Iñaki Esparza, la igualdad de armas se configura de modo distinto en cada realidad, según se configure la acción penal como pública o no. Sin embargo, llega a concluir que los medios que posee el Estado son infinitamente mayores a los que el inculpado podría emplear en su defensa. Esa realidad es reconocida en la doctrina alemana, donde se prefiere hablar de igualdad de oportunidades o “chancengleichheit”. En realidad, la igualdad de armas, en tanto igual condición, instrumentos y potestades resulta imposible de conseguir y sólo puede tratarse durante el juicio oral (al tratar) de equilibrar las oportunidades dadas a la defensa con las concedidas a la acusación.”

¹⁵⁰ Oña Navarro, op. cit., sostiene: “En todo caso, la contradicción ha de extenderse tanto a la oposición o discusión sobre las pruebas aportadas y practicadas sobre los hechos que sirven de soporte a las imputaciones como a las cuestiones procesales y jurídicas (así, la STC 33/2003, del 3 de febrero de 2003, reitera que el derecho de defensa comprende no solo el derecho de alegar y contradecir los hechos objeto de acusación sino también los elementos esenciales de la calificación jurídica, al afirmar “el derecho de defensa y el derecho a ser informado de la acusación... tiene por objeto los hechos considerados punibles, de modo que sobre ellos recae precisamente la acusación y sobre ellos versa el juicio contradictorio... pero también la calificación jurídica, dado que ésta no es ajena al debate contradictorio.”).

Técnicamente, la respuesta debería ser un 100% puesto que no habría posibilidad de iniciarse proceso penal alguno si es que no se mencionan los primeros indicios de la existencia de un delito. Si consideramos la muestra analizada, ese 1% representa aproximadamente 3 disposiciones en que se pudo observar esta grave deficiencia y, por tanto, existe la posibilidad que se planteen sendos procesos constitucionales en defensa de los procesados, y con la consiguiente sobrecarga procesal que este problema acarrea. Es necesario que los órganos competentes tomen en cuenta este hecho.

9. Se omite indicar cuáles son los indicios que vinculan a cada uno de los procesados.



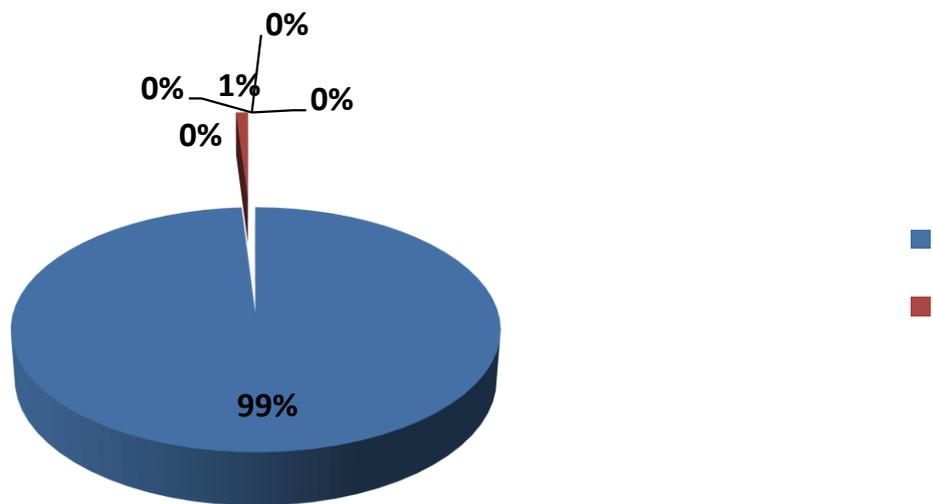
Los comentarios anteriores se complementan con estos resultados y en la que se vuelve a reafirmar que el problema de debida y suficiente motivación de las disposiciones fiscales de formalización de la investigación preparatoria se agrava aun más cuando los procesados son varios o existe multiplicidad de delitos (concurso de delitos), pues las pruebas simplemente

se generalizan y no se individualiza cuál es el aporte de cada uno de los procesados, ni tampoco se indican los indicios o pruebas iniciales que vinculan hechos-autores. Ello evidentemente afecta el principio de igualdad de armas inherente al derecho de defensa, pues ya no solamente no sabría cuál es el hecho que se imputa, sino tampoco sabría cuáles son los indicios que vinculan a su presunto autor con tales.

Sobre el tema, en la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional español (STC 134/1986)¹⁵¹ se afirma que: ...“el derecho a la información de la acusación, para permitir la defensa adecuada, debe referirse fundamentalmente al objeto del proceso, que no se identifica tanto con una calificación jurídica como con un hecho individualizado como delito. La identidad del hecho y del inculpado determina el alcance de la cosa juzgada e incluso de tal identidad depende exclusivamente la congruencia del fallo con la acusación. La información debida de la acusación requiere que se precisen, al menos, los hechos imputados posibilitando, la acusación así comunicada, la defensa con invocación de la existencia o no de los hechos imputados y la proposición de pruebas al respecto.”

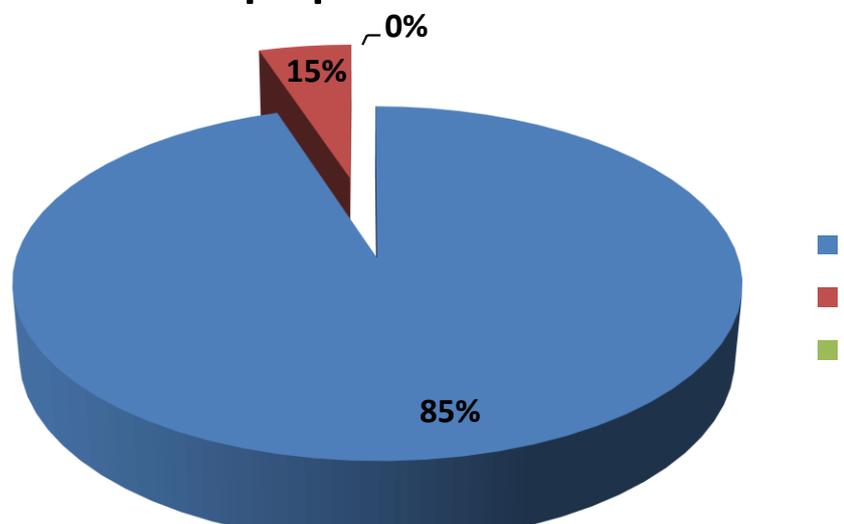
¹⁵¹ Citado por Oña Navarro, op. cit., pp. 178-179.

10. Se precisa el tipo penal.



Su análisis lo haremos en conjunto con los resultados del siguiente cuadro:

11. Se precisa la modalidad o agravante del tipo penal.



Como ambos cuadros son complementarios, su análisis lo haremos de manera conjunta. De las disposiciones fiscales advertimos que en un 99% (debería ser el 100%) se cumple con señalar el tipo penal base, pero hay un significativo 85% en que no se indica la modalidad o agravante, a pesar que en los hechos sí se describen. Si bien hemos tenido oportunidad de leer sendas resoluciones del Tribunal Constitucional pronunciándose que tal omisión no acarrea indefensión, puesto que los hechos sí estaban descritos y pudieron ser conocidos por la defensa, sin embargo, debe considerarse que esta debilidad ha generado el inicio de sendos procesos constitucionales que pudieron evitarse. Igual sucede en los casos advertidos (1%) en que sólo se indica el agravante, pero no el tipo base penal que se imputa.

Así es de tener cuenta -por todos y a manera de ejemplo- lo resuelto en la STC Exp. No.01924-2008-PHC/TC - Luis Ballesteros Olazabal y otra, en la que el TC sostuvo que: ...”de la revisión del auto apertorio de instrucción de fecha 29 de setiembre de 2004 (fojas 10), si bien se aprecia que no se ha señalado de manera específica en su parte *resolutiva* la modalidad delictiva en la que habrían incurrido los accionantes; sin embargo, dicho acto *per se* y conforme a lo antes expuesto no constituye una vulneración del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales o al derecho a la defensa, pues, de la parte *considerativa* de la referida resolución se aprecia con claridad y precisión los hechos que se imputan a los accionantes, siendo evidente la calificación jurídica de los mismos. En concreto, se advierte que se ha señalado con certeza los cargos imputados, y que no se les ha restringido la posibilidad de declarar y defenderse sobre hechos concretos, o

sobre una modalidad delictiva determinada y, muchos menos, la posibilidad de aportar pruebas.”

“Finalmente, en la medida en que una omisión como la antes reseñada constituye en principio el incumplimiento de una obligación legal del juez penal, independientemente de si con ello se afecta o no derechos fundamentales, el justiciable tiene expedito su derecho para acudir a las instancias correspondientes a efectos de dilucidarse las presuntas responsabilidades. En el caso concreto, este Tribunal Constitucional considera pertinente remitir copias certificadas de todo lo actuado al Órgano de Control de la Magistratura para los fines pertinentes.”

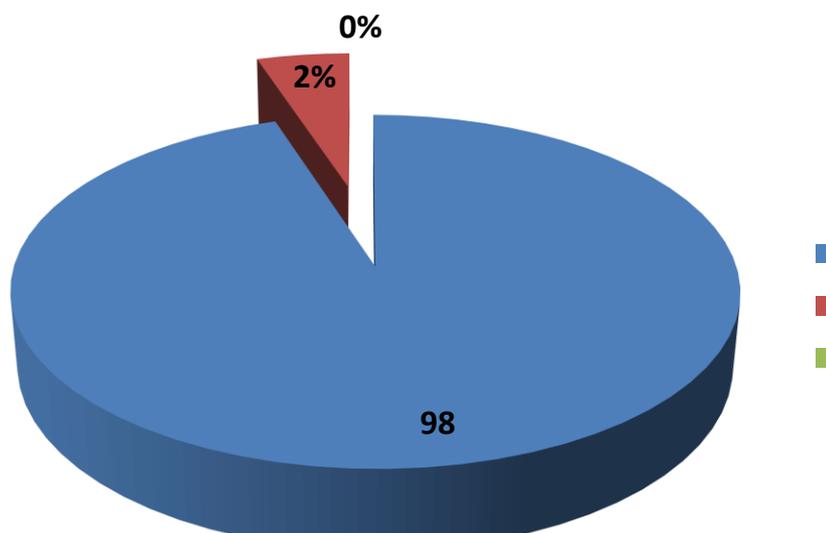
Pero también la importancia de indicarse el tipo penal y la modalidad o agravante imputada tiene que ver con un control constitucional del principio de legalidad, pues no olvidemos que este principio ha sido consagrado en el artículo 2.º, inciso 24, literal "d", de la Constitución Política del Perú, según el cual "Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley”.

En tal razón, el principio de legalidad exige que por ley se establezcan los delitos y que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas previamente por la ley. Como tal, garantiza la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal (*lex praevia*), la prohibición de la aplicación de otro

derecho que no sea el escrito (*lex scripta*), la prohibición de la analogía (*lex stricta*) y de cláusulas legales indeterminadas (*lex certa*).

En consecuencia, el indicar el tipo penal y la modalidad o agravante imputado, permite efectuar un control constitucional sobre la decisión del magistrado, es decir, si éste ...“se apart(ó) del tenor literal del precepto o cuando la aplicación de un determinado precepto obedezca a pautas interpretativas manifiestamente extravagantes o irrazonables, incompatibles con el ordenamiento constitucional y su sistema material de valores.”¹⁵²

12. Se invoca precedente vinculante.



Si bien es cierto que el precedente no puede invocarse en todos los casos, sin embargo, significa que el importante trabajo que en este sentido vienen realizando las Salas Penales de la Corte Suprema no está siendo mínimamente conocida, ni mucho menos aplicada.

¹⁵² Cfr. Exp. No. 2758-2004-HC/TC – Luis Bedoya de Vivanco.

Al respecto, es de tenerse en cuenta que en estos últimos años se han expedido sendos precedentes vinculantes en materia de robo, o violación sexual, por ejemplo, como para que se deje de lado. No olvidemos que uno de los fines de los precedentes es la unificación de los criterios y la predecibilidad de las decisiones de los órganos jurisdiccionales, a fin de evitar pronunciamientos dispares o hasta contradictorios. Este es un tema a considerar en los temas de capacitación.

Es de mencionar que por precedente se entiende el supuesto ya resuelto en un caso similar¹⁵³, el cual goza de relevancia jurídica y de una referencia vinculante. En el precedente no importa el factor tiempo o la repetición de casos, como ocurre, por ejemplo, con la jurisprudencia. Basta que haya un precedente para invocarse la autoridad del mismo.¹⁵⁴ Cuando la ley se refiere a los precedentes vinculantes, no alude a otra condición que no sea el hecho de que el precedente es obligatorio o de forzoso cumplimiento.¹⁵⁵

Los efectos y obligatoriedad de un precedente vinculante lo encontramos en:

- Art. 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ): “Carácter vinculante de la doctrina jurisprudencial. Las salas especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación

¹⁵³ Cfr. Diez-Picasso, Luis María; *La doctrina del precedente administrativo*, en Revista de la Administración Pública No.98, Madrid, 1982, p.7.

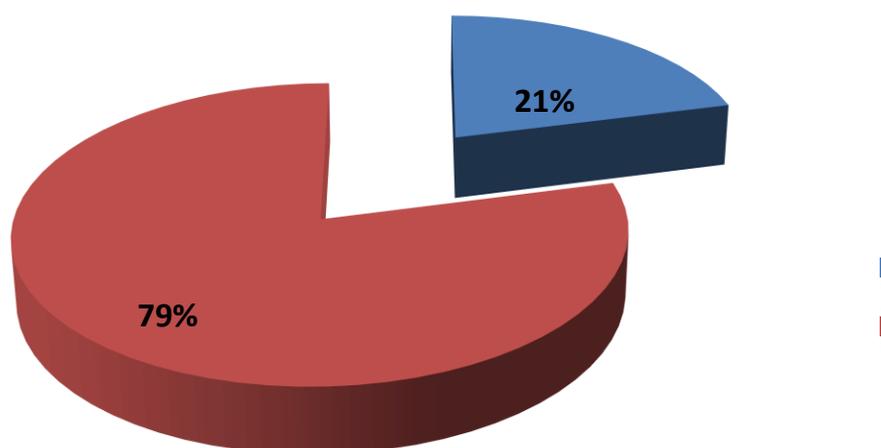
¹⁵⁴ Cfr. Ortiz Díaz, José; *El precedente administrativo*, en Revista de Administración Pública No.24, Madrid, 1957, p.78.

¹⁵⁵ Cfr. Castillo Alva, José Luis; *Comentarios a los precedentes vinculantes en materia penal de la Corte Suprema*, Ed. Grijley, Lima, 2008, p.34. En el mismo sentido Igartua Salaverría, Juan; *La fuerza vinculante del precedente judicial*, en Isegoría No.35, Madrid, 2006, p.195.

trimestral en el diario oficial El Peruano de las ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales.”

- Art. 80 de la LOPJ: “Son atribuciones de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República: 4) Sistematizar y difundir la jurisprudencia de las salas especializadas de la Corte Suprema y disponer la *publicación trimestral de las ejecutorias que fijen principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales.*”

13. En la disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria **se omite la debida y suficientemente motivación en la imputación.**



Como es lógico suponer, este 79% de disposiciones con debilidades en la motivación representa una grave afectación al debido proceso, así como a

los derechos de la defensa y prueba, máxime si cuantificamos este porcentaje de la muestra analizada que ascendería a un aproximado de 130 procesos que pueden derivar, a su vez, en sendas denuncias constitucionales, trayendo como consecuencia mayor carga procesal y desprestigio a la labor de los Magistrados.

Consideramos que la exigencia de motivación de las decisiones judiciales pretende hacer prevalecer el derecho como acto de razón y de reflexión, por encima a la de un puro acto de voluntad y de poder. La motivación razonable y fundada en derecho constituye la principal garantía que materializa el principio de interdicción de la arbitrariedad¹⁵⁶.

Al respecto, el TC peruano ha señalado que: “[e]l contenido constitucional del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales garantiza que las resoluciones no obedezcan al mero arbitrio del órgano jurisdiccional que la expide, sino que se sustenten en el ordenamiento jurídico y en los hechos del caso¹⁵⁷”. En igual sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional español ha establecido que: “Para una más adecuada decisión del caso enjuiciado, resulta oportuno recordar que el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es *garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos* (SSTC 131/1990, de 16 de julio, FJ 1, 112/1996, de 24 de junio, FJ 2)¹⁵⁸”.

¹⁵⁶ Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS; *El Derecho a la Tutela Judicial Jurisdiccional*; p. 270.

¹⁵⁷ Véase, la STC recaída en el Exp. 9953-2006-PA/TC; EXP. N.º 01089-2009-PA/TC; CASO: ALEIDA MERCEDES SANTISTEBAN ALAN.

¹⁵⁸ Continúa el Tribunal prescribiendo que: “Ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, ha de contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (SSTC 122/1991, de 3 de junio, FJ 2, 5/1995, de 10 de enero, FJ 3, y 58/1997, de 18 de marzo, FJ 2).

Como señala el TC peruano: “El derecho a que las resoluciones judiciales sean razonadas garantiza que la decisión adoptada no sea fruto de la arbitrariedad, del voluntarismo judicial o acaso consecuencia de un proceso deductivo irracional, absurdo o manifiestamente irrazonable”¹⁵⁹ y que: “debe tenerse presente que en todo Estado Constitucional y Democrático de Derecho, la motivación debida de las decisiones de las entidades públicas - sean o no de carácter jurisdiccional- es un derecho fundamental que forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela procesal efectiva. El derecho a la motivación debida constituye una garantía fundamental en los supuestos en que con la decisión emitida se afecta de manera negativa la esfera o situación jurídica de las personas. Así, toda decisión que carezca de una motivación adecuada, suficiente y congruente, constituirá una decisión arbitraria y, en consecuencia, inconstitucional”¹⁶⁰.

A mayor abundancia sobre el tema, es de tener en cuenta también que la jurisprudencia en el derecho comparado, tanto constitucional y ordinaria, viene exigiendo un especial énfasis en la motivación y una mayor carga argumentativa en algunos casos puntuales; como cuando se afecta el valor y el bien superior del ordenamiento jurídico (la libertad), se limitan o restringen otros derechos, cuando se trata de desvirtuar la presunción de inocencia o el

En segundo lugar, la motivación debe estar fundada en Derecho, esto es, que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere "arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable" no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (SSTC 23/1987, de 23 de febrero, FJ 3, 112/1996, de 24 de junio, FJ 2, 119/1998, de 4 de junio, FJ 2).

¹⁵⁹ EXP. N.º 458-2001-HC/TC; CASO: LEONCIO SILVA QUISPE

¹⁶⁰ EXP. N.º 5156-2006-PA/TC; CASO: VICENTE RODOLFO WALDE JÁUREGUI; EXP. N.º 3881-2005-PA/TC; CASO: VÍCTOR LADRÓN DE GUEVARA DE LA CRUZ.

órgano judicial, administrativo o constitucional o se aparta de los precedentes¹⁶¹. Con razón, se considera que la exigencia de motivación reforzada aparece de manera especial en el caso de las sentencias penales.

La especial razonabilidad de la motivación exige que el caso deba ser analizado desde la perspectiva del derecho fundamental involucrado y no tanto del sentido de la ley ordinaria y su aplicación al caso concreto. Ello supone necesariamente efectuar una interpretación según la Constitución¹⁶².

Finalmente, como conclusión, recordemos que el Tribunal Constitucional peruano –a la par del español¹⁶³- ha señalado el deber de motivación reforzada en los siguientes temas: a) cuando se vean afectados derechos fundamentales v. gr. derecho de defensa, derecho al recurso; b) cuando se trata de desvirtuar la presunción de inocencia por la aplicación de las reglas de prueba indiciaria; c) cuando se pone en riesgo la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico; d) cuando el juez se aparta de sus precedentes; e) cuando se trata de recursos contra sentencias penales condenatorias.

¹⁶¹ Véase, CORDÓN MORENO, FAUSTINO; *Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal*; p. 180. En Italia: RIZ, ROLAND; *Lineamenti di Diritto Penale [PG]*; p. 396.

¹⁶² Cfr. BACIGALUPO, ENRIQUE; *Problemas Constitucionales de la Prescripción de la acción penal (Notas sobre la STC 63/2005)*; p. 4.

¹⁶³ Cfr. GARRIDO FALLA, FERNANDO; *Tratado de Derecho Administrativo [PG]*; Vol. I; p. 620.

CONCLUSIONES

1. Se ha verificado que un preocupante porcentaje (79%) de las disposiciones fiscales de formalización de la investigación preparatoria no cumplen con el estándar constitucional de debida y suficiente motivación de las resoluciones judiciales y/o disposiciones de formalización y continuación de la investigación preparatoria. Ello implica que los hechos no han sido descritos de la manera más circunstanciada posible: día, hora, lugar, modo, identificación individualizada de los bienes comprendidos en la investigación, descripción de lo incautado con indicación del lugar, modo de cómo fue encontrado, etc. e indicarse el tipo penal en el que se subsuma con indicación de la modalidad o agravante específica si hubiere.
2. Tampoco cumple con los elementos del Principio de Imputación Necesaria, al no señalarse—en tales disposiciones— cuál ha sido el aporte de cada uno de ellos, de qué modo han intervenido en los sucesos delictivos, de manera concreta y precisa, cuál es su calidad: autor, coautor, instigador, cómplice primario o secundario; no se precisa cuál o cuáles son los indicios que vinculan a tales autores y/o partícipes con los hechos que se les imputa, de forma individualizada y clara. Sobre todo en los casos de Omisión de asistencia familiar y en menor medida en el delito de Tenencia ilegal de armas tampoco se precisa la fecha y lugar del delito, lo que trae como consecuencia que no se ha hecho un análisis sobre si los hechos han prescrito o no.

3. Se ha verificado, entonces, que tales disposiciones de formalización y continuación de la investigación preparatoria, vulneran los principios/garantías del debido proceso, motivación de las resoluciones judiciales, el derecho a la defensa y a la prueba.

4. El incumplimiento del Principio de imputación necesaria puede producir la nulidad de actos procesales, por violación de derechos constitucionales, entendida como sanción por la cual se priva de sus efectos a un acto o conjunto de actos procedimentales incorporados al proceso, por carecer de regularidad en alguno de sus elementos estructurales en orden al patrón legal. Entre los derechos vulnerados el de defensa (art. 139 inc.4 Const.). Nulidad prevista art.150."a" NCPP.

5. La imputación necesaria como principio permite poner límite al ejercicio del poder punitivo en un Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

RECOMENDACIONES

Conforme a lo expuesto y el análisis de los resultados, consideramos que el problema radica no solo el conocimiento teórico del tema tratado, sino en la redacción y la forma mecánica como actúan muchos de nuestros magistrados, básicamente por el problema de la carga procesal, pues queda demostrado que en teoría son conscientes de los temas investigados, por lo que consideramos que podría crearse una audiencia para tratar exclusivamente de este tema, conforme expresamente existe en el Código Penal Militar Policial.

Así, en el tercer párrafo del artículo 360 del referido Código textualmente se señala: “El fiscal, al comunicar al juez militar policial de la investigación preparatoria la apertura de la investigación, adjuntará copia de la investigación. El juez convocará a audiencia oral y pública para comunicar al imputado sobre el inicio de la investigación, controlar la regularidad del proceso y asegurar la defensa del imputado.”

Incorporar en el Nuevo Código Procesal Penal una regla, creándose la Audiencia Preliminar de control de la imputación al momento que el Fiscal emite la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria, control a cargo del Juez de la investigación preparatoria, para evitar generar un proceso deficiente, cautelar el debido proceso, derecho de defensa y tutela judicial efectiva, y evitar la impunidad, hoy el

control recién se hace en la etapa intermedia frente al requerimiento acusatorio, lo cual resulta muy tardío, cuando se da por cerrada la etapa de investigación. Si el imputado acepta los cargos se le rebajará la pena en un tercio, será considerada como acusación, pasando el caso al juez de conocimiento con audiencia para individualizar la pena y emitir sentencia, siguiendo el modelo Colombiano art. 286 al 293.

Consideramos también que –al igual como ya se aprecia en lo normado por el artículo 424 del Código Procesal Civil o la recomendación de modelo de demanda para la Corte Interamericana de Derechos Humanos– sería conveniente establecer un Formato Guía para la redacción de la disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria –a modo de un check list¹⁶⁴- que nos permita minimizar los errores con la dación de las resoluciones comentadas. Proponemos la siguiente:

GUÍA PARA LA REDACCIÓN DE LA DISPOSICIÓN FISCAL DE FORMALIZACIÓN Y CONTINUACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

El presente documento tiene por objeto servir de guía o matriz para el dictado de la disposición fiscal de formalizar investigación preparatoria, el mismo que debe comprender (sin ser rigurosos en la secuencia):

¹⁶⁴ Técnica muy usada en la redacción moderna, así como para la aviación comercial, por ejemplo.

- I. La descripción adecuada de los hechos en la que debe precisarse el día, hora y lugar (si hablamos de un delito permanente o continuado deberá indicarse la fecha de inicio del mismo, su término o si todavía continúa), las circunstancias adicionales de cómo ocurrieron los hechos: modalidad empleada, flagrancia o no, naturaleza del documento, entre otros.

- II. Debe indicarse la identificación plena de los procesados, cuál es la participación o aporte de cada uno de los imputados (autor, coautor, instigación, complicidad, etc.) y cuáles son los elementos de prueba iniciales con que se cuenta, tanto para acreditar el delito como aquellos que vinculan a cada uno de los procesados.

- III. Precisar cuál es el tipo penal imputado, así como la agravante si fuera el caso, pero siempre deberá indicarse el tipo base.

- IV. Deberá indicarse si los hechos denunciados aún son justiciables, es decir, si han prescrito o no.

BIBLIOGRAFÍA

Textos

- Abad Yupanqui, Samuel y otros. *Código Procesal Constitucional*. Ed. Palestra. 2ª. Edición actualizada. Lima 2005.
- Angulo Arana, Pedro. *La función del fiscal*. Jurista Editores. 1ª. Edición. Lima, marzo 2007.
- Bernaldes Ballesteros, Enrique. *La Constitución de 1993 – Análisis comparado*. RAO Editora. 5ª. Edición. Lima 1999.
- Carpio Marcos, Edgar. *La interpretación de los derechos fundamentales*. Palestra Editores. 1ª. Edición. Lima, enero 2004.
- Carrio, Alejandro. *Garantías constitucionales en el proceso penal*. Ed. Hammurabi. 3ª. Edición, 1ª. Reimpresión 1997. Buenos Aires – Argentina.
- Castañeda Otsu, Susana y otros. *Introducción a los procesos constitucionales*. Jurista Editores. 1ª. Edición. Lima 2005.
- Castillo Alva, José Luis. *Principios de Derecho Penal – Parte General*. Ed. Gaceta Jurídica. 1ª. Reimpresión. Lima, abril 2004.
- Castillo Córdova, Luis. *Comentarios al Código Procesal Constitucional*. Universidad de Piura. ARA Editores. 1ª. Edición. Lima, octubre de 2004.
- Cordero, Franco. *Procedimiento Penal*. Ed. Temis. Bogotá 2000.
- De Asís Roig, Rafael. *Escritos sobre Derechos Humanos*. ARA Editores. 1ª. Edición. Lima 2005.
- Díaz Revorio, Francisco Javier. *La constitución abierta y su interpretación*. Palestra Editores. Lima 2004.
- Donayre Montesinos, Christian. *El hábeas corpus en el Código Procesal Constitucional*. Jurista Editores. 1ª. Edición. Lima, febrero 2005.
- Eguiguren Praeli, Francisco. *Estudios constitucionales*. ARA Editores. 1ª. Edición. Lima, mayo 2002.

- Fabián Novack y Sandra Namihás. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Academia de la Magistratura-GTZ. 1ª. Edición, Lima, noviembre 2004.
- Fernández Sessarego, Carlos Enrique. *Libertad, Constitución y Derechos Humanos*. Centro de Investigaciones Judiciales de la Corte Superior de Justicia de Ica. 1ª. Edición. Lima 2003.
- García Belaúnde, Domingo. *La Constitución y su dinámica*. Palestra Editores. 2ª. Edición. Lima 2006.
- Hernández Valle, Rubén. *Derechos fundamentales y Jurisdicción constitucional*. Jurista Editores. 1ª. Edición. Lima, marzo de 2006.
- Jaén Vallejo, Manuel. *Justicia penal contemporánea*. Ed. Portocarrero. 1ª. Edición. Lima, agosto de 2002.
- Landa, César. *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*. Palestra Editores. 1ª. Reimpresión. Lima, mayo 2004.
- Monroy Gálvez, Juan. *La función del Juez en el Derecho Contemporáneo*. Ed. San Marcos. 1ª. Edición. Lima 2004.
- Néstor Pedro Sagües -*Derecho Procesal Constitucional*- Hábeas Corpus. Ed. Astrea. Argentina - Buenos Aires 1988.
- Pizarro Guerrero, Miguel. *Jurisprudencia Constitucional del Hábeas Corpus*. Ed. Grijley. Lima, 2003.
- Quiroga León, Aníbal. *El debido proceso legal en el Perú y el sistema interamericano de protección de derechos humanos*. Jurista Editores. Lima 2000.
- Reyna Alfaro, Luis Miguel. *Jurisprudencia penal constitucional*. Jurista Editores. 1ª. Edición. Lima, mayo 2005.
- Reyna Alfaro, Luis Miguel. *El proceso penal aplicado*. Ed. Gaceta Jurídica. 1ª. Edición. Lima, 2006.
- Roxin, Claus, y otros. *Derecho Penal y Derecho Penal Procesal*. Ed. Ariel. 1ª. Edición. España, marzo de 1989.
- Schmidt Eberhard. *Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho Proceso Penal*. Ed. Argentina, Buenos Aires 1957.
- San Martín Castro, César. *Derecho Procesal Penal Tomo I*, 2ª. Edición, Ed. Grijley, Lima 2003.

- Tiedemann, Klaus. *Constitución y Derecho Penal*. Palestra Editores. 1ª. Edición, Lima 2003.
- Villavicencio Terreros, Felipe. *Derecho Penal – Parte General*. Ed. Grijley. Lima, 2006.
- Zavaleta Róger; Lujan, Manuel y Castillo Alva, José. *Razonamiento Judicial*. ARA Editores. 2ª. Edición. Lima 2006.

Revistas, artículos, material de estudios

- Castillo Alva, José Luis. *El derecho a contar con los medios adecuados para la preparación de la defensa*. Revista Actualidad Jurídica. Tomo 150. Lima, mayo 2006.
- Castillo Alva, José Luis. *El principio de imputación necesaria – Una primera aproximación*. En: Revista Actualidad Jurídica No.161. Ed. Gaceta Jurídica. Lima 2007.
- Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional. *Jurisprudencia y Doctrina Penal Constitucional*. Palestra Editores. Lima, mayo 2006.
- Cuadernos de Derecho Judicial – *Constitución y garantías penales*. Revista del Consejo General del Poder Judicial. Madrid – España 2004.
- Eguiguren Praeli, Francisco. *Nueva jurisprudencia nacional y los tratados de derechos humanos*. Revista Justicia Viva. Fondo Editorial PUCP – IDL. Lima, junio de 2003.
- Espinoza-Saavedra Barrera, Eloy. *El hábeas corpus contra resoluciones judiciales*. Revista Justicia Viva. PUCP. Lima junio 2003.
- Estudios de Derecho Judicial – *Las reformas procesales*. Revista del Consejo General del Poder Judicial. Madrid – España 2005.
- Guzmán Tapia, Juan. *La sentencia*. Material de estudio del curso de Introducción al Razonamiento Jurídico II Nivel. Academia de la Magistratura, Lima 2001

- Huerta Guerrero, Luis Alberto. *La jurisdicción constitucional en el Perú en el 2003*. Comisión Andina de Juristas. Lima, mayo 2004.
- Huerta Guerrero, Luis Alberto. *El debido proceso en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Comisión Andina de Juristas. Lima, octubre de 2003.
- Huerta Guerrero, Luis Alberto. *Libertad personal y hábeas corpus*. Comisión Andina de Juristas. Lima, noviembre de 2003.
- *Jurisprudencia – Derechos Fundamentales*. Suplemento de Diálogo con la Jurisprudencia. Ed. Gaceta Jurídica. Año 2. No. 21. Lima, marzo 2005.
- Palma Encalada, Leny. *El juez constitucional*. En: revista *Actualidad Jurídica – Gaceta Jurídica*, No.140, Lima 2005.
- Página web del Tribunal Constitucional: www.tc.gob.pe.
- Reátegui Sánchez, James. *¿Existe el derecho a obtener una resolución con imputación concreta? – Una aproximación a su problemática*. En: Revista *Actualidad Jurídica* No.154. Ed. Gaceta Jurídica. Lima 2007.
- Santa Cruz Cahuata, Julio. *Notas sobre Interpretación y Dogmática en la aplicación de la ley penal*. Revista 4 de la Academia de la Magistratura. Lima 2000.
- Sosa Sacio, Juan. *Notas sobre el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales*. En: revista *Actualidad Jurídica – Gaceta Jurídica*, Tomo 134, Lima 2005.
- Vásquez Vásquez, Marlio. *¿Cómo enfrentar el mandato de detención?* En: revista *Actualidad Jurídica* No.136. Ed. Gaceta Jurídica. Lima, marzo de 2005.