

# La constitucionalización del proceso penal: Principios y modelo del Código Procesal Penal 2004 (NCPP)<sup>1</sup>

Mario Pablo Rodríguez Hurtado

Profesor de Derecho Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

**SUMARIO:** I. El programa procesal penal de la Constitución. 1. Derecho Procesal Penal y Derecho Constitucional. 2. La opción democrática de la Constitución y el proceso penal. 3. Los Tratados Internacionales sobre derechos humanos y el Derecho Procesal Penal. 4. Las garantías procesales penales o escudos protectores del justiciable. 4.1. Preeminencia indiscutible de la norma constitucional. 4.2. Potestad jurisdiccional popular ejercida por el Poder Judicial. 4.3. Irretroactividad de la ley. 4.4. Debido proceso y tutela jurisdiccional. 4.5. Juicio previo y presunción de inocencia. 4.6. Garantías destinadas a evitar la manipulación del proceso. 4.7. Garantías que limitan la potestad estatal de buscar información probatoria. 4.8. Garantías que limitan el uso de la fuerza en el proceso penal. II. Sucesión y pugna de modelos procesales penales. 1. El modelo inquisitivo. 2. El modelo mixto. 3. El modelo acusatorio. III. Modelo y principios del NCPP. 1. La opción acusatoria, garantizadora y de tendencia adversativa. 2. El Título Preliminar. 3. Principios y problemas de implementación.

## I. El programa procesal penal de la Constitución

En este primer apartado se deja establecido que el proceso penal no es un atado informe de trámites o un anárquico deambular de secuencias, sino un mecanismo de resolución o redefinición de conflictos generados por los delitos, que se edifica para operar al servicio de la colectividad, las víctimas y los procesados.

El mecanismo procesal adopta una orientación, principios, modelo y vigas maestras estructurales, desde una perspectiva constitucional; es más, recoge éstos de la correspondiente Carta Política y de Derechos. Por esto es que el proceso penal de un Estado democrático no puede menos que adherirse a esa opción, contemporáneamente robustecida por la globalización de los derechos humanos y la vigencia de los Tratados Internacionales sobre la materia.

Reconociéndose que la fortuna del proceso penal depende del equilibrio que alcance entre los extremos en permanente tensión que atiende: la seguridad y eficacia ante el delito para reestablecer la paz y tranquilidad, por un lado, y las garantías o derechos fundamentales del inculcado, por el otro; es vital y trascendente destacar cada una de las garantías procesales penales o escudos protectores del justiciable que repudian la arbitrariedad y evitan que el drama procesal pierda su perfil democrático.

### 1. Derecho Procesal Penal y Derecho Constitucional

Frente a la pregunta qué es o cómo se define el proceso penal existen dos opciones o criterios para responder. La primera, tradicional y propia del estamento burocrático, es la que indica que el proceso consiste en una sucesión de etapas o actividades, esto es, trámites, cuyo conocimiento y manejo deriva de la práctica cotidiana,

encaminados a concretar las consecuencias de la norma penal sustantiva. La otra posición afirma, en cambio, que el proceso penal no se agota en la manifestación epidérmica de su secuencia y menos en un amasijo de trámites; sostiene, más bien, que es un mecanismo de resolución o redefinición de conflictos surgidos dentro del colectivo social por el acaecimiento de un hecho delictuoso, en tanto interesa a la víctima y a la sociedad se supere o por lo menos se reduzca el nivel de violencia u ofensa que subyace detrás de cualquier hecho punible, lesivo o riesgoso para bienes jurídicos de primera importancia<sup>2</sup>.

Desde la óptica de esta segunda posición, el proceso no puede organizarse de cualquier manera, ya que reaccionar contra el delito y asegurar los intereses, la tranquilidad y paz de los ciudadanos, siendo una obligación estatal que debe cumplirse eficazmente, no importa arrasar o desconocer los derechos fundamentales de los imputados, quienes pese a estar procesados no dejan de ser personas o carecen de dignidad.

Según se aprecia, el proceso penal debe atender asuntos de trascendente envergadura, recogidos no sólo en leyes o normas ordinarias, sino pautados en la Constitución. Así se tiene que el artículo 44 de la Carta Política estipula que es deber primordial del Estado garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, proteger a la población de las amenazas contra su seguridad y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y el desarrollo. Nadie negará que el delito encuadra perfectamente en esas amenazas a la seguridad y que, por ello, el Estado tiene que estructurar y poner en marcha un mecanismo que lo afronte, sin que esa preocupación por la seguridad autorice dejar de lado los derechos fundamentales también del justiciable inculcado, según las previsiones del amplio artículo 2 de la suprema ley.

<sup>1</sup>Sobre la base de un artículo elaborado para el Curso de Formación Especializada: Implementación del Código Procesal Penal, de la Academia de la Magistratura.

<sup>2</sup>BINDER, ALBERTO. *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2002, p. 29.

La organización del proceso penal, entonces, exige un cuidadoso equilibrio entre dos extremos en permanente tensión: la obligación y potestad del Estado de perseguir el delito y sancionar a sus autores, por un lado, y el respeto de los derechos y garantías de los justiciables, por el otro. Si se rompiera este equilibrio se arruinarían los elevados objetivos del proceso penal. Preferir o sobredimensionar la persecución y la punición, bajo argumentos de eficacia a ultranza, conduciría a la arbitrariedad; extremar las garantías, hasta desnaturalizarlas, dejaría inane al sistema.

Como en todo proceso penal se ventilan asuntos de mucha importancia: paz, tranquilidad, seguridad y derechos fundamentales, esencialmente libertad personal. Las normas jurídicas que lo regulan no pueden edificarse de espaldas a la Constitución, la misma que cuenta con un programa procesal penal, que establece la orientación o el espíritu, modelo y las vigas maestras del mecanismo estatal de resolución de conflictos con relevancia jurídico penal.

Un atento recorrido de la Constitución confirma suficientemente lo dicho acerca de este programa procesal penal, que proyecta un cierto tipo de proceso y no cualquier suma amorfa de etapas y trámites. Veamos: Como ya se adelantó, al Estado le compete perseguir y sancionar el delito, para lo cual se sirve del proceso penal (artículo 44). Este mecanismo, al que son sometidos los imputados no puede dejar de reconocerles derechos y garantías como las que puntualmente se recogen en los artículos 2 y 139 de la ley fundamental. Asimismo, para que el proceso sea justo y transparente, para que las decisiones que emanan de él no respondan a intereses subalternos o coyunturales, la Constitución estipula que la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial independiente (artículos 138 y 139.2); en tanto encarga la persecución del delito, en lo que hace a su investigación, acusación y prueba de la misma o acreditación de la pretensión punitiva estatal, a un órgano civil autónomo, el Ministerio Público (artículo 159), apoyado por la Policía Nacional, como brazo operativo (artículo 166); sin olvidar el reconocimiento del derecho de defensa, habilitado para descargar y desvirtuar las incriminaciones fiscales (139.14). Es más, la Constitución, destacando la trascendencia que para el proceso penal tiene la actividad probatoria, estatuye como requisito primordial su legitimidad, de modo que para la Carta Política carecen de validez las pruebas que se obtengan con violación de derechos fundamentales, según se colige del artículo 2.10, 24.h. referidos a las ofensas contra el secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados y a la tortura u otros tratos inhumanos o humillantes. En lo que atañe al empleo de la fuerza o coerción durante el proceso, la suprema ley aporta los parámetros esenciales que regulan su aplicación al

instituir los criterios de razonabilidad y proporcionalidad previstos en el artículo 200. Según se ve, los insumos indispensables para la construcción de un apropiado proceso penal, en cuanto toca a su modelo, principios, objetivos, funciones y sujetos procesales básicos y legitimidad de la actividad probatoria y cautelar ya vienen dados por la Constitución, correspondiendo a los textos rituarios ordinarios, como el NCPP, su meticoloso y consecuente desarrollo.

Llevaba infinita razón, consiguientemente, el viejo jurista alemán Jürgen Baumann, cuando confirmaba el aserto de su colega Henkel, en el sentido que el derecho procesal penal es derecho constitucional aplicado.<sup>3</sup>

Para no referirnos sólo a la doctrina alemana, es del caso anotar que nuestro país ha tenido ocasión de confirmar dolorosamente el enorme perjuicio infligido al servicio de justicia penal y, desde luego, a los imputados y víctimas, por el alejamiento e infracción de las cláusulas constitucionales, perpetrado en la pasada década, como bien hacen notar las sentencias del Tribunal Constitucional, emitidas a propósito de la acciones interpuestas por el Defensor del Pueblo contra el paquete normativo de "seguridad nacional" (Expediente N° 0005-2001-AI/TC, 15 de noviembre de 2001), uno de cuyos componentes fue el D. Leg. 897: "Procedimiento especial para delitos agravados"; y por el ciudadano Marcelino Tineo Sulca y otros, contra el DL. 25659: "Traición a la Patria" en modalidad terrorista (Expediente N° 010-2002-AI/TC, 3 de enero de 2003)<sup>4</sup>.

Esas infracciones constitucionales motivaron, en su momento que centenares de sentencias y procedimientos se anulen y se vuelva a procesar a los imputados, extendiendo causas que aún, pese al tiempo transcurrido y al esfuerzo de los jueces ordinarios, no han concluido.

La relación entre el Derecho Procesal Penal y el derecho constitucional no es, pues, una cuestión meramente académica, una entelequia dogmática, sino un imperativo para el servicio de justicia y sus operadores.

## 2. La opción democrática de la Constitución y el proceso penal

El hecho que el proceso penal reciba sus notas esenciales de la Constitución no es producto del azar o de una errática decisión del legislador, sino consecuencia inevitable de la opción del constituyente por un régimen estatal republicano, democrático y de Derecho.

Por esto es que tanto se repite que el tipo de proceso penal con el que cuenta un país refleja el grado de desarrollo o no de su democracia y de respeto o

<sup>3</sup>BAUMANN, Jürgen. *Derecho Procesal Penal. Conceptos fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de casos*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1989, p. 29.

<sup>4</sup>Estos pronunciamientos recibieron el positivo influjo de *sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, entre las cuales destacan las emitidas, el 17 de setiembre de 1997, en los casos: Loayza Tamayo, 3 de noviembre del mismo año, Castillo Páez, y 30 de mayo de 1999, Castillo Petrucci.

violación de las libertades civiles<sup>5</sup>.

Un Estado que reconoce en su Constitución, en virtud del principio republicano, que los asuntos fundamentales que afectan el destino del país son de interés de todos los ciudadanos, que, en razón del principio democrático, reclama la activa y plural participación de los mismos, y que tanto gobernantes como gobernados se encuentran sometidos por igual ante la ley y el Derecho, en obsequio del principio de igualdad (artículos 43, 2.2.17, 31, 45), no puede menos que adelantar una política también con estas cualidades en el campo de la resolución de los conflictos suscitados por la ocurrencia de los delitos.

Ninguno de los principios reseñados es de reciente factura, pues ya los encontramos recogidos en la Constitución de 1979 (artículos 79, 2.2.16, 64, 81) lo que invita a preguntarse si en materia procesal penal se ha efectivizado la adecuación que reclaman estos imperativos. Uno de ellos, por ejemplo, el de la separación de poderes, la existencia de contrapesos y controles mutuos para evitar la arbitrariedad y el abuso, se refleja en lo procesal penal en la determinación diferenciada de las funciones procesales básicas: persecución, defensa, enjuiciamiento y fallo, y en la asignación de cada una de ellas al correspondiente sujeto procesal: Ministerio Público, imputado-defensor técnico y Juez, como estatuyen, respectivamente, los artículos IV y 60, IX, 71 y 80, y V y 16 del NCPP.

Ocurre, sin embargo, que esta adecuación normativa tuvo que esperar 12 largos años, luego de 1979, apareciendo por primera vez de modo nítido en el CPP de 1991 (artículos V y 58 Ministerio Público-, VIII, 68 y 76 imputado, defensor técnico-, y I y 55 órgano jurisdiccional-), aunque sin traspasar la barrera de la *vacatio legis* hacia la vigencia plena.

A contramano de lo esperado, aún hoy la justicia penal peruana se sigue prestando bajo el rigor de normas que no son compatibles con los requerimientos constitucionales, al punto que la aplastante mayoría de causas recorre la vía procesal sumaria (D. Leg. N° 124 y leyes 26689 y 27507), enemiga del juicio público y oral y apañadora de la fusión inaceptable, por afectar la imparcialidad objetiva, de las funciones de persecución, sobre todo la investigación del delito, con las de fallo, como si al Juez que le correspondió pesquisar pudiese encargársele la tarea de calificar, mediante sentencia, su propio trabajo y el del Ministerio Público acusador, dejando al imputado y a la defensa en evidente desigualdad e inferioridad de condiciones. Así es como el proceso sumario niega los axiomas democráticos que indican que quien investiga no puede ser el mismo que falle y que todo acusado tiene derecho a que su situación se resuelva mediante un juicio previo, público y oral.

Este nexo raigal existente entre el Estado de Derecho y la democracia con el proceso penal no está siempre debidamente asegurado, ni debe ser sobrentendido, reclama, en cambio celo, cuidado y operatividad constantes, pues bastaría que una administración gubernativa tenga el suficiente poder para alterar la reglas de juego constitucional básicas o poner en marcha la aplicación de leyes autoritarias para que la maquinaria procesal penal se ensombrezca. A guisa de ejemplo negativo de la manera como hasta encumbrados juristas sucumbieron frente a corrientes antidemocráticas, citamos las palabras del conocido profesor alemán Edmundo Mezger, quien hacia 1933, no tuvo el menor empacho en sostener que:

“El nuevo Estado totalitario se eleva apoyándose en los principios básicos de pueblo y raza. También el Derecho punitivo habrá de ser afectado de modo profundo por esta transformación (...) Para el nuevo derecho penal serán esenciales dos puntos de partida, pero no el sentido de una transacción, como hasta ahora, sino como síntesis más alta, a saber: el pensamiento de la responsabilidad del individuo ante su pueblo y el de la regeneración racial del pueblo como un todo (...) El Estado totalitario exige de sus súbditos una conducta de firmeza frente a las múltiples tentaciones y estímulos exteriores de índole criminal. Exige tal conducta, ante todo, en circunstancias “normales”, pero también en situaciones extraordinarias”<sup>6</sup>.

No existe gran misterio, ni complejidad, entonces, tras la afirmación que concluye que mientras un régimen democrático pauta un proceso penal de igual categoría, un régimen autoritario, dictatorial se premune de un proceso penal abusivo, generalmente sustentado en el encarcelamiento generalizado.

### 3. Los Tratados Internacionales sobre derechos humanos y el Derecho Procesal Penal

Ahora bien, interesa precisar que los aires renovadores traídos al proceso penal por la Constitución de 1979 tuvieron su origen en importantes tratados internacionales, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, aprobada por Resolución Legislativa N° 13282, de 9 de diciembre de 1959, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966, aprobado por Decreto Ley N° 22128, de 28 de marzo de 1978, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 22 de noviembre de 1969, aprobada por Decreto Ley N° 22231, de 11 de julio de 1978. Para que no cupiera la menor duda sobre la adhesión a estos dos últimos textos la Asamblea Constituyente, en la decimosexta Disposición General y Transitoria de la Carta Política de 1979, estipuló que aquellos se ratificaban constitucio-

<sup>5</sup>GO. DSCH-VI DT, James. *Principios generales del proceso*, II. EJE A, Buenos Aires, 1961, p.p. 109-110. PICÓ I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, página 11.

<sup>6</sup>MEZGER, Edmundo. *Criminología*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1942, p.p. 3, 244 y 245

nalmente, así como, también, el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas y los artículos 45 y 62 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, referidos a la competencia de su Comisión y Corte. Es más, el artículo 105 de la ley fundamental normó que:

“Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución”

La impronta de estos tratados es inocultable, reluce evidente, por lo menos en el aspecto normativo, debido a que todos ellos contienen previsiones de naturaleza procesal penal.

La Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce, entre éstos, el derecho de la persona a la libertad y a la seguridad, a un recurso efectivo ante los tribunales que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial para el examen de cualquier acusación penal que se le ateste, a la presunción de inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a ley y en juicio público con todas las garantías para su defensa, y a la favorabilidad punitiva o sancionadora; asimismo, proscribela desigualdad y discriminación, las torturas, penas u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes y las detenciones arbitrarias, las condenas por hechos no previstos en la ley como delitos y las injerencias arbitrarias en su vida privada y familiar, su domicilio o correspondencia (Véanse los artículos 1, 2.2, 3, 5, 7, 8, 9, 10, 11 y 12).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, recogiendo y desarrollando la tradición forjada por la Declaración Universal, acuña varias previsiones de enorme interés como la interdicción de la tortura y otros tratos semejantes (Artículo 7), el derecho a la libertad y seguridad personales, antípoda de la detención arbitraria o privación de libertad fuera de los casos previstos por la ley y los procedimientos establecidos por ésta, el derecho a conocer las razones de la detención y la acusación formulada, a ser conducido ante un Juez y ser juzgado en tiempo razonable o ser excarcelado, al recurso ante un Tribunal para que decida sobre la legalidad de la prisión y ordene la libertad si aquella fuera ilegal; asimismo, la consideración que la prisión preventiva de los procesados no debe ser la regla sino una excepción, y el derecho a ser reparado en caso de haber sufrido detención ilegal (Artículo 9). Contempla, además, el trato humano y digno a los privados de libertad, la separación entre procesados y condenados y la existencia de un régimen penitenciario orientado hacia la reforma y readaptación social de los internos (Artículo 10); también prevé la igualdad procesal, el derecho a ser escuchado públicamente y con todas las garantías por un tribunal competente, independiente,

imparcial y predeterminado por la ley, en la substanciación de cualquier acusación penal, a la presunción de inocencia mientras no se pruebe la culpabilidad del imputado, a la información sobre la naturaleza y causas de la acusación, a ser juzgado sin dilaciones indebidas, a hallarse en el proceso y defenderse materialmente y ser asistido por un defensor técnico de su elección o de oficio, gratuitamente, a interrogar y hacer interrogar a los testigos de cargo y hacer concurrir a los de descargo, a contar con un intérprete cuando fuera necesario, a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable, a la impugnación de los fallos condenatorios, a la revisión de éstos y a la indemnización por los errores judiciales que los solventaron y a la cosa juzgada (Artículo 14), a la vigencia del principio de legalidad de los delitos y penas (Artículo 15), y a no ser objeto de ingerencias ilegales en la vida privada, familiar, su domicilio o correspondencia (Artículo 17).

La Convención Americana de Derechos Humanos, de un modo más sistemático, insiste en que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad, que nadie debe ser objeto de tortura, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, que la persona privada de libertad debe ser tratada con el respeto a la dignidad inherente al ser humano, que los procesados deben estar separados de los condenados (artículo 5: Derecho a la integridad personal), que a toda persona le asiste el derecho a la libertad y seguridad, en consecuencia, nadie puede ser privado de su libertad física sino en las condiciones fijadas por las Constituciones o las leyes que de éstas deriven, que están proscritos los encarcelamientos arbitrarios, que los detenidos deben ser informados de las razones de su detención y notificados del cargo que pesa en su contra, que deben ser llevados sin demora ante un juez y que les alcanza el derecho de ser juzgados dentro de un plazo razonable o a ser puestos en libertad, que, además tienen derecho a recurrir ante un Juez para que decida sobre la legalidad de la detención y ordene su libertad si el arresto fuera ilegal (Artículo 7: Derecho a la libertad personal), que la persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez competente, independiente e imparcial, predeterminado por ley, en la sustanciación de cualquier acusación contra ella, a la presunción de inocencia mientras no se determine su culpabilidad, a un proceso regido por la igualdad y ciertas garantías mínimas como el derecho de ser asistido gratuitamente, cuando corresponda, por traductor o intérprete, la comunicación de la acusación planteada, de la concesión del tiempo y medios adecuados para la preparación de su defensa, el derecho de defensa material y técnica de elección o en su defecto de defensa de oficio, derecho a interrogar a los testigos presentes y de obtener la comparecencia de los testigos y peritos que puedan elucidar los hechos, a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, a que la confesión sólo sea válida si es hecha sin coacción, al recurso o impugnación, al *ne bis in idem* en caso de sentencia absolutoria, a la publicidad del

proceso penal (Artículo 8: Garantías judiciales), al principio de legalidad de los delitos y las penas, a la retroactividad penal benigna (Artículo 9: Principio de legalidad y de retroactividad), a la indemnización en caso de condena firme por error judicial (Artículo 10: Derecho de indemnización), y a no ser objeto de ingerencias abusivas en su vida privada o familiar, domicilio o correspondencia (Artículo 11: Protección de la honra y la dignidad).

Efectuada esta puntual reseña de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y destacada su profunda huella en la elaboración de la Constitución de 1979, no extraña que se afirme que recién luego de esa Carta se abrieran las posibilidades de construir un proceso penal auténticamente democrático, ajeno a las estipulaciones del caduco Código de Procedimientos Penales (C. de PP), promulgado en 1939, vigente hasta hoy, luego de mil remiendos, a partir de 1940.

El C. de PP. no podía menos que traer un modelo mixto, con predominio de las notas inquisitivas, como la sobredimensionada etapa de instrucción en perjuicio de un debilitado juzgamiento. Este código, incapaz de comprender que el proceso penal no es una suma de procedimientos o secuencias, reprodujo las orientaciones y estilos de trabajo propios de la escrituración, haciendo del expediente su paradigma, corrosivo de la publicidad y oralidad.

No debemos dejar de apuntar que los defectos del C. de PP. fueron propios de su época, que se elaboró cuando en la escena mundial las políticas totalitarias de Hitler, Mussolini e Hiroito tenían mucha aceptación y partidarios, que la humanidad tuvo que aprender trágicamente, durante la Segunda Guerra Mundial, la importancia de preservar la democracia y el Estado de Derecho y que sólo luego de esa prueba de fuego fue posible emprender el camino de la globalización de los derechos humanos y su correlato, la constitucionalización del proceso penal.

El fenómeno de la globalización de los derechos humanos, iniciado hace más de 50 años, ha conocido de avances y retrocesos pero en términos generales puede decirse que constituye, aún hoy, la tendencia con la que simpatizan los miles de millones de personas comunes y corrientes que buscan se respete su dignidad y libertad. Una connotada muestra de esta tendencia es el establecimiento de la Corte Penal Internacional, según decisión aprobatoria de su estatuto, el 17 de julio de 1998, por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas, en Roma, heredera de los Tribunales de Nuremberg (1945), Tokio (1946), Rwanda (1994) y ex Yugoslavia (1993)<sup>7</sup>. La trascendencia de un colegiado universal para perseguir y castigar crímenes muy graves, entre ellos, los de lesa humanidad, alcanza tal dimensión que el NCPP destina toda la Sección VII de

su Libro Séptimo (La Cooperación Judicial Internacional), a la cooperación con la Corte Penal Internacional (artículos 554-566), vigente desde el 1 de febrero del 2006, en razón de la Primera Disposición Final, numeral 4, modificada por las Leyes 28460 (11 de enero de 2005) y 28671 (31 de enero de 2006).

No obstante el preclaro fenómeno de mundialización de los derechos humanos y constitucionalización del proceso penal, en nuestro país, debemos reconocer, que la consecuencia de aplicación práctica de sus derivaciones normativas es retrasada y deficiente. Lo primero, porque transcurridos desde 1979 veintisiete años, aún seguimos atezados por el modelo mixto del 40 y su acompañante más nocivo el procedimiento sumario, sin que finalmente entre en pleno y total vigor el modelo acusatorio; y lo segundo, porque vivimos un estado de incertidumbre o promiscuidad normativa procesal penal, servida por la concurrencia de normas de orientación antagónica e incompatibles como son el C. de PP., las disposiciones procesales especiales, por ejemplo las leyes 28122, que regula la conclusión anticipada de la instrucción en procesos por ciertos hechos punibles, y 27934, que pauta la intervención de la Policía y el Ministerio Público durante la investigación preliminar del delito; 22 artículos vigentes del CPP de 1991 como el 2 (principio de oportunidad y acuerdos reparatorios), 135 a 138 (mandato de detención y demás implicancias), 143 a 145 (comparecencia y otras derivaciones), 182 a 188 (libertad provisional) y 239 a 245 (diligencias especiales); y, también, algunos dispositivos del NCPP: artículos 29 a 31 sobre transferencia de competencia, 468 a 471 acerca del proceso especial de terminación anticipada y el Libro Séptimo que se ocupa de la cooperación judicial internacional y sus disposiciones modificatorias.

Las amenazas contra la tendencia pro derechos humanos y el proceso penal democrático tampoco están ausentes y no son pocas y bien pueden detectarse en lo que se ha dado en denominar "derecho penal del enemigo" que describe al comentar críticamente las tesis de su propulsores, el profesor español Luis Gracia Martín:

"Diferentes de los ciudadanos que han cometido un hecho delictivo son los enemigos. Estos son individuos que en su actitud... vida económica o mediante su incorporación a una organización, se han apartado del Derecho... de un modo duradero... y que por ello, no garantizan la mínima seguridad cognitiva de un comportamiento personal y demuestran este déficit por medio de su comportamiento (...) Las actividades... de tales individuos no tienen lugar en el ámbito de relaciones sociales reconocidas como legítimas, sino (...) expresión de la vinculación de tales individuos a una organización estructurada que opera al margen del Derecho (...) dedicada a actividades inequívocamente "delictivas" (...)

<sup>7</sup> Véase la Resolución Legislativa N° 27517, de 16 de setiembre de 2001, que aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, y el DS. N° 079-2001-RE, de 9 de octubre de 2001, que ratifica el mismo.

(...) Las actividades de tales individuos se concretan generalmente en la comisión de hechos delictivos contra bienes jurídicos protegidos por el Derecho penal... pero no son estos hechos los que constituyen la base... del Derecho penal del enemigo, pues... los mismos en nada difieren de los realizados incidentalmente por los ciudadanos vinculados a y por el Derecho. Los datos... que sirven de base a las regulaciones específicas del Derecho penal del enemigo son la habitualidad y la profesionalidad de sus actividades (...) su pertenencia a organizaciones enfrentadas al Derecho y el ejercicio de su actividad al servicio de tales organizaciones (...)

(...) Los enemigos son individuos que se caracterizan... por que rechazan por principio la legitimidad del ordenamiento jurídico y persiguen la destrucción de ese orden (...) a consecuencia de ello, por su especial peligrosidad para el orden jurídico (y por que) no ofrecen garantías de la mínima seguridad cognitiva de un comportamiento personal, su (conducta) ya no es calculable conforme a las expectativas normativas vigentes en la sociedad (...)

(...) Este llamado Derecho penal del enemigo sería uno que se apartaría de los fines ordinarios del Derecho penal (...) de la prevención... Se trataría más bien de una legislación de lucha o de guerra contra el enemigo cuyo único fin sería su exclusión e inocuización”<sup>8</sup>.

Esta larga cita ha sido necesaria para percatarnos que en la actualidad en el ámbito penal y procesal penal existen voces muy insistentes, que reivindican la urgencia de efectivizar a cualquier precio la represión punitiva, aun cuando ello signifique relajar y hasta desaparecer las garantías del debido proceso, como ocurre cuando se encierra indefinidamente a centenares de personas por simples sospechas, o sin cargos y sin derecho a que un Juez independiente e imparcial decida su situación, todo bajo el falso argumento que sólo así es posible ganar la cruzada o “guerra” contra la criminalidad organizada, promovida por “enemigos” que han perdido la condición de personas y ciudadanos.

Algo de esto, la reducción, y no pocas veces la supresión, de los derechos fundamentales del justiciable y la colocación de obstáculos para que acceda a la protección de organismos supranacionales encargados de salvaguardar, entre otros, el proceso justo y legal, pudo ser experimentado en el Perú con ocasión de la Resolución Legislativa N° 27152, de 8 de julio de 1999, que, por razones e intereses coyunturales y subalternos, aprobó el retiro de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; determinación que fuera respondida mediante comunicado de este organismo, el 27 de septiembre del mismo año, en el sentido que es “inadmisible la pretensión del Estado peruano de retirar con efectos

inmediatos la (declaración de reconocimiento de la) competencia obligatoria de la Corte”, como quedara establecido en sus sentencias sobre competencia, emitidas en los casos “Ivcher” y “Tribunal Constitucional”, de fecha 24 del mismo mes y año.

Frente a un panorama como el descrito, lo correcto es resguardar la orientación, el modelo y las vigas maestras que en materia procesal penal contienen los Tratados Internacionales y la Constitución de 1979. Preferimos mencionar específicamente esta Carta Política y no la hoy vigente, no obstante que su Cuarta Disposición Final y Transitoria anota que las normas referidas a los derechos y libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú, en razón de las sólidas objeciones que se hacen a la nacida en 1993, luego del pronunciamiento cívico-castrense de 5 de abril de 1992<sup>9</sup>, y por la actividad del llamado Congreso Constituyente Democrático<sup>10</sup>, sin dejar de advertir que en la materia que nos interesa las grandes pautas de 1979 se mantuvieron, aunque fuera sólo en la letra, en 1993. Sobre la vigente ley fundamental, su azarosa vida y vigencia son extremadamente instructivas las sentencias del Tribunal Constitucional, emitidas en las acciones de inconstitucionalidad planteadas por el Colegio de Abogados del Cusco contra la Ley 27600 (retiro de firma de ex presidente y reforma de la Constitución) y el Dr. Borea Odría y otros contra el “documento promulgado el 29 de diciembre de 1993 con el título de Constitución Política del Perú de 1993”, expedientes 0014-2002-AI/TC y 0014-2003-AI/TC, respectivamente.

Sin que se pueda asegurar que en adelante no se presentarán más situaciones adversas al reconocimiento de los derechos fundamentales, incluidas las garantías procesales penales, es bueno recordar con satisfacción que la Resolución Legislativa N° 27401, de 18 de enero de 2001, reestableció a plenitud para el Estado peruano la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y que la Ley 27775, de 5 de julio de 2002, estableció el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por Tribunales Supranacionales.

#### 4. Las garantías procesales o escudos protectores del justiciable

El proceso penal ideal es aquel que encuentra el punto de equilibrio entre la eficacia al servicio de la seguridad y los reclamos de paz y tranquilidad de la sociedad y de las víctimas frente al delito, y el respeto a los derechos fundamentales del imputado.

<sup>8</sup> GRACIA MARTÍN, Luis. Consideraciones sobre el actualmente denominado “Derecho penal del enemigo”. En: Revista Peruana de Ciencias Penales, N° 16, demsa, Lima, 2005, p.p. 376 a 379.

<sup>9</sup> DL. N° 25418 “Ley de bases del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional”, en especial los artículos “4.- Disuélvase el Congreso de la República hasta la aprobación de una nueva estructura del Poder Legislativo (...) 5.- El Presidente de la República, con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros (...) ejercerá las funciones que corresponden al Poder Legislativo... (y) 8.- Déjese en suspenso los artículos de la Constitución Política y las normas legales que se opongan al presente Decreto Ley.”

<sup>10</sup> DL. N° 25557. Convoca elecciones para representantes al Congreso Constituyente Democrático a realizarse el 22 de noviembre de 1992.

Todo proceso, incluido el penal, alcanzará la condición de mecanismo de resolución de conflictos con relevancia jurídica, sólo en la medida que de modo sistemático proporcione el escenario para un adecuado debate entre los titulares de las pretensiones enfrentadas y para que el tercero imparcial, que valora la actividad probatoria de aquellos, emita un fallo justo.

Desde esta perspectiva, la maquinaria procesal penal no puede construirse omitiendo reconocer las potestades, los derechos y las obligaciones de los sujetos procesales que participan en ella, porque tal actitud conspiraría contra los mismos fines del proceso, esto es, elucidar la verdad concreta y determinar y realizar o no la pretensión punitiva estatal, mediante una condena o a través de una absolución.

En materia procesal penal, debido a que en ella se airean cuestiones referidas a la potestad de perseguir y sancionar delitos y a las consiguientes ingerencias y restricciones del derecho fundamental a la libertad, es donde se impone no caer en el respaldo unilateral solo a los aparatos de persecución e investigación del Estado, como el Ministerio Público y la Policía Nacional, sino robustecer los escudos protectores del justiciable contra la arbitrariedad y confirmar el imperativo de la imparcialidad judicial; ésta y no otra es la vital función que deben cumplir las denominadas garantías procesales.

Aunque la academia clasifica de diversa manera las garantías procesales y sostiene, por ejemplo, que son genéricas si guían todo el desenvolvimiento de la actividad procesal, o específicas si se refieren a aspectos concretos del procedimiento, a la estructura o actuación de los órganos penales<sup>11</sup>; o les asigna el nombre de principios relacionados con la organización del sistema de enjuiciamiento o con la iniciación del procedimiento, la prueba y la forma de aquél<sup>12</sup>; o, por último, las entiende orgánicas cuando atañen a la formación del juez y estrictamente procesales si tienen que ver con la formación del juicio<sup>13</sup>, lo cierto es que todas bien pueden y deben ser reconducidas hacia el gran objetivo de proteger al inculcado, quien sólo podrá ser vencido legítimamente si en el proceso no se ha desconocido su dignidad y los derechos que de ella emanan. Ha de quedar perfectamente claro que las garantías procesales no se estipulan para satisfacer los requerimientos oficiales del Estado, de sus aparatos fiscales, policiales y judiciales, sino para que los destinatarios del servicio de justicia penal, la comunidad, los agraviados y procesados sean apropiadamente resguardados y satisfechos.

Todo proceso, también el penal, enfocado a resolver

conflictos con relevancia jurídica, incorpora inexcusables garantías que toma directamente de la ley suprema como son la preeminencia indiscutible de las normas constitucionales, la potestad jurisdiccional popular ejercida por el Poder Judicial, independiente e imparcial, la irretroactividad de la ley, el debido proceso y la tutela jurisdiccional (artículos 51, 138 y 139 de la Constitución).

Sin dejar de atender tan señaladas garantías, cuando enfocamos la mirada en el proceso penal destacan dos más, el juicio previo y la presunción de inocencia, seguidas de varias otras que, para tenerlas en cuenta permanentemente y no condenarlas a la condición de letra muerta, archivada en el desván de los operadores, el maestro Binder ha planteado con acierto agruparlas en tres niveles por estricta razón práctica: uno, que recoge todas las garantías destinadas a impedir la manipulación del proceso penal; dos, que integra las que limitan la potestad del Estado de buscar información probatoria; y tres, que asocia las que buscan limitar el empleo de la fuerza en el proceso<sup>14</sup>.

#### 4.1. Preeminencia indiscutible de la norma constitucional

Si la Constitución es entendida como la suprema manifestación normativa del consenso y acuerdo fundacional y político de los ciudadanos asociados, entonces deviene ineludible reconocer que todas las normas ordinarias que regulan las actividades de aquellos, incluida el área de resolución de conflictos jurídico-penales, deben exhibir compatibilidad constitucional, bajo pena de ser expulsadas del ordenamiento jurídico a través del control concentrado del Tribunal Constitucional o difuso judicial (artículos 51, 138. 2do párrafo, 200.4, 201, 202.1 y 204).

Este reclamo de coherencia normativa no es un simple guiño sistemático sino la forma más explícita de sopesar e interpretar una ley o disposición en conflicto con los derechos fundamentales constitucionales, por ejemplo, el de defensa. Tal sería el caso del artículo 73 del C. de PP. que al ocuparse de la reserva de la instrucción o investigación no hace clara diferencia entre precisamente reserva, esto es, conocimiento habilitado sólo para los que tienen la calidad de sujetos procesales, y secreto del sumario o imposibilidad de conocimiento por las partes de ciertas actuaciones, lo cual ha dado pábulo a que ganen carta de ciudadanía ciertas posiciones como aquellas que sostienen que el inculcado o su defensor no pueden conocer el expediente sino hasta luego de la rendición de instructiva, o que el secreto se puede imponer a todo lo actuado, incluida la denuncia y hasta el auto de

<sup>11</sup>SAN VARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal Volumen I. Cuestiones generales del Derecho procesal Penal. Jurisdicción y competencia penal. Las partes procesales. Acción y objeto procesal. Estructura del proceso penal. Segunda Edición actualizada y aumentada*, Grijley, Lima, 2003, páginas 81 y 82.

<sup>12</sup>LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2004, páginas 319-353.

<sup>13</sup>FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta, Vaciad, 1998, página 539.

<sup>14</sup>BINDER, Alberto. *Ob.cit.* páginas 115-205.

apertura de instrucción, lo que es un despropósito aflictivo del derecho a conocer la imputación y sus fundamentos, imprescindible para organizar la resistencia y cuestionamiento de la persecución penal.

#### 4.2. Potestad jurisdiccional popular ejercida por el Poder Judicial

Aunque resulte formalmente paradójico decirlo la justicia no le pertenece a los jueces que la arbitran, sino al pueblo, auténtica fuente originaria y colectivo social interesado en que los conflictos generados por el delito no acarreen como respuesta más violencia, propia de la acción directa o justicia por propia mano, sino una solución o redefinición eficaz del conflicto que reestablezca la paz y tranquilidad comunes y los derechos de la víctima.

Desde esta óptica los jueces y demás operadores de la justicia penal no son válidos del mandón o gobernante de turno, como se estilaba admitirlo durante la Colonia y los difíciles primeros años de nuestra convulsionada República, sino auténticos servidores del pueblo cuya fuerza viene de él para controlar los excesos de los demás poderes públicos y preferir las libertades del ciudadano (artículos 138. Primer párrafo, 1 y 2 de la Constitución). Los jueces tendrían que constituirse el último valladar de defensa de la democracia frente a la arbitrariedad oficial y también de los interesados juicios paralelos o mediáticos que tienen en la prensa un grupo de presión autoproclamado perseguidor, decisor y hasta verdugo.

Esta potestad popular en el proceso penal no puede dejar de manifestarse, pues la justicia no sólo interesa al pueblo sino que debe caer bajo su estricto control. A la sociedad le es consustancial conocer qué hacen sus jueces y cómo actúan, cuán eficaces y justos son. La mejor forma de conseguir que este mandato constitucional se concrete es generalizando y preservando la publicidad de los juicios penales, pues no existe nada más antidemocrático que sofocar las causas en un ambiente de sombras favorecido por el secreto y la escritura, tan amigas del modelo inquisitivo. Sin juicio público, sostenido por su fundamental herramienta, la oralidad, no existe auténtico proceso, sino un prescindible atado de trámites burocráticos.

A propósito de lo dicho se ha lanzado en ciertas oportunidades la pregunta de si ha llegado el momento de instituir el juicio por jurados populares, como tímida y teóricamente se intentó con el Código de Procedimientos en Materia Criminal de 1920<sup>15</sup>. Al redactarse los CPP de 1991 y 2004 se ha guardado inexplicable silencio al respecto, por lo que habrá de

admitirse que las condiciones no están dadas para la estipulación de una institución tan interesante y compleja como ésta, de ahí que sea tan decisivo persistir en la publicidad procesal si no se quiere seguir ahondando el distanciamiento de la justicia del pueblo y la deslegitimación del servicio.

#### 4.3. Irretroactividad de la ley

Esta garantía es indispensable para confirmar la seguridad jurídica a la que todos tienen derecho, pues si la regulación de una determinada situación pudiese ser afectada en su ámbito temporal por los cambios normativos posteriores que se dispongan sería imposible alcanzar estabilidad y reinaría un incierto cuadro de completa provisionalidad.

Esa inestabilidad, que ya es nociva para cualquier relación jurídica, adquiere más gravedad cuando de asuntos penales se trata, en tanto las conductas criminalizadas y sus penas abstractas no pueden ser reguladas sino mediante ley previa. A esto se llama irretroactividad de la ley penal material, instituto compatible con la retroactividad y ultractividad benignas de la norma punitiva (artículo 103 de la Constitución). Lo que interesa, sin embargo, es saber si también la irretroactividad opera cuando se predica de normas procesales penales. En este asunto el principio admitido es que todo acto procesal se rige por la ley procesal vigente al momento de su realización, a diferencia del criterio que regula la vigencia temporal de la ley penal material, que indica que la aplicable es la vigente al momento de la comisión del delito. Ahora bien, se arguye que la diferencia radica en que el objeto tratado por una y otra normas es también distinto, olvidándose aquellas situaciones en que ciertos cambios procesales no se circunscriben a lo ritual o procedimental, sino que afligen derechos fundamentales del justiciable como la libertad y su restricción coercitiva. En estos supuestos ¿da lo mismo aplicar la nueva ley procesal más restrictiva de la libertad del procesado o seguir aplicando ultractivamente la anterior, menos perjudicial? El Tribunal Constitucional en este tema ha tomado, en momentos diferentes, dos posiciones. La primera, entre otras causas, en el Expediente N° 2273-20002-HC/TC, Lima, sentencia de 9 de julio de 2002, caso Mejía, al indicar:

“4. (...) Este Tribunal Constitucional debe señalar que en el presente caso el plazo máximo de detención no es de dieciocho meses, conforme lo prevé la Ley N° 27553, de fecha 13 de noviembre de 2001, pues de ser esto así, supondría la aplicación retroactiva de una norma más gravosa y aflictiva al derecho fundamental a la libertad personal, por cuanto incrementa los plazos de duración de

<sup>15</sup>CALLE, Juan José. *Código de Procedimientos en Materia Criminal, promulgado por el Poder Ejecutivo el 2 de enero de 1920, anotado y concordado*. Librería e Imprenta Gil, Lima, 1920, páginas 18 y 91-92. Artículos 22 y 183:

“Los crímenes, ó sean tocas las infracciones penadas con la muerte ó penitenciaria, el infanticidio y además los delitos contra la seguridad exterior del Estado y los delitos de rebelión, sedición, motín y asonada, serán sometidos al juraco (...)”

“El juicio será oral y público, lo mismo ante los tribunales correccionales que juzgarán los delitos, que ante el juraco que juzgará los crímenes”.



la detención, que estableciera el Decreto ley N° 25824, esta última vigente cuando se le instauró proceso penal a la actora y por ello aplicable en virtud del principio de ultractividad benigna en la aplicación temporal de la ley penal; lo cual es conforme con el artículo 103 de la Constitución Política del Estado”.

La segunda posición, entre varias sentencias, es la emitida el 27 de agosto de 2003, en el Expediente N° 1300-2002-HC/TC, caso Eyzaguirre, al sostener:

“5. La Ley N° 27553 entró en vigencia el 14 de noviembre de 2001, y modificó el artículo 137 del (CPP) respecto al plazo de detención (...) el cual ahora cambió a 18 meses.

6. Es necesario (...) determinar en qué casos opera el nuevo plazo de detención, y, en qué casos, el antiguo...

7. (...) En el derecho procesal, el acto procesal está regulado por la norma vigente al momento en que éste se realiza.

8. (...) Así, el artículo 103 de la Constitución dispone que “Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal cuando favorece al reo”. Esta excepción es aplicable a las normas del derecho penal material (...)

9. En el derecho procesal... rige también la aplicación inmediata de normas en tanto el proceso se desarrolle de acuerdo a las normas vigentes durante el mismo (...)

10. El artículo 139, inciso 119 de la Constitución establece que en caso de duda o conflicto de leyes penales, se debe aplicar la norma más favorable. Esta regla sólo es aplicable en el derecho penal sustantivo (...)

11. (...) La ley puede también establecer precisiones específicas acerca de la aplicación temporal de las normas, las... que serán válidas siempre y cuando no contravengan la prohibición constitucional de la retroactividad normativa. Por ejemplo, el artículo IX del Título Preliminar del (CPP), establece que son aplicables las normas vigentes al inicio del proceso “inclusive para los que resta del proceso (...) siempre que se trate de disposiciones más favorables”. No obstante, este artículo no ha entrado aún en vigencia, por lo que no resulta aplicable.

(...)

14. La Ley N° 27533, que modifica el artículo 137 del (CPP), tiene en su disposición transitoria una norma que regula su aplicación en el tiempo, la cual establece que será aplicada a los procesos en trámite... Ello significa que podrá regular casos en los que la detención ha sido ordenada cuando la antigua regulación del (referido artículo) del (CPP) estaba vigente.

(...)

16. Asimismo... en caso de que a la entrada en vigencia de la Ley N° 27553 el plazo de detención aún no haya vencido, será de aplicación el nuevo plazo de detención”.

Sobre este mismo punto, el de la vigencia temporal de la ley procesal penal, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos emitió un dictamen adverso a los efectos retroactivos de ella, con ocasión del Informe N° 83/00, caso 11,688 Perú (García Pérez), en el cual

sostuvo, a propósito de la aplicación de la Ley 26641 que suspende la prescripción de la acción penal por razón de contumacia:

“46.- A su vez, el principio de retroactividad de la ley penal permisiva o favorable en materia criminal, y (...) la garantía de la no retroactividad de la ley restrictiva o desfavorable, abarca por igual tanto los preceptos sustantivos como los adjetivos o de procedimiento que afecten cuestiones de derecho sustantivo. Esta extensión de la denominada garantía contra leyes ex post facto a materia procesal penal (...) ha sido producto de la evolución del derecho penal y procesal penal (...)

47.- (...) Doctrinantes como Jiménez de Asúa, sostienen que “si las nuevas formas de enjuiciamiento contienen disposiciones que influirán en la penalidad en la defensa del imputado, no podrá dárseles efecto retroactivo, porque no es posible someter al acusado a condiciones más graves que las previstas por la ley vigente en el momento en el que el delito se perpetró”<sup>16</sup>.

#### 4.4. Debido proceso y tutela jurisdiccional

El debido proceso o el derecho a un proceso justo y legal, esto es, transparente, ajustado a ley y con garantías, es una suerte de escudo protector mayor que acoge y confirma bajo su sombra los presupuestos esenciales de configuración del mecanismo procesal democrático, de modo que a partir de él también quedan incluidos derechos que aunque explícitamente no se reseñan en la Constitución o la ley procesal ordinaria adhieren, como los explícitos, al espíritu civilizado del proceso.

Aunque la trascendencia de esta garantía reside en los asertos de que no hay responsabilidad o declaración de culpabilidad sin juicio, acusación y defensa<sup>17</sup>, lo distintivo en ella, consideramos, reposa en que la actuación jurisdiccional en sus múltiples manifestaciones no puede ni debe ser arbitraria o irrazonable, porque un proceder con tales cualidades niega el estándar de justicia y priva de legitimidad a las decisiones de los órganos judiciales.

Con razón se ha sostenido que el imperativo del debido proceso se despliega a partir de la V enmienda constitucional de los Estados Unidos de América, de ahí que sea interesante reparar en que la fórmula que ella contiene vincula las más graves ingerencias estatales sobre los derechos de las personas, como la vida, libertad o propiedad, a la existencia y desarrollo de un debido proceso judicial, exento de abuso o arbitrariedad.<sup>18</sup>; esto es, que las formalidades procesales no se entiendan como ritos carentes de finalidad sino concreción operativa de las garantías del justiciable.

<sup>16</sup> VALLE RIESTRA, Javier. *Irretroactividad nociva de normas procesales, penales y penitenciarias y la claudicación del Tribunal Constitucional*. En: Actualidad Jurídica, Publicación mensual de la Gaceta Jurídica, 2004, Tomo 123. Lima, Gaceta Jurídica, 2004, p. 11

<sup>17</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Ob.cit.*, página 538

<sup>18</sup> **V Enmienda:** Ninguna persona será detenida para que responda por un delito capital, o infamante por algún concepto, sin un auto de denuncia o acusación formulado por un Gran Jurado (...) tampoco podrá someterse a una persona dos veces, por el mismo delito, al peligro de perder la vida o sufrir cañones corporales; tampoco podrá obligarse a testificar contra sí mismo en una causa penal, ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso judicial (...)

La vitalidad expansiva del debido proceso, bien puede ejemplificarse con el acogimiento que hace del derecho, no explicitado en la Constitución vigente, a ser juzgado sin dilaciones indebidas, entendido como el que asiste a todo procesado a que su situación jurídica se resuelva en tiempo apropiado, sin ser regular que la causa se dilate indefinidamente por la lentitud y omisiones de los funcionarios a cargo o se restrinja hasta imposibilitar el ejercicio de la defensa. Muy instructiva resulta al respecto la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 29 de enero de 1997, expedida en el caso Genie Lacayo, que en sus párrafos 74 y 77, estipula:

“74. El artículo 8 de la Convención que se refiere a las garantías judiciales consagra los lineamientos del llamado “debido proceso legal” o “derecho de defensa procesal”, que consisten en el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra o para la determinación de sus derechos de carácter civil, laboral, fiscal u otro cualquiera.

(...)

77. El artículo 8.1 de la Convención también se refiere al plazo razonable. Este no es un concepto de sencilla definición. Se pueden invocar para precisarlo los elementos que ha señalado la Corte Europea de Derechos Humanos en varios fallos en los cuales se analizó este concepto, pues este artículo de la Convención Americana es equivalente en lo esencial, al 6 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. De acuerdo con la Corte Europea, se deben tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; y c) la conducta de las autoridades judiciales (Ver entre otros, *Eur. Court H.R., Motta judgment of 19 February 1991, Series A no. 195-A*, párr. 30; *Eur. Court H.R., Ruiz Mateos v. Spain judgment of 23 June 1993, Series A no. 262*, párr. 30).”

A diferencia del aviso colocado en las puertas del infierno: “Abandona toda esperanza”, en el pórtico de las causas penales el principio del debido proceso advierte a los jueces que deben actuar con justicia y sujetándose a la Constitución, a la ley y demás formalidades procesales garantizadoras; y al justiciable, que el enjuiciamiento no se hará al costo de suprimir su dignidad o las condiciones indispensables para la concreción de sus derechos fundamentales.

El derecho a la tutela judicial, en palabras del profesor Picó y Junoy, que para efectos de definición resume la posición del Tribunal Constitucional español, tiene un

contenido complejo que incluye: El derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales o al proceso, a obtener de ellos una sentencia fundada en derecho congruente, a la efectividad o ejecución de las resoluciones judiciales; y, el derecho al recurso legalmente previsto<sup>14</sup>.

El acceso a los órganos jurisdiccionales adquiere capital significado tanto desde la perspectiva de la sociedad, a quien importa la resolución de los conflictos suscitados por el delito, y del agraviado y sus legítimos reclamos de resarcimiento e indemnización, cuanto desde la óptica del inculcado, quien espera que las imputaciones que se le hacen sean filtradas por todos los controles procesales para evitar abusos o errores en la eventual determinación de su responsabilidad y sanción. El hecho que el titular del ejercicio público de la acción penal sea el Ministerio Público no implica finalmente que los asuntos sometidos por éste a conocimiento y decisión de los jueces salgan del ámbito social o se desvinculen de los intereses de las víctimas, menos que el imputado sea un sujeto procesal de segundo orden.

Ahora bien, esta garantía no afirma que las partes tengan derecho a que el órgano jurisdiccional les dé la razón o confirme sus pretensiones, sino a que éste resuelva o falle el fondo del asunto conforme a derecho, sobre la base de una motivación sólida y congruente, y a que se ejecute lo decidido; lo que explica, por ejemplo, cuan frustrante es que la mayoría de reparaciones civiles establecidas por los jueces penales no se efectivicen.

Queda expuesta así la raigal inteligencia que existe entre el debido y proceso y la tutela judicial, de lo que normativamente da puntual cuenta el artículo 139.3 de la Constitución.

#### 4.5. Juicio previo y presunción de inocencia

Además de las garantías examinadas, que el proceso penal comparte con los demás mecanismos de resolución de conflictos, interesa detenerse a analizar las que lo definen y distinguen, siendo las más notorias el juicio previo y la presunción de inocencia, cuyas proyecciones ilustran el significado del resto de escudos protectores del justiciable.

El juicio previo que estipula el artículo 139.10 de la Constitución, o principio de no ser penado sin proceso judicial, impone la existencia de un escenario procesal al que ingresa la pretensión punitiva del Fiscal y la libertaria del acusado, para que en condiciones de publicidad, oralidad, igualdad de armas, contradicción e intermediación se practique, esencialmente por estas partes, la prueba de cargo o descargo, cuyo resultado será valorado, según las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia, por el órgano judicial imparcial, quien emitirá un fallo motivado de absolución o condena. Esta es la verdadera concepción de juicio previo que no

<sup>14</sup>PICÓ I JUNOY, Joan. *Ob.cit.*, página 40.

admite confusión con simple secuencia procesal, de modo que al hablarse de proceso penal común tendrá que distinguirse su etapa principal, decisiva, el juzgamiento, de las preparatorias o de saneamiento (investigación y etapa intermedia), pensadas y articuladas en función del primero.

En cuanto a la presunción de inocencia ha de indicarse que se trata de una garantía que alcanza la condición de derecho fundamental, conforme a las previsiones del artículo 2.24.e de la ley suprema, y que se explica en la medida que un Estado democrático entiende su sociedad como un colectivo de hombres libres, una tierra de libertad y no de sospecha en la que está prohibido generalizar las incriminaciones o los operativos de persecución del delito, en vez de circunscribirlos cuando exista causa probable, como proscrito también declarar responsabilidades delictuosas y sancionar cuando se carece de prueba de cargo suficiente o media duda.

Por que nadie es culpable hasta que debida y legalmente es declarado tal, los procesados mantienen su calidad de inocentes y gozan de los derechos que les permitan resistir la persecución y, cuando así lo decidan, desvirtuarla, contando para el efecto con defensa material y técnica, de elección u oficio.

Como bien lo hace notar Faustino Cordón Moreno, al resumir la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, la presunción de inocencia niega que el acusado llegue al juicio con una conducta incierta respecto a su culpabilidad que el Juez haya de concretar en función de argumentos más abundantes o convincentes, aquél, dice, llega como inocente y sólo puede salir culpable si su condición de inocente resulta plenamente desvirtuada por el Juez a partir de las pruebas aportadas por la acusación. La presunción de inocencia, agrega, se mantiene incólume si de lo actuado se nota un vacío o insuficiencia probatoria, en razón de ausencia de pruebas o que las realizadas han sido obtenidas ilícitamente o si el razonamiento del Juez es manifiestamente absurdo o arbitrario; habrá de decaer, en cambio, cuando existan pruebas de cargo, directas o indiciarias, con suficiente peso inculpativo<sup>20</sup>.

#### 4.6. Garantías destinadas a evitar la manipulación del proceso

Según ya se dijo líneas arriba, la referencia a las garantías procesales penales interesa en su dimensión práctica y operativa (Binder), tanto más en países como el nuestro donde la democracia ha debido apurar momentos extremadamente difíciles, donde la República ha experimentado largos períodos de caos y

desinstitucionalización, o donde los estados de excepción han sido la regla<sup>21</sup>.

Son esas eventualidades las que casi siempre han motivado ingerencias contra el Poder Judicial a través del fácil expediente de los ceses masivos, recubiertos con el ropaje de "reformas", interesadas más en someter las decisiones de los órganos jurisdiccionales a intereses subalternos de gobierno, partido, clase o grupo, esto es, coyunturales, siendo una de sus primeras víctimas el proceso penal transformado así de mecanismo de resolución de conflictos en arma arrojada de persecución, amenaza y hasta "cortina de humo".

Ante este permanente riesgo de manipulación del proceso penal se erigen las garantías orientadas a conjurarlo, destacando, en la Constitución, las siguientes:

- a) La independencia, unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, así como la licitud y legitimidad del nombramiento de los magistrados, lo que repele los avocamientos e interferencias procedentes de otros organismos o funcionarios en causas judiciales pendientes (artículo 139.2, 1, 19 y 17).
- b) La jurisdicción y el procedimiento predefinidos, negadores de los órganos jurisdiccionales de excepción o las comisiones especiales (artículo 139.3).
- c) La existencia de un órgano civil autónomo, el Ministerio Público, no castrense, ni policivo, encargado de la persecución del delito y de la dirección integral de la investigación del mismo, con respaldo operativo policial (artículos 158, 159 y 166).
- d) El derecho de defensa material y técnica, de elección o pública, que importa, además, el de información inmediata y escrita de la causas o razones de la detención (artículo 139.14, 15 y 16).
- e) La publicidad en el proceso, amiga de la oralidad y de las técnicas de la litigación, y contraria a la escrituración y el secreto, especialmente cuando se trata de asuntos referidos a la responsabilidad de funcionarios públicos, y delitos cometidos por medio la prensa y contra los derechos fundamentales (artículo 139.4).
- f) La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o conflicto entre leyes penales y la inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos (artículo 139.11 y 9).
- g) La motivación de las resoluciones judiciales, con expresa indicación de los fundamentos de hecho y de derecho invocados (artículo 139.5).

<sup>20</sup>CORDÓN MORENO, Faustino. *Las garantías constitucionales del proceso penal*. Navarra: Aranzadi. A Thomson Company, 2da Edición, Navarra, 2002, p. 174

<sup>21</sup>Para sopesar el período republicano de anarquía y desconcierto y el imperio de los regímenes de excepción, con toda su carga de arbitrariedad penal, véase: BASADRE, Jorge. *Historia de la República del Perú 1822-1933*, Editorial Universitaria, Lima, 1983, tomos I, páginas 249 y siguientes, y X, páginas 229 y siguientes; asimismo el contenido de dispositivos como la *Ley 24150*, de 7 de junio de 1985, que crea los Comandos Político Militares, el *D. Leg. 749*, de 12 de noviembre de 1991, que refuerza el predominio de éstos sobre las demás autoridades en zonas declaradas en emergencia, ambos declarados en parte inconstitucionales mediante sentencia del Tribunal Constitucional, pronunciada en el Expediente, promovido por la Defensoría de Pueblo, N° 017-2003-AI/TC, y publicada el 23 de agosto de 2004. Esta sentencia ha dado lugar a correctivos como la *Ley 28222*, de 18 de mayo de 2004.

- h) El *ne bis in idem* tanto material (cosa juzgada y sobreesimientos) como procesal, o prohibición de doble sanción o procesamiento contra la misma persona y por el mismo delito (artículo 139.13).
- i) La obligación del Poder Ejecutivo de prestar en los procesos judiciales la colaboración que le sea requerida.
- j) El derecho al recurso o impugnación, denominado también garantía de la instancia plural (artículo 139.6).
- k) La improcedencia de las condenas en ausencia (artículo 139.12).
- l) La indemnización por los errores judiciales y detenciones arbitrarias (artículo 139.7), y
- m) El análisis y crítica de las resoluciones y sentencias judiciales (artículo 139.20).

#### 4.7. Garantías que limitan la potestad estatal de buscar información probatoria

La coincidencia de la doctrina en el sentido que la vitalidad del proceso penal depende de la fortaleza de la actividad probatoria que se desarrolla en su seno, no confirma que los fines procesales validan el ejercicio de la prueba a cualquier costo, en tanto ni siquiera los órganos oficiales de investigación están autorizados a recolectar información probatoria de modo irrestricto, sin respetar las fronteras constituidas por los derechos fundamentales de la persona.

La actuación probatoria, que comprende la ubicación, identificación y obtención de fuentes de prueba y la incorporación a proceso de los elementos acreditativos de los hechos, a través de los medios probatorios pertinentes, será inútil y perderá su poder de convicción si carece de legitimidad, es decir, si se ha practicado con infracción de las reglas constitucionales de garantía.

Para impedir que en la búsqueda y recojo de información probatoria el Estado y sus aparatos de persecución del delito actúen sin freno alguno, impulsados por el afán de eficacia ilimitada y la tiránica justificación que dice que “los resultados mandan y justifican todo”, se oponen las siguientes garantías procesales:

- a) El derecho a no declarar, a guardar silencio o a la no incriminación<sup>22</sup>, el mismo que genera para las autoridades que pretendan interrogar a cualquier persona sobre una imputación criminal, la obligación de advertirle de la existencia de aquél y que de su ejercicio no se derivará ninguna

consecuencia adversa (Artículos 8.2.g de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.3.g del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

- b) El secreto bancario y la reserva tributaria que sólo pueden ser levantados a pedido del Juez, del Fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado (artículo 2.6 de la Constitución).
- c) La inviolabilidad domiciliar y consiguiente prohibición de ingreso, investigaciones o registros en el domicilio de las personas sin contar con autorización del que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito<sup>23</sup> o muy grave peligro de su ocurrencia.(artículo 2.9 de la Constitución).
- d) El secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados, incluidas las telecomunicaciones<sup>24</sup> y sus instrumentos, los que pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandato motivado del Juez y con las formalidades previstas en la ley (artículo 2.10 de la Constitución).
- e) La prohibición de sustracción e incautación de libros, comprobantes y documentos contables y administrativos, salvo por orden judicial (artículo 2.10, párrafo final de la Constitución), y
- f) La terminante prohibición de la violencia moral, psíquica o física, de la tortura y los tratos inhumanos o humillantes (artículo 2.24.h de la Constitución).

Estas garantías serían líricas, tinta sobre papel mojado, si su infracción no fuera seguida por la aplicación de la regla de exclusión probatoria que fulmina las consecuencias directas o reflejas de los actos de obtención de pruebas o práctica de medios probatorios que desconozcan o afrenten los derechos fundamentales. Aunque explícitamente la Constitución no menciona esta regla, su contenido aparece considerado cuando indica: “Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto (secreto e inviolabilidad) no tienen efecto legal”, y “carecen de valor las declaraciones obtenidas por violencia. Quien la emplea incurre en responsabilidad” (artículos 2.10, tercer párrafo y 2.24.h de la Constitución).

#### 4.8. Garantías que limitan el uso de la fuerza en el proceso penal

En la marcha del proceso hacia sus objetivos, la elucidación de la verdad material y la determinación y realización, en su caso, de las consecuencias

<sup>22</sup> Apréciense lo mediatizados e imperfectos que resultan a la luz de esta garantía, los artículos 127 y 245 del C. de PP.

<sup>23</sup> Véase el artículo 4 de la Ley 27934 (Intervención del Ministerio Público y de la Policía durante la investigación del delito), de 12 de febrero de 2003, que acuña el concepto de flagrancia reputando su existencia cuando la realización del acto punible es actual y, en esa circunstancia, el autor es descubierto, o cuando el agente es perseguido y detenido inmediatamente que haber realizado el acto punible o cuando es sorprendido con objetos o huellas que revelan que acaba de ejecutarlo.

<sup>24</sup> Véase la Ley 27697 sobre intervención y control de comunicaciones y documentos privados, N° 27697, de 12 de abril de 2002,

Véase la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Aceptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984.

sancionadoras de las normas jurídicas materiales, sobre el agente declarado culpable, es bastante común encontrar situaciones que los obstaculizan; éstas son las que integran el peligro procesal de fuga o elusión de la justicia, y de entorpecimiento de la actividad probatoria.

El remedio procesal para estos riesgos se halla en el procedimiento y las medidas cautelares o coercitivas, que representan ingerencias más o menos intensas sobre los derechos fundamentales de la persona, sin dejar de ser siempre instrumentales y nunca prejuiciosas decisiones de condena anticipada.

Las medidas coercitivas o provisionales son, desde la perspectiva expuesta, manifestación del empleo de la fuerza dentro del proceso, la que podría desbordarse si no es legitimada, y así morigerada, por requisitos o presupuestos sin los cuales deviene arbitraria, tales son la razonabilidad y proporcionalidad, aplicadas a la resolución de las eventuales necesidades procesales.

Por lo dicho es que, cuando se trata de coerción procesal personal, la ley pone especial cuidado en establecer exigentes requisitos y controles, de modo que si la libertad del procesado, favorecido aún por la presunción de inocencia, deba ser afligida con medidas como la prisión preventiva o la comparecencia simple o restrictiva, ello responda estricta y cabalmente a una auténtica necesidad procesal y no configure adelantamiento de sanción o condena.

Bajo determinadas circunstancias, específicamente cuando se busca pruebas, también es posible usar la fuerza o coerción para restringir derechos fundamentales, como sucede con la video vigilancia, la intervención corporal, la exhibición forzosa e incautación de bienes, el control de comunicaciones y documentos privados; nada de lo cual puede quedar fuera del prolijo cumplimiento de los procedimientos garantizadores establecidos por la ley.

Otro tanto ocurre cuando se adoptan medidas, como el embargo, enfiladas a evitar el desapoderamiento patrimonial del procesado, con evidente riesgo para el derecho del agraviado de ser resarcido e indemnizado.

La contención de la fuerza en el proceso penal o los impedimentos para evitar se desborde, se ven servidos por las siguientes garantías:

- a) La aplicación imperativa de los criterios de razonabilidad y proporcionalidad cuando se van a limitar derechos fundamentales (artículo 200 de la Constitución).
- b) La prohibición de restringir la libertad personal,

salvo en los casos legalmente previstos, lo que impone el ineludible requisito de legalidad de la coerción y las medidas provisionales, pues su elenco sólo puede ser encontrado en la ley (artículo 2.24.b de la Constitución).

- c) La interdicción de la prisión por deudas, lo que no abarca los incumplimientos de deberes alimentarios (artículo 2.2.24.c de la Constitución).
- d) El régimen de la detención que claramente delimita la detención policial en flagrante delito, ordinario o especial, y el mandamiento judicial, escrito y motivado, de detención (artículo 2.24.f de la Constitución).
- e) El libre tránsito por el territorio nacional y el derecho a salir y entrar en él, salvo las limitaciones impuestas por mandato judicial (artículo 2.11 de la Constitución).
- f) La prohibición de la incomunicación sino resulta indispensable para el esclarecimiento de un delito y, en este caso, siempre que se respete la forma y el tiempo previsto por la ley (artículo 2.24.g de la Constitución), y
- g) El derecho de los reclusos (procesados) de ocupar establecimientos adecuados y el principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación social (artículo 139.21, 22 de la Constitución)<sup>25</sup>.

## II. Sucesión y pugna de modelos procesales penales

La manera cómo las sociedades han afrontado los problemas originados por el delito ha sido diversa.

Cada Estado, según la opción política asumida, ha organizado el mecanismo procesal encargado de indagar la ocurrencia de los hechos criminales y establecer las responsabilidades por los mismos. Esta maquinaria, sin embargo, nunca se ha limitado a lo estrictamente procesal, por el contrario, ha sido utilizada para promover y consolidar objetivos políticos coyunturales o imponer una determinada forma de control social, representativa del resguardo de intereses no siempre colectivos sino grupales.

A lo largo de la historia de Occidente, incluyendo los ámbitos territoriales incorporados por la colonización, el proceso penal ha sido configurado según distintos modelos. En ciertos periodos la estructura acusatoria resultaba ser la más funcional y en otros la inquisitiva, esto último, especialmente, cuando urgía concentrar el poder del Estado y evitar cualquier fisura que cuestionara el dominio de los grupos dirigentes.

Analizar la manera cómo cada modelo procesal identifica sus funciones básicas y las encarga a los correspondientes sujetos que intervienen en el mismo,

<sup>25</sup>Véase la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984.

es lo que a fin de cuentas permite saber si nos hallamos ante un esquema acusatorio o inquisitivo; y, también, lo que posibilita establecer el grado de democracia o arbitrariedad procesal instituido. Una vez más nos percatamos que no existe un proceso penal neutro, que siendo muy importante la resolución de los conflictos provocados por el delito esta labor servirá bien a los intereses de la mayoría, o al encubrimiento, promoción y preservación de intereses de facción, por lo que siempre será correcto y legítimo respaldar los modelos compatibles con la defensa de los derechos fundamentales de la persona.

Para acertar en la calificación de un sistema procesal como acusatorio (antiguo o moderno), inquisitivo o mixto (inclinado hacia la primera o segunda opción), hay que seguir las instructivas palabras de Eugenio Florián, quien, en su obra "Diritto processuale penale, 1939, Utet", según cita de Pietro Fredas, sostuvo:

"La diversidad en la distribución de las funciones procesales esenciales suministra el criterio para distinguir las dos formas fundamentales del proceso, formas históricas y célebres. Si cada una de estas tres funciones (de acusación, de defensa y de decisión) se confía respectivamente a un órgano propio y separado, que la ejerce y hasta diría que la gestiona, y así se instituyen tres órganos (acusador, defensor y juez), el proceso es *acusatorio*. Si estas tres funciones se concentran en poder de una sola persona y se atribuyen a un mismo órgano, que las acumula todas en sus manos, el proceso es *inquisitorio*. Teniendo que concentrar de modo totalitario las tres funciones en un solo órgano, este no podía ser sino el juez, y así lo fue históricamente. Es decir, en el primer caso el proceso toma la forma acusatoria, y en el segundo, la forma inquisitoria. La forma acusatoria da lugar esencialmente a un proceso de partes y la inquisitoria, a un proceso unilateral de jueces de actividad multiforme, que todo lo absorben y que a todo deben proveer por sí mismos (...)"<sup>26</sup>.

Más que perderse en detalles anecdóticos, entonces, el criterio central para identificar un modelo, distinguirlo de los otros y explicar la pugna entre ellos, es la configuración específica que cada uno de éstos asuma de las funciones procesales indispensables, no en vano, por ejemplo, cuando se revisan los CPP de 1991 y 2004 encontramos una prolija determinación de las tareas del órgano jurisdiccional y demás sujetos procesales (Ministerio Público, imputado-defensor técnico, víctima), a diferencia de lo que ofrece el C. de PP., el cual sobredimensiona el papel del Juez Instructor, hoy Juez Penal, y subestima las funciones de los otros participantes en el proceso.

Siguiendo la pauta dada por Florián, enseguida se efectuará una sucinta referencia a los modelos procesales históricamente configurados, siempre

teniendo en cuenta la forma cómo este fenómeno se ha manifestado en el ámbito nacional, en razón que el conocimiento de ello contribuirá a explicar mejor por qué la reforma procesal ha dejado de ser un simple cambio normativo para representar la transformación ineludible de todo el sistema o servicio de justicia penal.

## 1. El modelo inquisitivo

Las principales notas de este modelo, como sostiene el connotado profesor Julio B. J. Maier, a quien en adelante seguimos (Vid: Derecho Procesal penal Tomo I Fundamentos, Editores del Puerto S.R.L. Buenos Aires, 1996, 2ª Edición, páginas 259-264 y 442-460) son las siguientes: a) la potestad de administrar justicia no emana del pueblo sino de los jefes, o tiranos que controlan el poder estatal, quienes concretan su abusiva autoridad a través de una estructura de funcionarios etiquetada con el membrete de "órganos judiciales"; b) las funciones de persecución del delito y de juzgamiento y fallo se confunden, asignándose las al mismo sujeto procesal, surgiendo, entonces, la figura del investigador-juez decisor o gran inquisidor; c) el acusado carece de la condición de sujeto y ve reducida su condición a objeto, sus posibilidades de defensa son mínimas o inexistentes, en cambio las cortapisas que se le oponen son muchas, todas enfiladas a debilitarlo y alcanzar su confesión; d) la forma del procedimiento y el estilo de trabajo de los operadores son los del secreto o la reserva irracional y de la escritura, manifiesta en el expediente; e) la valoración de la prueba se rige por el sistema legal que tarifa o asigna valor antelado a cada medio probatorio, precedido por actuaciones, abiertamente denigratorias y horrorosas como la tortura, justificadas con el argumento de búsqueda de la verdad a cualquier precio, de ahí lo emblemático de la confesión como la reina de las pruebas; y f) El fallo, en la aplastante mayoría de casos, no hace más que confirmar los prejuicios del inquisidor y aplacar los reclamos de la presunción de culpabilidad.

Conforme los Estados occidentales autoritarios requirieron concentrar al máximo el poder político, el procedimiento inquisitivo alcanzó carta de ciudadanía y expansión, refinando sus prepotentes técnicas, como se puede ver en el manual procesal penal confeccionado para este propósito por los dominicos Sprenger y Kramer, entre 1485 y 1486, llamado *MALLEUS MALEFICARUM* o El Martillo de los Brujos<sup>27</sup>.

En el Perú, una vez producida la conquista e instituida la colonia, el procedimiento criminal que se impuso fue el inquisitivo, característico de la España colonialista<sup>28</sup>. Durante el periodo prehispánico<sup>29</sup> la justicia penal fue la correspondiente a un sistema señorial, draconiano y hasta mágico, pronto sustituido<sup>30</sup> por las normas y usos

<sup>26</sup> FLORIAN, Eugenio. *De las pruebas penales* Tomo I. De la prueba en general. Bogotá: Editorial Temis, 1990, p. 6.

<sup>27</sup> KRAMER, Heinrich y otro. *Malleus Maleficarum. El martillo de los brujos*. Barcelona: Circulo Latino, S. L. Editorial, 2005.

<sup>28</sup> Vid. *Leyes de las Indias*. Libros Primero-Nono. <http://www.congreso.gob.pe>

<sup>29</sup> VARGAS, Javier. *El Derecho Penal en el Imperio de los Incas Contribución al estudio de la Historia del Derecho peruano*. Lima, 1981

judiciales de la metrópoli. Así fue como se instaló y operó por largo tiempo la inquisición, acerca de la cual da puntual cuenta don Ricardo Palma<sup>31</sup> :

“El Tribunal de la Inquisición de Lima (se sujetaba) á fórmulas y prácticas jurídicas. Así, en los procesos se encuentran la sumaria, la compurgación canónica, la declaración indagatoria, el plenario, las posiciones, la publicación de testigos, la tacha, el careo, la calificación, censura o dictamen que un teólogo daba sobre los puntos de acusación, y aun era permitid el recurso de fuerza al rey. Pero, para hacer este sistema judicial bárbaro y defectuoso, bastaba con el secreto empleado en la sustanciación de los juicios, y con el tormento que se aplicaba cuando el reo permanecía inconfeso (...) El tormento se aplicaba con la siguiente sentencia:

*Christo nomine invocato.* Fallamos, atentos los autos y méritos del proceso y sospechas que de él resultan contra el reo, que le debemos condenar y condenado á a que sea puesto en cuestión de tormento, en la cual mandamos esté y persevere tanto tiempo cuando á Nos bien visto fuere, para que en él diga la verdad dé lo que está testificado y acusado; con protestación que le hacemos que si en dicho tormento muriese, ó fuere lisiado, ó se siguiese mutilación de miembro o efusión de sangre, sea á su culpa y cargo, y no á la nuestra, y por no haber querido decir la verdad.”

Cuando se esperaba que la emancipación e independencia, al instaurar el sistema republicano, inaugurarían también un sistema de justicia penal democrático, según los propósitos sanmartinianos (“Las bases de la Constitución”)<sup>32</sup>, en el cual las causas criminales se resolviesen mediante juzgamiento público y reconocimiento y declaración del hecho delictuoso por jurados y aplicación de la ley por jueces independientes e inamovibles; la situación se mantuvo invariable, con fuerte supervivencia del procedimiento inquisitivo, adversario de la democracia, como se aprecia en el Código de Procedimientos en Materia Penal de 1863, aprobado en 1862<sup>33</sup>, sostenido por una estructura que privilegia el secreto, la escritura y proscribía la oralidad en sus dos etapas, el sumario y el plenario.

## 2. El modelo mixto

Con la gran Revolución Francesa de 1789 no sólo cayó el antiguo régimen feudal autoritario sino también su funcional mecanismo procesal penal inquisitivo, el cual fue reemplazado por el modelo mixto que mantuvo algunas notas del pretérito esquema durante la fase de

investigación y abrió sus puertas a la publicidad del acusatorio en la decisiva etapa del juzgamiento.

Esta opción llegó tardíamente a nuestras tierras, encontrando asiento tanto en el Código de Procedimientos en Materia Criminal 1920<sup>34</sup> como en el aún vigente Código de Procedimientos Penales de 1939<sup>35</sup>, lamentablemente la inclinación de uno y otro no fue idéntica, ya que el primero, pergeñado por Angel G. Cornejo, partidario de la instauración de los jurados, osciló más hacia el acusatorio, en tanto que el segundo, obra de Zavala Loayza, no pudo escapar de la impronta inquisitiva como es fácil concluir por la sobreestimación que hace de la instrucción, en detrimento del juzgamiento, y del Juez Instructor en perjuicio de los demás sujetos procesales. Otro tanto puede decirse de las numerosas leyes procesales penales especiales que han profundizado la distorsión inquisitoria, como lo hace el D. Leg 124 que ya ni siquiera guarda las formas mixtas y que al generalizarse ofende la garantía de juicio previo, público y oral.

## 3. El modelo acusatorio

Tanto el acusatorio antiguo como el moderno comparten, *mutatis mutandi*, las siguientes cualidades o virtudes: a) la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce a través de un Poder Judicial independiente e imparcial; b) la persecución del delito, en cuanto a investigación y acusación se refiere está a cargo de un órgano civil autónomo, el Ministerio Público; c) el procesado es un sujeto y no objeto procesal que goza de la presunción de inocencia y del derecho de defensa; d) el procedimiento es sustancialmente público, oral y contradictorio, rigiendo en él, además, la igualdad de armas; e) la valoración de la prueba no es tasada sino libre y debe ir precedida por actuaciones legítimas que no violen derechos fundamentales, repudiándose el prejuicio y destacándose, en cambio, la objetiva imparcialidad; y f) la declaración de culpabilidad la emite el jurado o el Juez, quien, en su caso, absuelve o condena, dosificando con justicia la sanción.

En nuestro país, es gracias al movimiento de reforma que, luego de sentadas las bases constitucionales (1979) de un programa penal democrático, se plantea la primera propuesta integral acusatoria con el CPP de 1991, ulteriormente mejorado en sus versiones de 1995 y 1997. Las dificultades que este código afrontó al extremo de permanecer en *vacatio legis* hasta la fecha, salvo 22 artículos, demuestra el enorme poder de las fuerzas retardatarias que han visto en él un sistema transparente y justo, contrario a sus tradicionales

<sup>30</sup>BASADRE, G. Jorge. *Historia del Derecho Peruano*. Lima: Edigraf S.A., 1986.

<sup>31</sup>PALMA, Ricardo. *Anales de la Inquisición de Lima*. Lima: Congreso de la República del Perú, 1997, páginas 58-59.

<sup>32</sup>BASADRE G., Jorge. *Historia de la República del Perú 1822-1933*. Lima: Séptima edición, corregida y aumentada, Tomo I, Editorial Universitaria, 1983, páginas 12-13.

<sup>33</sup>DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La idea de Derecho en el Perú republicano del siglo XIX*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 1980, página 162.

<sup>34</sup>CALLE, Juan José. *Código de Procedimientos en Materia Criminal*. Promulgado por el Poder Ejecutivo el 2 de enero de 1920.

Ley 4019, de 24 de diciembre de 1919.

CORNEJO, Mariano H. *Novísimo Código de Procedimiento en Materia Criminal*, Imprenta Torres Aguirre, Lima, 1920, páginas III-XLVIII (Exposición de motivos).

VILLAVENCENIO, Víctor Vedeosto. *Derecho Procesal Penal*. De conformidad con el Código de Procedimientos Penales del Perú, Lima, 1965.

intereses manipuladores de la justicia penal, alejado del pueblo y sometida a sus ofensores.

Hoy, que ya se cuenta con la versión acusatoria renovada de 2004 (D. Leg. 954), no resta más que confirmar que la reforma se ha consolidado en lo normativo, aun cuando subsisten dudas sobre la posibilidad de su implementación y cambio radical de la cultura inquisidora que acompaña desde siglos a los operadores del sistema y, como no, también a los voceros de la llamada "opinión pública", los medios de comunicación masiva.

Quienes piensen que la reforma y su Código encontrarán un camino real, amplio y descansado, deben desechar cuanto antes esa optimista pero infundada idea, la historia mundial y peruana ha demostrado que eso no es posible, que siempre la sucesión de un esquema procesal por otro tiene raíces sociales profundas que expresan la solución de determinada pugna de intereses entre los que se han valido de los mecanismo de control social para perpetuar sus privilegios y los que han entendido que el tratamiento procesal del delito y sus agentes sólo adquiere legitimidad cuando se hace en defensa de los derechos fundamentales de la persona, bajo cánones republicanos, democráticos, propios de un Estado de Derecho; no se tiene al frente, entonces, un horizonte pacífico sino de confrontación entre sistemas procesales, el que se resiste a morir y el que pugna por asentarse; de tan importante pugna los operadores no podemos distanciarnos con indiferencia, debemos asumir un compromiso y actuar en consecuencia.

### III. Modelo y principios del NCPP

El NCPP no es neutro, tampoco es creación de un esfuerzo académico diletante, intenta, en cambio, responder a la manifiesta necesidad de superar la crónica crisis del servicio de justicia penal.

Esta propuesta normativa, ofrecida por el movimiento de reforma procesal penal, se caracteriza por sus marcadas cualidades acusatorias, garantizadoras y de tendencia adversativa, en tanto modelo que busca diferenciarse y superar las opciones inquisitivas y mixtas, estancadas en la rutina burocrática y el estilo de trabajo ineficiente basado en la escritura y el culto al expediente.

La adhesión del NCPP al programa que para lo procesal estipula la Constitución, aparece de modo nítido en cada uno de los X artículos de su Título Preliminar.

Sin desconocer el surgimiento de numerosos problemas que acarrearán la implementación progresiva del NCPP, se confirma que la única manera eficiente y eficaz de afrontarlos será asir firmemente los principios y garantías procesales penales que componen la opción

republicana y democrática.

#### 1. La opción acusatoria, garantizadora y de tendencia adversativa

Para caracterizar el modelo que trae el NCPP, como en su oportunidad se hizo con el código de 1991 y sus versiones mejoradas de 1995 y 1997, se recurre al calificativo de acusatorio, debido a que al examinar el tratamiento dado a las funciones procesales básicas se aprecia que el nuevo texto rituario efectúa una determinación perfectamente diferenciada, primero, de la persecución, comprensiva de la investigación, acusación y prueba de la misma, segundo, de la defensa o resistencia ante la incriminación; y, por último, del juzgamiento y fallo; es más, junto a esta determinación de funciones el código procede a atribuirles al respectivo sujeto procesal, entiéndase el Ministerio Público, el imputado y su defensor técnico, y el órgano jurisdiccional, respectivamente (artículos 1, 60, 61, referidos al Ministerio Público; 71, 80, 84, alusivos al imputado y su defensor técnico, y 16 relativo al órgano jurisdiccional); distinguiéndose, así, de las opciones inquisitivas o mixtas que confunden o superponen las funciones precisadas y sobredimensionan el rol de un sujeto procesal como el Juez, y postergan a los otros.

En la determinación de la cualidades del nuevo modelo también se hace referencia al término garantizador o "garantista", en razón a que el código contiene un tipo de proceso que integra de modo redoblado garantías procesales o escudos protectores del justiciable, quien no por estar sujeto a imputación y encartamiento deja de ser persona o pierde su dignidad de tal (artículo 71); distanciándose de este modo de las posiciones inquisitivas o mixtas para las cuales de manera explícita o sobre entendida el imputado es sólo un objeto al servicio del proceso que, por ejemplo, puede permanecer indefinidamente bajo prisión preventiva.

Además de la nominación de acusatorio y garantizador, se afirma que el NCPP es de tendencia adversativa porque remarca la naturaleza principal del juicio público y oral, la trascendencia del contradictorio y la responsabilidad que en materia de actuación probatoria le corresponde a las partes que sostienen pretensiones contrarias, el Ministerio Público, como titular de la pretensión punitiva, y el imputado y su defensor técnico a cargo de la pretensión libertaria. Gracias a esta nota adversativa se crean las condiciones para que el órgano jurisdiccional cumpla, durante la investigación, función de garante de los derechos fundamentales, y, en la etapa intermedia, de saneamiento; en tanto que en el juicio habrá de ocuparse ante todo de evaluar imparcialmente el resultado de la actividad probatoria realizada por las partes y emitir fallo de absolución o condena (artículos 356.1, 385.2, 29.2, 4, 5; 71.4, 253.1, 323, 393, 394, 398 y 399). En clara divergencia con los modelos inquisitivos o mixtos se aprecia que el NCPP no enturbia la imparcialidad del Juez involucrándolo en actividades



de investigación o pesquisa o atribuyéndole la tarea de probar los hechos.

## 2. El Título Preliminar

Puede llamar la atención que el Título Preliminar del NCPP no tenga el nombre de "Principios Generales" o "Principios Fundamentales", como en el CP vigente y el CPP de 1991, pero esto no autoriza a concluir que sus grandes pautas modélicas, estructurales y de interpretación no estén recogidas en tan importante apartado, colocado precisamente en el frontis de todo este cuerpo normativo para confirmar su adhesión al programa procesal penal de la Constitución y la tarea concreta de desarrollarlo.

Lo anterior explica por qué en el Título Preliminar encontramos directas referencias a las garantías procesales penales, propias de un mecanismo de resolución de conflictos democrático, eficaz y garantizador.

El artículo I.1 del rubro bajo estudio, estipula de modo sintético el principio de jurisdiccionalidad, al indicar de manera categórica que la justicia penal es impartida exclusivamente por los órganos judiciales y que tan delicada función destaca por su consustancial característica de imparcialidad, esto es, de sujeción a la Constitución y la ley, y de operatoria en un plazo razonable, contrario a cualquier dilación indebida.

Este mismo artículo I, en su inciso 2, confirma la trascendencia que el nuevo modelo le da al juicio previo, el que no confunde con cualquier otra etapa procesal, sino connota al destacar las peculiaridades del juzgamiento oral, público y contradictorio. Puede decirse, entonces, que para el NCPP toda la actividad procesal gira en torno a la preparación y realización del juicio, por lo que las otras etapas habrán de organizarse no porque importen o justifiquen por sí, sino siempre desde la perspectiva de la fase central o decisoria que es el juzgamiento (artículo 356.1).

En el inciso 3 de la norma I se reconoce a las partes el derecho a la igualdad, de manera tal que éstas puedan ejercer plenamente las facultades que la Constitución y el código estipulan a su favor, constituyendo una novedad muy interesante que este inciso instituya también el deber judicial de allanar cualquier obstáculo, inclusive originado por razones objetivas atribuibles a las diferencias económicas o sociales de las partes que impidan o dificulten la vigencia de la igualdad procesal. Así se confirma la vieja exigencia de "igualdad de armas" entre los sujetos procesales que contienden, litigan y sostienen pretensiones adversas, aun cuando uno de ellos, como el Ministerio Público, sea oficial, y el otro, el imputado, particular.

El numeral 4 del artículo I consagra el derecho al recurso

o a la impugnación, frente a sentencias y autos de sobreseimiento, que pongan fin a la instancia. De esta manera se asegura la existencia de un recurso ordinario, la apelación penal (artículos 404, 413) que permita el cuestionamiento de lo decidido en materia de hechos y de derecho, esto es, integral, por un superior revisor.

En el inciso 5 del artículo I, desde la opción procesal que asume un compromiso cierto con el respeto de la dignidad humana, se establece la obligación estatal de garantizar la indemnización por los errores judiciales, sentándose las bases para superar el actual estado de cosas en esta materia, regulada por la ley 24973, de 28 de diciembre de 1988, cuya ineficacia es palmaria cuando se aprecia la ejecutoria del casi fantasmal Fondo Nacional Indemnizatorio de Errores Judiciales y Detenciones Arbitrarias.

El inciso 1. del artículo I consigna el derecho que se plasma en la afirmación que la justicia penal es gratuita. Esta ubicación no parece ser la más sistemática, pues lo coloca delante del conjunto de los grandes principios procesales, cuando se trata, más bien, de un elemento promotor de la igualdad, que en tal contexto y no fuera o por encima de él debe ser entendido. Este derecho, además, sufre una importante matización cuando se anota que no incluye el pago de costas procesales (artículo 497), instituto sobre el cual no se tienen mayores referencias o antecedentes nacionales, puesto que el C. de PP y el CPP 91 carecen de referencias al respecto. Ha de señalarse, sin embargo, que de la regla de pago de costas están eximidos el Ministerio Público, entre otros organismos, y sus representantes (artículo 499.1), y que, en cuanto a los demás sujetos procesales vencidos, el órgano jurisdiccional, atendiendo a la serias y fundadas razones que los haya llevado a promover o intervenir en el proceso, puede eximirlos de soportar dicha carga.

A la presunción de inocencia el Título Preliminar le asigna su artículo II. El inciso 1 de éste dispone que todo imputado sea considerado inocente y tratado como tal, en tanto no se pruebe lo contrario y se declare su responsabilidad mediante sentencia firme y motivada. Esa sentencia, agrega la norma, ha de edificarse sobre suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales, destacándose que cuando media duda sobre la responsabilidad penal ha de resolverse a favor del imputado. En suma, para desvirtuar la presunción de inocencia, a través de una sentencia condenatoria, será inexcusable que: a) la carga material de la prueba, en relación a los hechos constitutivos de la pretensión penal, haya sido promovida y actuada por la parte acusadora y no por la defensa, b) la prueba se practique en juicio oral y bajo intermediación del órgano jurisdiccional sentenciador, c) los actos de prueba no sean confundidos con los atestados policiales u otros actos de investigación, d) los jueces no fundamenten su sentencia en prueba prohibida o ilícita, e) las sentencias



de condena no se soporten exclusivamente sobre la declaración de coimputados, y f) los jueces cumplan con la obligación de razonar la prueba y la expliciten al motivar su fallo<sup>36</sup>. Queda claro, entonces, que a nadie puede imponérsele condena si durante el proceso, a través de la actividad probatoria, legítima, idónea y fehaciente, no se establece su responsabilidad más allá de cualquier duda razonable.

El inciso 2 del artículo II, como derivación muy importante de la presunción de inocencia, prohíbe que algún funcionario o autoridad policial presente como culpable a una persona, no condenada por sentencia firme, o brinde información en tal sentido. Nadie que conozca el morbosos espectáculo mediático que se regodea presentando a imputados o procesados como si se fuesen culpables o reos rematados, negará la importancia que tiene acuñar una garantía como la descrita y promover su pleno respeto.

El artículo III estatuye la garantía “ne bis in idem” de forma completa, ya que acoge su significado material referido a la proscripción de doble sanción por un mismo hecho punible, lo que la relaciona con la cosa juzgada, y también sus implicancias procesales, prohibiendo la doble persecución, sucesiva o simultánea, por lo mismo, siempre, además, que se trate de idéntico sujeto e igual fundamento.

En el entendido que la potestad sancionadora del Estado es única, aunque bien pueda adquirir perfiles administrativos o penales, y que aquél tiene una sola oportunidad para hacer valer su pretensión punitiva, el Título Preliminar precisa que la interdicción de la persecución múltiple rige también para las sanciones penales y administrativas, en cuanto resulta inadmisibles que por el mismo hecho éstas se acumulen; de ahí que para evitar superposiciones perjudiciales al imputado regle que el derecho penal tiene preeminencia sobre el derecho administrativo; una manifestación de lo dicho se encuentra en el inciso 6 de la Segunda Disposición Modificatoria y Derogatoria del NCPP, que dispone que el artículo 8 del D. Leg. 813 (Ley Penal Tributaria, de 20 de abril de 1996), referido a la investigación y promoción de la acción penal en los delitos tributarios, quede redactado de modo que la administración deba comunicar al Fiscal los indicios de la comisión de delito tributario descubiertos en el curso de sus actuaciones, que el Fiscal, en razón de este aviso y en coordinación con el Órgano Administrador del Tributo, disponga lo conveniente, que ordene a la administración ejecutar ciertas diligencias o las realice por sí mismo, y que, en cualquier momento, disponga que dicho órgano le remita todo lo actuado en el estado que se encuentre, prosiguiendo la pesquisa en Fiscalía o por la policía.

Consecuente con la tradición liberal, en este mismo

artículo, el NCPP exceptúa de los efectos del “ne bis in idem” los casos de revisión de la sentencia condenatoria, que se canalizan a través de la acción correspondiente cuando ulterior condena o imposición de medida de seguridad es dictada contra persona distinta del primer sancionado y ambas sentencias colisionan por inconciliables, de lo que resulta la prueba de inocencia del primigenio condenado. Otro tanto ocurre cuando la sentencia se emite contra una precedente que es cosa juzgada; asimismo, si se demuestra que un elemento de prueba decisivo en la sentencia, es falso, inválido, adulterado o falsificado; o luego de la sentencia se descubren nuevos hechos o medios de prueba, capaces de establecer la inocencia del condenado; también, si se acredita que la sentencia fue producto de un delito cometido por el Juez o grave amenaza contra él o sus familiares, siempre que en tales hechos no haya intervenido el condenado, y cuando la norma que sustentó la condena fuese declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional o inaplicable en un caso concreto por la Corte Suprema (artículo 439).

A diferencia de los modelos inquisitivo y mixto, el NCPP hace capitales precisiones sobre la función asignada al Ministerio Público. El inciso 1 del Artículo IV indica, para esto, que le corresponde la titularidad del ejercicio público de la acción, esto es, que sólo a él, en la medida que tiene la calidad de órgano civil autónomo de persecución del delito y sus agentes, le corresponde poner en marcha la maquinaria judicial para la apropiada determinación y realización de la pretensión punitiva. Esta tarea persecutoria, en consecuencia, importa investigar, acusar y probar la acusación, en claro cumplimiento de la carga probatoria que la distingue.

Sin embargo, ha de tenerse muy en cuenta que el Ministerio Público no es el abogado de la víctima, sino de la sociedad y que por ello sus actividades las somete al estricto principio de objetividad. No indaga, pues, para acusar de cualquier manera y en todos los casos, sino para descubrir la verdad de los hechos, de ahí que la información probatoria que recoja no tenga que ver únicamente con la responsabilidad del imputado sino también, en su caso, con la inocencia del mismo. Siendo el Ministerio Público el único ente autorizado para requerir la actuación judicial con respecto a los delitos de persecución oficial y por lo tanto el responsable de obtener del órgano jurisdiccional condenas que materialicen las consecuencias punitivas de la norma penal, deviene obvio reconocerle papel conductor y contralor jurídicos de los actos de investigación que practica la policía, quien cumple tarea operativa y función de policía judicial al servicio del Ministerio Público (inciso 2 del artículo IV).

El inciso 3 del artículo IV es un canon explícito

<sup>36</sup>GIMENO SENDRA, Vicente. *La prueba prohibida*. Separata. Conferencias Vagistrales, Lima 6 y 7 de abril de 2006, Instituto de Ciencia Procesal Penal, páginas 1 y 5.

diferencial de los actos de investigación realizados por el Ministerio Público o la policía y los denominados actos jurisdiccionales. No existe entre ellos sinonimia, puesto que emanan de órganos diferentes, con atribuciones y funciones distintas, por lo que cuando sea necesaria una decisión de naturaleza jurisdiccional el Ministerio Público la requerirá, expresando las razones de su pedido, del órgano judicial.

Para asegurar celosamente la estructura acusatoria del mecanismo procesal, el artículo V, inciso 1, remarca las atribuciones y competencias funcionales de los jueces, atribuyéndoles, como luego se detalla al reglarse el proceso común (Libro tercero), la dirección de la fase intermedia y, sobre todo, del juzgamiento, así como la compleja tarea de expedir resoluciones que resuelvan las incidencias de la causa y sentencias que le pongan fin. Es garantía de cualquier persona, dice el inciso 2 del numeral examinado, que la pena o medida de seguridad que se le imponga lo sea por el órgano judicial determinado por ley, con lo que se confirma el aserto que el derecho penal se aplica única y exclusivamente por los juzgados y tribunales y sólo mediante el proceso, lo que deriva de un triple monopolio: uno, el de la exclusividad estatal en la determinación de las conductas que son delito y de las penas que las conminan, con lo que se proscriben la autotutela y la justicia privada; dos, el de la concreción aplicativa del derecho penal sólo por los órganos judiciales, no legislativos, ni administrativos; y, tres, el de la exclusividad procesal, en cuanto el proceso es el medio para asegurar la legalidad del resultado final de la causa y los derechos del acusado<sup>37</sup>.

De las medidas limitativas de derechos se ocupa el artículo VI. Lo hace multilateralmente al referir sus notas esenciales y presupuestos. Según este dispositivo la coerción se atiene a las medidas previstas en la Ley Suprema y su imposición requiere modo y forma legales, además de la concurrencia de garantías. La limitación de derechos no se impartirá de oficio sino siempre a petición de parte legitimada, requiriendo intervención judicial y dictado de resolución motivada, con suficiente base indiciaria o elementos de convicción y auténtica necesidad procesal, esto es, respetando las exigencias de la razonabilidad. El grado de ingerencia que implique una medida limitativa dependerá, asimismo, de la ponderación que, recurriendo al criterio de proporcionalidad, se realice según la naturaleza y propósito de la medida, y la envergadura del derecho fundamental afectado.

Por lo dicho, para el NCPP la libertad del imputado es la regla y la prisión preventiva una excepción, que de ningún modo puede ser asumida fuera de sus notas instrumentales y constituir adelantamiento de condena.

Ninguno de los motivos que fundamentan el empleo de

la coerción durante el proceso, como la búsqueda de pruebas, la conjura del peligro procesal de fuga o entorpecimiento de la actividad probatoria y la garantía de la indemnización de la víctima ante el riesgo de desapoderamiento patrimonial del imputado, contradicen lo precedente, la naturaleza operacional, nunca de fondo, de las medidas limitativas de derechos.

Superando el silencio que guarda al respecto el C. de PP., el artículo VII, incisos 1 y 2, del nuevo cuerpo rituario regula la vigencia temporal de la ley procesal penal, en el sentido que ésta es de aplicación inmediata, inclusive cuando se trata de procesos en trámite, lo que quiere decir que la norma procesal aplicable será siempre aquella que esté vigente en el momento de realización del acto procesal, a diferencia de lo que ocurre en el campo del derecho penal material, en el cual rige la regla que indica que la norma aplicable es la que estuvo vigente cuando se cometió el delito. El principio de aplicación inmediata de la norma procesal se adecúa admite, sin embargo, algún matiz de flexibilidad, como la referida a la aplicación ultractiva de la ley anterior cuando se trata de medios impugnatorios ya interpuestos, actos procesales con principio de ejecución y plazos ya iniciados. Es más, también se admite la retroactividad benigna de la ley procesal más favorable a los derechos individuales del imputado, dictada con posterioridad a la actuación procesal, así se trate de actos concluidos.

Por su lado, los incisos 3 y 4 de este artículo VII establecen pautas básicas de interpretación de las normas adjetivas, sobre todo, de las que coactan la libertad o restringen el ejercicio de derechos procesales, limiten un poder conferido a las partes o estipulen sanciones rituarias, en el sentido que la interpretación debe ser restrictiva, quedando prohibidas la extensiva y la analogía, salvo que sean pro imputado o pro ejercicio de sus derechos; y que cuando existe duda insalvable sobre la ley aplicable debe optarse, también, por la más favorable al procesado.

El artículo VIII, en sus tres incisos, resume lo que el NCPP entiende como legitimidad de la prueba, la que se afina sobre las consideraciones que los únicos medios de prueba que pueden componer el acervo probatorio y, por ello, ser valorados, son los obtenidos e incorporados a la causa por un procedimiento constitucionalmente legítimo. El exigente filtro, previsto para asegurar el cumplimiento de lo precitado, es la regla de exclusión probatoria que estipula que no tienen efecto legal las pruebas obtenidas con violación de los derechos fundamentales de la persona (artículo 159). Conviene al respecto, detenerse a observar que el artículo bajo comentario menciona que esa obtención ilegítima de pruebas puede ser directa o indirecta, lo que nos coloca ante la admisión de la teoría del fruto del árbol envenenado o de los efectos reflejos de la prueba ilícita. Ha de notarse, también, que la norma dice violación del

<sup>37</sup>MONTORO AROCA, Juan. *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*. Valencia: Tirant lo blanch, 1997.

“contenido esencial” de los derechos fundamentales, lo que permite deducir que la regla de exclusión probatoria admite ciertas excepciones como las sustentadas en la “buen fe” del operador, la “infracción beneficiosa para el imputado”, la “eficacia de la prueba ilícita con respecto a terceros” o personas distintas al titular del derecho afectado, la “ponderación de intereses”, la “destrucción de la mentira del imputado”, y la del “actuar a propio riesgo”, como ocurre cuando alguien hace revelaciones voluntarias sobre un delito o acerca de actividades relacionadas con esta clase de hechos, ante un interlocutor que lo graba sin su conocimiento<sup>36</sup>.

Demostrando su decantada concepción garantizadora, el NCPP, en su artículo IX, incisos 1 a 3, se detiene en cada una de las manifestaciones del derecho de defensa, estipulando que a todo imputado debe informársele de sus derechos y, en forma detallada y de inmediato, de la imputación que pesa contra él. Precisa, además, que el imputado tiene derecho inviolable e irrestricto a ser asistido por un abogado defensor de su elección o de oficio, desde que es citado o detenido, a contar con tiempo suficiente para preparar su defensa, ejercitar su defensa material, participar, con igualdad de armas, en la actividad probatoria, y usar los medios probatorios pertinentes.

En igual sentido, este numeral IX del Título Preliminar, prohíbe que el imputado sea obligado o inducido a reconocer culpabilidad, es decir, a inculparse o inculpar a sus familiares. Semejantes estipulaciones encuentran pleno sustento en las consideraciones ya expuesta al tratarse la presunción de inocencia.

Conforme a las tendencias procesales más avanzadas, el NCPP dedica especial atención a la víctima del delito, para evitar perjudicarla doblemente con los avatares o secuelas de la causa, de modo que (inciso 3) le asegura los derechos de información y participación procesal y establece la obligación oficial de protegerla y darle un trato apropiado. Esto explica la nueva tesitura procesal asumida en lo referente a la víctima por los artículos 94 y siguientes del código, así, por ejemplo, cuando se indica que tiene derecho, entre otros, a ser informada del resultado del procedimiento aun cuando no haya intervenido en él, a ser escuchada antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal, a recibir un trato digno y ser protegida, y a impugnar el sobreseimiento y la sentencia absolutoria (artículo 95.1). Algo semejante ocurre cuando se norma que en los delitos que afectan intereses colectivos, es decir, que lesionan a un número indeterminado de personas, o en crímenes internacionales, se consideran como agraviados a las asociaciones vinculadas directamente con esos intereses, siempre que estén reconocidas e inscritas antes de la comisión del delito

(artículo 94.4).

El artículo X, que cierra el Título Preliminar, afirma el valor expansivo de las implicancias de las normas que lo integran, al estatuir que éstas prevalecen sobre cualquier otro canon del código y que deben utilizarse como fundamento de interpretación. El siguiente ejemplo ayudará a comprender el sentido de la norma comentada. El artículo 370, al ocuparse de la ubicación de las partes en la audiencia, precisa que el Juez Penal tiene al frente al acusado, a su derecha, al Fiscal y abogado de la parte civil; y, a su izquierda al abogado defensor del acusado. Bien visto el asunto, se reproduce la distribución actual, tan propia del modelo mixto, con hondo resabios del inquisitivo, que aísla al acusado de su defensor y lo coloca solitario en el centro, obstaculizando objetivamente su participación en la estrategia de defensa, conforme aprecie y comente la marcha del proceso. Pues bien, en un auténtico juicio público, oral y de tendencia adversativa, como el que reclama el Título Preliminar del NCPP, la distribución de las partes en la audiencia tiene que permitir la comunicación plena y permanente del acusado y su defensor técnico (artículo 371.3), lo que importa que se encuentren uno al lado del otro, juntos, no separados. Esto exige cambiar de raíz la distribución actual, para colocar frente al Juez (centro y centro izquierda) al imputado y su abogado defensor, y al lado derecho, también frente al Juez, al Fiscal y la parte civil y su defensa. Así es como debe interpretarse el artículo 370 si se desea ser consecuente con los principios y el modelo innovador del CPP de 2004.

### 3. Principios y problemas de implementación

Se equivocan quienes piensan que el NCPP es una creación que se agota en la búsqueda de modernidad o mejoramiento normativo, estimulado por la preocupación académica de algunos bien intencionados profesores; por el contrario, este nuevo sistema procesal es la respuesta más completa que se ha dado al estado de crisis permanente del servicio, se trata, entonces, de una propuesta para salir del estancamiento que deslegitima cada vez más la actuación oficial de la justicia penal y sus operadores. La crisis a enfrentar es muy compleja, como lo dejan ver sus síntomas más evidentes; por un lado, se tiene el descontento de la colectividad y los agraviados, su intranquilidad e inseguridad ante el crecimiento del delito y sus prácticas violentas y el nulo resarcimiento por los daños que éstos ocasionan; por el otro, se expande el fenómeno de los presos sin condena, sometidos a causas que no se resuelven en un plazo razonable; internamente, las cosas no se ven mejores, porque los despachos fiscales y judiciales padecen y se sofocan tras el peso enorme de la sobre carga procesal.

En un estado de cosas como el descrito y dado el primer

<sup>36</sup>Véase el Acta de la sesión del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal: “Problemática en la aplicación de la norma penal, procesal y penitenciaria”. Trujillo, 11 de diciembre de 2004. Acuerdos Plenarios. Tema 3: La prueba ilícita y la prueba prohibida.

paso consistente en establecer en el ámbito normativo un nuevo modelo procesal penal, lo que corresponde, enseguida, es asegurar su implementación o puesta en marcha eficaz y eficiente. Al respecto no debe cederse ante la posición simplemente operacional que imagina que los problemas se resolverán con más presupuesto o un mayor número de fiscales, jueces y abogados de oficio, porque tales mejoras, siempre indispensables, se diluirán en la medida que no se les dé un sólido cimiento y claro norte, aportados por los principios analizados.

Cuando los operadores del sistema asuman como propios los objetivos de la reforma, conozcan y comprendan la lógica del modelo y la estructura que trae el NCPP; cuando se percaten que es necesario, inclusive, cambiar la ideología, cultura y estilos de trabajo de la justicia penal tradicional, burocrática y escrita, entonces, recién será posible abrigar la esperanza de consolidar la marcha de un mecanismo procesal compatible con los requerimientos constitucionales y los tratados sobre derechos humanos.

Siendo que la implementación del NCPP es progresiva (D. Leg. 958), esto es, su vigencia avanza de distrito

judicial en distrito judicial, no simultáneamente en todo el país, podría surgir un problema digno de ser debatido con todo detenimiento. Nos referimos al reclamo que los procesados de los distritos judiciales donde el código aún no opera, podrían hacer sosteniendo que las diferencias o ubicaciones geográficas distintas, no tienen por qué afectarlos y privarlos de los beneficios y bondades del nuevo mecanismo procesal penal que ya disfrutaban otros inculcados, esto en el supuesto que el NCPP entre en vigencia plena a partir del 1 de julio de 2006 en el distrito Judicial de Huaura.

Este problema que a primera vista parece ser irresoluble, podrá ser atendido debidamente si a tal reclamo se responde con la indicación que si bien el código se va aplicando progresivamente, ello no significa que en el resto de distritos judiciales el servicio se imparta de espaldas a la Constitución. Se trata, en consecuencia, de atender todos los casos penales, en uno u otro distrito judicial, según las pautas de la Ley Suprema, reinterpretao cualquier norma, hasta la más imperfecta, bajo la óptica y exigencias de los principios que contiene el programa procesal penal de la Constitución.

