

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO

FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA DE DERECHO



**LAS IMPLICANCIAS CONSTITUCIONALES DE LA INTRODUCCIÓN
DE LAS DECLARACIONES PREVIAS EN LA ETAPA DE JUICIO ORAL
EN EL CONTEXTO QUE EL IMPUTADO HAYA HECHO EJERCICIO DE
SU DERECHO A NO DECLARAR**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE:
ABOGADO**

AUTOR (A)

REQUE GRADOS, ALESSANDRA BRIGITTI

Chiclayo, 27 DE NOVIEMBRE DEL 2018

**LAS IMPLICANCIAS CONSTITUCIONALES DE LA INTRODUCCIÓN
DE LAS DECLARACIONES PREVIAS EN LA ETAPA DE JUICIO ORAL
EN EL CONTEXTO QUE EL IMPUTADO HAYA HECHO EJERCICIO DE
SU DERECHO A NO DECLARAR**

PRESENTADA POR:

REQUE GRADOS, ALESSANDRA BRIGITTI

A la Facultad de Derecho de la
Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo

Para optar el título de:

ABOGADO

APROBADA POR:

(Mgtr). Ramos Soto Cáceres Gladys Yolanda Patricia

PRESIDENTE

(Abog). Centurión González Freddy

SECRETARIO

(Abog). Falla Rosado Miguel Ángel Augusto

ASESOR

DEDICATORIA

A Dios, porque sin él nada es posible.

A Mis Padres, Victor y Marisol por su amor, perseverancia y ejemplo para seguir adelante.

A mis hermanos, Yulissa y Victor David por ser mi motor y motivo.

AGRADECIMIENTO

A toda mi plana docente porque

Son parte de mi formación académica

Y en especial a la Dra. Patricia Ramos Cáceres,

Por su apoyo incondicional para desarrollar

Mi proyecto de tesis.

RESUMEN

La declaración previa entendida como la expresión de la manifestación de voluntad del investigado frente al representante del Ministerio Público, obtenida en la investigación preliminar o preparatoria; trasgreden los principios de inmediación y contradicción e imposibilitan a la contraparte examinar al órgano de prueba.

Todo lo que ocurre fuera del juicio oral, es estrictamente preparatorio; por tanto, los jueces para decidir se basaran en todo lo producido en la audiencia de juicio oral. En tal sentido, y desde una perspectiva del encuadramiento del proceso penal dentro del derecho constitucional, la oralización de las declaraciones previas vulnera las garantías constitucionales que inspiran el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva.

Asimismo, la oralización de las declaraciones previas no son suficientes para enerva la presunción de inocencia; vulnera la imparcialidad de la que está revestido el juez, en el sentido que produce que este se forme un criterio débil de la culpabilidad del sujeto activo. Además de ello, la oralización de tales declaraciones deviene en una forma tácita de obligar al imputado a declarar, constituyendo una máscara de la vulneración al principio constitucional de no incriminación.

Palabras Claves:

Declaraciones previas, oralización, juicio oral, valoración probatoria.

ABSTRACT

The prior declaration understood as the expression of the will of the researched in front of the representative of the Public Ministry, received in the preliminary or preparatory investigation; they transgress the principles of immediacy and contradiction and make it impossible for the counterparty to examine the test organ. Everything that happens outside the oral trial is strictly preparatory; therefore, the judges to decide will be based on everything produced in the oral hearing. In this sense, and from a perspective of the framework of the criminal process within the constitutional law, the oralization of the previous declarations violates the constitutional guarantees that inspire due process and effective jurisdictional protection.

Likewise, the oralization of previous statements is not enough to enervate the presumption of innocence; It violates the impartiality of which the judge is clothed, in the sense that it produces a weak criterion for the culpability of the active subject. In addition, oralization of such statements becomes a tacit way to force the accused to testify, constituting a mask of violation of the constitutional principle of non-incrimination.

Keywords:

Prior statements, oralization, oral trial, evidentiary assessment

ÍNDICE

DEDICATORIA.....	III
AGRADECIMIENTO.....	IV
RESUMEN	V
ABSTRACT	VI
ÍNDICE	VII
INTRODUCCIÓN	9
CAPÍTULO 1	12
LA CONSTITUCIONALIDAD DEL PROCESO PENAL	12
1.1. La Estructura del Estado como Fundamento de la Constitucionalidad del Proceso Penal.....	15
1.2. Las Garantías Procesales de los Justiciables	17
1.3. La Prevalencia de la Norma Constitucional.....	20
1.3.1. Control Constitucional	22
1.3.1.1. Historia	23
1.3.1.2. Definición.....	25
1.4. El Debido Proceso y Tutela Jurisdiccional.....	27
1.5. El Derecho Penal Garantista	34
1.5.1. El Derecho Penal Garantista en un Estado Social y Democrático de Derecho	35
1.5.2. Principios Garantistas que Incorpora el Derecho Penal	38
1.5.2.1. Principio de Proporcionalidad.....	44
1.5.2.2. Principio de Culpabilidad.....	49

CAPÍTULO 2	53
EL PROCESO PENAL Y LA IMPORTANCIA DE LAS DECLARACIONES PREVIAS.....	53
2.1. Estructura del Proceso Penal	54
2.2. Las Etapas del Proceso Penal	55
2.2.1. La Etapa de Investigación Preparatoria	55
2.2.2. La Etapa Intermedia	61
2.2.3. La Etapa de Juzgamiento.....	62
2.3. El Derecho a Guardar Silencio en el Juicio Oral	65
2.3.1. La Validez de la Declaración del Imputado como Prueba en la Etapa de Juzgamiento	70
2.3.1.1. Valoración del Derecho a Guardar Silencio Total o Parcialmente	75
2.3.1.2. El Derecho a Guardar Silencio en todas las Etapas del Proceso Penal o Sólo en Algunas Etapas	80
CAPÍTULO 3	90
IMPLICANCIAS CONSTITUCIONALES ANTE LA ORALIZACIÓN DE DECLARACIONES PREVIAS EN JUICIO ORAL.....	90
3.1. Indicio de Culpabilidad	92
3.2. Vulneración al Debido Proceso	97
3.3. Imparcialidad de Juez.....	97
3.4. Presunción de Inocencia	106
3.5. Derecho de Información	111
3.6. Valoración de las Pruebas.....	112
3.7. Derecho a Declarar Libremente	115
3.8. El debido proceso en el Perú	120
3.9. Un Proceso Penal Conforme a la Constitución	122

3.10. Vulneración al Principio de No Incriminación	126
3.11. Legislación Comparada sobre la No Incriminación	129
CONCLUSIONES.....	135
RECOMENDACIONES	137
BIBLIOGRAFÍA	139

INTRODUCCIÓN

La presente investigación se ha motivado en base a la revisión de la estructura procesal que incorpora el Nuevo Código para el desarrollo del juzgamiento, así es que surge como motivación el cuestionamiento del rol que desempeña la introducción de las declaraciones previas en la etapa de juicio oral, entendiéndose que ingresan a ésta etapa en obediencia a lo prescrito en el artículo 376.1 el mismo que indica la oralización de tales declaraciones brindadas en una etapa diferente y previa a la que se estudia, (etapa preliminar), ello en atención a la finalidad que estaría cumpliendo, esto es el hecho de recabar información, bajo la figura que el imputado haya hecho ejercicio de su derecho a no declarar.

Básicamente la preocupación radica en analizar la situación en que el imputado no desea declarar o cuando se manifiesta también que no desea se dé lectura a sus declaraciones previas, por lo mismo que resulta correcto entender que tal acción terminaría siendo una vulneración de los derechos que corresponden al imputado en base a las garantías que otorga el garantismo que caracteriza al derecho penal y procesal.

Para conseguir tal fin académico se ha estructurado la investigación en secciones que constituyen los capítulos, los mismos que se han originado en base a las metas trazadas por los objetivos específicos, las mismas que se lograron alcanzar en base al contenido que se ha incorporado en ellos y que a continuación se describen ligeramente.

En el primer capítulo titulado “La Constitucionalidad del Proceso Penal”, nos enmarcamos en la idea de un proceso que resguarda efectivamente la garantía del ejercicio de los derechos fundamentales que corresponden a los sujetos que son investigados en un proceso penal constitucionalizado; la consecución de tal

entendimiento nos sirvió de argumento para posteriormente indicar la necesidad de evitar la vulneración de los derechos que asisten al imputado, cuyas declaraciones previas son oralizadas en el juicio, aún bajo el acogimiento al derecho a guardar silencio.

El Ministerio Público, al evaluar las fases del iter criminis y realizar la debida interpretación a los filtros de imputación objetiva, llegará a la fase de culpabilidad de la acción típica y jurídicamente reprochable, al sujeto que ingresa al proceso en calidad de inocente se le atribuye la imputación por el hecho que con posterioridad será materia de investigación penal, en la primera etapa del proceso, participando en calidad de investigado.

En ese sentido, durante el proceso de investigación, el procesado ejerce sus derechos constitucionalmente reconocidos en la carta magna; de tener responsabilidad o no, seguirá contando con los mismos derechos, dentro de ellos obra el derecho a no declarar, subsumido en el derecho de no autoincriminación, la capacidad de no autoincriminarse por el hecho reprochable.

Es en este momento procesal donde surge el problema que nos planteamos investigar, siendo de importante necesidad verificar si es que resultaría posible actuar en juicio oral las declaraciones previas del imputado sin menoscabar la estructura del examen de culpabilidad que forma parte del razonamiento que determine la imputación de un determinado delito.

En el segundo capítulo titulado “El proceso penal y la importancia de las declaraciones previas”, se busca describir la estructura esencial del proceso penal con la intención de especificar los momentos en que se genera y participa la declaración del imputado, buscando establecer sus fines, de modo tal que se identifique la naturaleza jurídica que comporta en el proceso, ello con la intención de reconocer la necesidad del manejo adecuado de las mismas, esto es que la utilización en la etapa del juzgamiento no

supere la garantía de los derechos que asisten al imputado en tanto haya hecho uso del silencio.

En nuestro tercer capítulo nos enramos en el análisis de las implicancias constitucionales que produce la oralización de las declaraciones previas en juicio oral; ello desde la perspectiva amplia de las garantías que implica el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva; abarcando además las garantías inmersas, dentro de ellas, la imparcialidad del juez, la presunción de inocencia, el derecho de información y la valoración de las pruebas.

Para finalmente culminar con el desarrollo del principio de no incriminación, entendido como uno de los grandes pilares del derecho a la presunción de inocencia; definiéndolo como el derecho del imputado de no colaborar con su propia condena, concediéndosele la facultad de decidir voluntariamente si desea declarar o no; es decir, si decide aportar elementos de prueba que finalmente, ante determinadas circunstancias lo llevarían irremediabilmente a su propia incriminación.

CAPÍTULO 1

LA CONSTITUCIONALIDAD DEL PROCESO PENAL

La presente investigación académica busca establecer si resulta jurídicamente apropiada la oralización de las declaraciones previas del imputado, cuando éste se haya acogido al derecho a guardar silencio; bajo este supuesto se ha considerado prudente recoger la teoría de la constitucionalidad del proceso penal, el cual se describirá desde los fundamentos que inspiran tal condición, hasta la consecuencia que se presume debe desencadenar como efecto en el proceso mismo, cual es la garantía de los derechos fundamentales dentro de su desarrollo.

El desarrollo progresivo del tratamiento de los derechos humanos en el ámbito internacional, con su consagración en diversos instrumentos internacionales, ha generado un proceso que la doctrina denomina como la internacionalización de los derechos humanos, tendencia universal que ha impactado significativamente en los ordenamientos internos de los Estados, todo este fenómeno es al que algunos tratadistas lo denominan como la constitucionalización de los derechos humanos, lo cual repercutirá en el derecho penal, pues al fin y al cabo los imputados nunca pierden su calidad de seres humanos, por lo que están revestido de una serie de derechos que los amparan y deben ser respetados.

Este impacto normativo se expresa en la positivización de los derechos fundamentales en las Constituciones de todos los estados, pero la importancia de tales derechos humanos no solo se expresa en su reconocimiento y consagración normativa constitucional, sino también se expresa en el tratamiento que recibe el sujeto activo del delito, tratamiento que debe ser acorde a la protección de estos derechos fundamentales de los que estamos comentando, pues solo allí se evidencia el Estado Social y Democrático de Derecho.

“En el campo del derecho penal material, esto se comprueba en el establecimiento de principios limitadores del poder punitivo del Estado, lo que ha conllevado a la consagración de los derechos fundamentales como derechos que limitan desde el principio la autoridad del Estado y que operan como fuentes de obligaciones del mismo”¹

Podemos concluir que la consagración de los derechos fundamentales fue la razón fundamental y el motivo de ser de los principios que inspiran al derecho penal, sobre todo que limitan el poder punitivo del que esta investido el Estado; razones por las que los derechos fundamentales asumen el rol de limitar el poder y autoridad del Estado. De esta manera, conforme señala Muñoz Conde, la legitimidad del Derecho penal o del poder punitivo del Estado proviene del modelo fijado en la Constitución y de los Pactos y Tratados internacionales, reconocidos por la Constitución y que el Derecho penal debe respetar y garantizar en su ejercicio².

El autor le da al derecho penal un enfoque constitucional internacional, es decir tal ciencia debe seguir el modelo fijado en la Constitución y de los Pactos y Tratados

¹ BACIGALUPO, Enrique. Principios Constitucionales de Derecho Penal. Editorial Hammurabi, Buenos Aires-Argentina, 1999, p. 13.

² MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Derecho Penal. Parte General. 5° edición, Valencia-España, Editorial Tirant lo Blanch, 2002, p.70.

internacionales, sujetarse a él y cumplir los parámetros que en él se indican para asegurar la legitimidad que debe revestir al derecho penal.

Con respecto al derecho procesal penal, la noción de proceso penal está en relación con el grado de efectividad en la protección de los derechos fundamentales, los cuales estoy comentando. En este sentido, es común leer en la doctrina procesal penal, referencias como lo señalado por el maestro Roxin, quien en su obra Derecho Procesal Penal, caracterizó al “Derecho procesal penal como sismógrafo de la Constitución del Estado, por cuanto entran en conflicto intereses colectivos e individuales entre sí con más intensidad que en ningún otro ámbito, por lo cual la relación entre la ponderación de estos intereses resulta sintomática para establecer la relación entre el Estado y el individuo”³ Ello implica una suerte de control, teniendo como perspectiva el ámbito de las garantías que incorpora el desarrollo del proceso penal.

Se puede apreciar en esto el fundamento lo que se conoce como la constitucionalización del proceso penal, es decir que existe una fuerte raigambre entre las dos disciplinas, tanto derecho procesal penal y la carta magna desde el punto de vista del proceso, teniendo como principal fundamento la seguridad jurídica que implica la garantía de los principios como reglas de optimización, aplicados a la estructura del proceso mismo

Todo lo recogido en líneas anteriores me servirá para analizar el encuadramiento del proceso penal dentro del derecho constitucional, situación que finalmente llevará a analizar lo incorrecto de oralizar las declaraciones previas del imputado dentro del juicio oral, aun cuando el imputado haya optado por ejercer su derecho a guardar silencio, pues tal situación devendría en el incumplimiento y vulneración de principios constitucionales que deben revestir todo proceso penal.

³ ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal. Editores del Puerto S.R.L. Edición en castellano. Traducción de la 25ª edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B. J. Maier. Buenos Aires, 2000, p.10.

1.1. La estructura del estado como fundamento de la constitucionalidad del proceso penal.

Se ha encontrado en la doctrina lo que hace entender a la estructura del Estado totalitario como fundamento de la adquisición del carácter constitucional del proceso penal, el mismo que requiere de una administración gubernativa que tenga límites; para el caso del proceso penal ésta restricción debe estar orientada al poder punitivo del Estado, por lo que se requiere de una estructura de suficiente poder para proteger las reglas básicas del juego constitucional, restringir la marcha aplicativa de leyes autoritarias, para ejemplificar tomamos las palabras del profesor alemán Edmundo Mezger, quien señala lo siguiente:

“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”⁴.

Podemos entender esta puntualización de las circunstancias como los límites de la capacidad punitiva del aparato estatal, las condiciones en las que se desarrolle el reproche penal han de ser las más idóneas y las cuestiones extraordinarias serán los principios que generan la garantía que lleva implícita el proceso penal.

⁴ MEZGER, Edmundo. “*Criminología*”. Madrid: *Revista de Derecho Privado*, 1942, p. 244 - 245.

Además, lo recogido del autor citado sirve para justificar la existencia de un proceso penal constitucionalizado, es decir que proteja los derechos fundamentales del imputado así como la garantía del reconocimiento de justicia para la víctima de la acción reprochada como delito, en nuestro planteamiento sirve desde luego como guía que determina el alcance de la consideración de los medios de prueba y en función a ello surge el cuestionamiento de ¿Qué tanto se afecta el carácter constitucional de proceso penal con la consideración probatoria de las declaraciones previas en juicio oral?, duda que pretendemos despejar con el desarrollo del presente capítulo.

Siguiendo nuevamente la postura de ROXIN, encontramos que este jurista considera: “el Derecho penal es la forma en que objetivos de política criminal son traducidos en términos jurídicamente válidos”⁵.

El origen de la constitucionalidad del proceso tiene que ver con el cómo se ejerce tal control o limitación, característica del Estado de Derecho, para ello ubicamos al maestro FERRAJOLI, quien sobre la estructura política de un Estado de Derecho nos narra:

“(...) “estado de derecho” designa, en cambio, sólo aquellos ordenamientos en los que los poderes públicos están, además, sujetos a la ley (y, por tanto, limitados o vinculados por ella), no sólo en lo relativo a las formas, sino también en los contenidos. En este significado más restringido, que es el predominante en el uso italiano, son estados de derecho aquellos ordenamientos en los que todos los poderes, incluido el legislativo, están vinculados al respeto de principios sustanciales, establecidos por las normas constitucionales, como la división de poderes y derechos fundamentales”⁶.

⁵ ROXIN, Claus. Política criminal y sistema del Derecho Penal. Buenos Aires, 2000, p.68.

⁶ FERRAJOLI, Luigi. “Pasado y futuro del estado de derecho”, en *Estado de derecho: concepto, fundamentos y democratización en América latina*. Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2001, p. 187.

Según lo recogido del maestro italiano, podemos verificar que existe una peculiaridad de los Estados de Derecho a fin de que se ejerza tanto el poder cuanto el control del mismo, la soberanía estará en función del desempeño que produzcan los organismos que integran el sistema estatal bajo el respeto de ciertos principios que son recogidos en la carta de derechos que ejercen coerción en los destinos tanto del aparato de poder como de los gobernados.

En función de lo recogido entiendo que la estructura del Estado tiene la característica en su composición que alberga el desarrollo de la constitucionalidad, la misma que está inspirada en el control de las actividades que denotan el poder del Estado, tal función reguladora se ejerce buscando proteger las garantías que incorpora la Constitución, garantías que se ejercen mediante los derechos y que por último éstos deben protegerse en un proceso penal, allí la importancia de hablar del Estado y su estructura como fundamento de la constitucionalidad del proceso penal a la hora de verificar la garantía de los derechos de los justiciables.

1.2. Las garantías procesales de los justiciables

Tal cual se ha desarrollado anteriormente, el proceso penal tiene la básica característica de constitucionalidad, bajo el presupuesto de la garantía de los derechos fundamentales, corresponde por ello desarrollar también lo concerniente a ello, describir las garantías procesales que componen al proceso penal y que lo revisten del carácter constitucional.

Referirnos a la constitucionalización del proceso penal en el Perú, implica explicar las garantías que ofrece el sistema punitivo, así, en materia procesal penal, debido a que en ella se ventilan asuntos complejos como la potestad de perseguir y sancionar delitos y las consiguientes injerencias y restricciones del derecho fundamental a la libertad,

no es correcto sobredimensionar los aparatos de persecución e investigación del Estado, como el Ministerio Público y la Policía Nacional.

Se requiere entonces de cierta imparcialidad que permita hacer de las decisiones jurisdiccionales las más idóneas respecto a la correcta imputación y de esta manera, fortalecer los escudos protectores del justiciable contra la arbitrariedad. Toca, en cambio, confirmar la imparcialidad judicial que los restablezca si son avasallados, al respecto ubicamos a San Martín, quien indica lo siguiente:

“(...) 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 aluden aspectos concretos del procedimiento, de la estructura o actuación de los órganos penales”⁷.

Hemos de entender entonces que, estas garantías por el hecho de ser genéricas están referidas a todo el desenvolvimiento de la actividad procesal, en forma general a todo el proceso, ello nos invita a pensar que si de lo que se trata es de garantizar el equilibrio en tales actividades procesales éstas se deberán regir por los derechos fundamentales y su garantía, por lo mismo que deben estar condicionados a los principios que inspira la constitución, que desde luego son los mismos que se recogen en los derechos humanos, sobre ello encontramos la postura del investigador Dr. López Borja quien señala:

“a las garantías se 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 aquel”⁸.

⁷ SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho procesal penal, Volumen I. Cuestiones generales del derecho procesal Penal. Segunda edición actualizada y aumentada, Lima, Grijley, 2003, p. 81 y 82.

⁸ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Tratado de derecho procesal penal. Cizur Menor, Navarra, Aranzadi Thomson, 2004, p. 319 – 353.

Ya nos referíamos antes a la garantía de los derechos que se inspiran en el contenido de la constitución, tal garantía debe asumirse desde el punto de vista de una internalización de los conceptos garantistas, definiciones que se encuentran contenidas en normativa constitucional, la misma que se ocupa tanto de los aspectos procesales en el sentido de adquisición del juicio para lograr el razonamiento jurídico, cuanto a la forma en que se han de desarrollar estos razonamientos por parte del juzgador, sobre tal diferenciación nos detalla el filósofo jurídico Ferrajoli, quien describe de la siguiente manera:

“(…) las entiende orgánicas cuando atañen la formación del juez, y estrictamente procesales si tienen que ver con la formación del juicio”⁹.

Lo que debe entenderse de todo ello es que la constitucionalidad del proceso penal tiene una finalidad importante que se orienta a la protección de los derechos fundamentales del procesado, esta acción se alcanza mediante las garantías las mismas pueden y deben ser reconducidas hacia aquel gran objetivo de proteger al inculcado, quien solo podrá ser vencido legítimamente si en el proceso no se ha desconocido su dignidad y los derechos que de ella emanan.

Todo ello, desde luego dentro de los límites que establece un orden constitucional y democrático de derecho, que para nuestro trabajo de investigación resulta de mucha utilidad dado que los alcances de estas garantías limitarán el ejercicio punitivo del Estado, así en el proceso penal se han establecido etapas y que en función a ello las pruebas juegan un papel importante siempre y cuando no atenten contra los derechos del imputado que como persona le asisten inherentemente; entonces la decisión del uso de las declaraciones previas en el juicio oral, deberá ser tomada con mucha

⁹ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, Madrid, Trotta, 1998, p. 539.

cautela por el Juzgador, siempre bajo el análisis de los presupuestos del derecho penal garantista.

Sin embargo, esta limitación al poder punitivo no deberá constituir una apertura otros injustos, lo que debe buscar el proceso penal es cumplir con el equilibrio que la constitución establece, por lo mismo que sobre las garantías procesales debemos entender que no se estipulan para satisfacer los requerimientos oficiales del Estado o de sus aparatos fiscales, policiales y judiciales, sino para que los destinatarios del servicio de justicia penal, la comunidad, los agraviados y procesados sean resguardados y satisfechos.

Entonces, puedo asumir que la protección garantista que incorpora un proceso penal ha de ser verificada desde el punto de vista de los derechos que corresponden a las partes, desde la perspectiva del control del poder punitivo del Estado, con el fin de evitar abusos innecesarios que se traduzcan en errores judiciales, así se justifican las garantías procesales básicamente del imputado, ello en función a la puesta en riesgo de un bien tanpreciado como lo es la libertad que le sigue en importancia al derecho a la vida.

Con respecto al planteamiento esta protección garantista servirá para el control en cuanto al cumplimiento de los derechos del procesado, a fin de no dejar que se produzcan abusos innecesarios que se desencadenarían como consecuencia de la oralización de las declaraciones previas del imputado.

1.3. La prevalencia de la norma constitucional

La discusión que promueve la presente investigación está orientada a verificar la equidad que se presenta en el proceso penal, básicamente en la etapa del juicio oral, bajo la circunstancia que el imputado ha hecho ejercicio de su derecho a no declarar, cuando se cuenta con las declaraciones previas y se requiera la consideración de

éstas como pruebas y se solicite su actuación como tal; corresponde entonces conocer que garantías asisten al imputado, por lo cual se habla de la prevalencia de ciertas normas sobre las reglas; así teniendo en cuenta que ello tomamos lo referido por el investigador de la PUCP Rodríguez Hurtado, quien en su artículo jurídico titulado: “La constitucionalización del derecho procesal y su repercusión en la reforma de la normatividad ritual “ señala lo siguiente:

“La Constitución es entendida como suprema manifestación normativa del consenso y acuerdo fundacional y político de los ciudadanos asociados, entonces debe reconocerse que todas las normas ordinarias que regulan las actividades de aquellos, incluida el área de resolución de conflictos jurídico penales, tienen que exhibir compatibilidad constitucional so pena de expulsión del ordenamiento jurídico a través del control concentrado del Tribunal Constitucional o declaradas inaplicables al caso, mediante control difuso judicial (artículos 51, 138. Segundo párrafo, 200.4, 201, 202.1 y 204 Constitución)”¹⁰.

Resulta importante la prevalencia de la Constitución dado que permite eliminar las circunstancias de exposición a la arbitrariedad del Estado mediante los posibles excesos de su poder punitivo, ello en razón de las garantías que la norma ofrece para la protección de los derechos fundamentales del justiciable.

Si nos referimos a los derechos fundamentales, básicamente cuando se tratare del imputado, cabría la duda de si los derechos garantizados para éste pueden caer en conflicto con los derechos que corresponden al resto de ciudadanos y al mismo Estado incluso, la incertidumbre del cómo resolver tal situación nos asalta, sobre ello podemos citar lo indicado por Binder, quien nos indica que:

¹⁰ RODRIGUEZ HURTADO, Mario Pablo. “La constitucionalización del derecho procesal y su repercusión en la reforma de la normatividad ritual (CPP) y el sistema de justicia penal”. Artículo Jurídico de la *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, Lima, Nº 71, 2013 p. 341 – 385.

“Esta necesaria coherencia normativa no es un 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”¹¹.

Se puede notar que según lo planteado por Binder, existe una salida al conflicto recreado, en tanto existan intereses que resolver mediante un proceso, resultara imprescindible tener en cuenta la prevalencia de la Constitución, pues es la única manera de asegurar un proceso penal acorde con la estructura que obliga un derecho penal garantista dentro de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho como el nuestro; en ese sentido será prudente tener en cuenta los alcances del control constitucional haciendo referencia incluso de sus inicios, tal cual lo desarrollamos a continuación.

1.3.1. Control constitucional

Como es conocido, las disposiciones constitucionales no son simples declaraciones, reglas o principios, sino son mandatos que constituyen normas obligatorias, las cuales deben ser observadas y cumplidas de forma estricta. Razones por lo que se han establecido diversas formas para tal cumplimiento, he allí donde entra a tallar el denominado control constitucional.

Tal cual se ha indicado en los párrafos anteriores desarrollaré la teoría del control constitucional, pasando primero por su historia para finalmente llegar a una definición concreta, conceptos que deberán servirnos de base para argumentar la justificación de una postura proteccionista de los derechos del imputado cuando hace uso de su derecho a guardar silencio en el juicio oral.

¹¹ BINDER, Alberto. Introducción al derecho procesal penal, Buenos Aires, Ad Hoc, 2002, p. 29.

1.3.1.1. Historia

En torno a su historia, tenemos un recuento desarrollado por el investigador OSCAR EIZAGUIRRE, quien en su artículo jurídico: "Historia del Control Constitucional en el Perú (1920 - 1993)", quien señala:

“El primer antecedente del control de constitucionalidad en América son las Cortes de Cádiz de 1812, pero en ella no existía ningún mecanismo específico de control frente al Legislativo ni se creaba institución expresa para este fin, solamente se mencionaba un procedimiento contra infracciones a la Constitución, ya que preponderaba la idea de la Constitución como norma suprema. En el Perú no se menciona nada en las primeras constituciones, pero si hubo por parte de congreso intentos de tener el control de la constitución, sin ningún procedimiento específico de control, recién en la Carta de 1856, en el artículo 10° señalaba que toda ley era nula si era contraria a la Constitución y esta norma fue también incluida por una comisión ad hoc de la Convención Nacional de 1855-1856, pero sin debate, era sólo un principio inconcluso que no significaba la institución de ningún control constitucional, pero esa Carta fue derogada y dejada sin efecto por la Constitución de 1920”.¹²

Para poder referirse con exactitud a la justificación del control constitucional que se ejerce mediante el proceso penal, debemos nuevamente referirnos a la estructura del Estado tal cual se conoce desde su evolución en el que se protegen los derechos fundamentales, justamente derechos que pretendemos usar como argumento de nuestra propuesta, garantía de su respeto que debe controlarse en la estructura del proceso penal constitucionalizado como hoy lo llamamos, a fin de establecer más exactitud sobre lo dicho tomaremos la siguiente conceptualización de GOMEZ MARTINEZ, que señala:

¹² EIZAGUIRRE, Oscar. "Historia del Control Constitucional en el Perú" (1920 - 1993)". 2012. [ubicado el 25.X 2017]. Obtenido en: <http://oscar-causasyazares.blogspot.pe/2012/06/historia-del-control-constitucional-en.html>.

“En efecto, en la última evolución del Estado de derecho, el Estado constitucional de derecho, el juez ha encontrado su función en la garantía y efectividad de los derechos fundamentales sustantivados en el ordenamiento jurídico. Tras la segunda guerra mundial el juez ha adquirido un especial protagonismo en el desarrollo y materialización de lo que Ferrajoli llama "el pacto constitucional sobre los derechos fundamentales". Carente de una legitimidad democrática de origen, el juez la ha hallado en la aplicación de la ley, pero no de la ley formal, sino de la que incorpora los derechos fundamentales reconocidos en la parte dogmática de las constituciones, hasta el punto que en caso de desacuerdo entre la ley y el derecho fundamental constitucionalmente reconocido, el juez puede interponer cuestión de inconstitucionalidad”¹³.

La evolución que se aprecia respecto a la estructura del Estado, hace notar la dirección que adopta la Constitución en el afán de garantizar el equilibrio social mediante la aplicación de justicia, aspecto que se inspira en el sistema proteccionista, lo mismo que debe tener un efecto en el desarrollo jurisdiccional, esto es, que la motivación de las decisiones se basen en criterios técnico jurídicos que busquen en primer orden la garantía de los derechos de las partes que asisten a un determinado proceso.

En la cita incorporada también, recopilando antecedentes históricos, se narra que tras la segunda guerra mundial el juez ha adquirido un rol protagónico en el desarrollo de los derechos fundamentales; además lo último que se señala el autor, notamos que no es más que un somero acercamiento a lo que conocemos en nuestra legislación como control difuso, es decir ante una confrontación entre la ley y la constitución se tiene preferencia a esta última.

¹³ GÓMEZ MARTÍNEZ, C. El juez en una sociedad multicultural. Jueces para la Democracia. Información y Debate. Lima. 2004, p., 16 - 20.

Esta recopilación histórica servirá para establecer los parámetros encaminados a un mejor desarrollo jurisdiccional, esto es, que la motivación de las decisiones se basen en criterios técnico jurídicos que busquen en primer orden la garantía de los derechos de las partes que asisten a un determinado proceso; lo que nos servirá para finalmente establecer lo incorrecto que resulta la oralización de las declaraciones previas del imputado cuando este haya ejercido su derecho a no declarar.

1.3.1.2. Definición

El control Constitucional ha sido entendido por los investigadores LUIS ARANA VÁSQUEZ y JESÚS JULIO FLORES CASTILLO en su Tesis para optar por el Título de Abogado, denominada: “Límites al ejercicio del Control Constitucional y su impacto en el desarrollo de la Jurisdicción Constitucional en el Perú”, como:

“(…) Es menester la implementación de un mecanismo que en la práctica tenga como finalidad proteger a la Constitución, y así mantener vigente los derechos fundamentales que se encuentran en ella, así como fiscalizar o verificar si es que la constitución ha sido ultrajada y sobre todo adoptar una decisión que puede ser afirmativa o negativa. Esto último implica que a través de este mecanismo se pueda llegar a inaplicar una norma que resulte ser inconstitucional, o no siendo esta norma inconstitucional, por medio de la interpretación armonizarla y compatibilizándola con la Constitución. Este mecanismo al que hacemos referencia y que protector a la constitución es denominado Control Constitucional”¹⁴

En la definición anterior, el control constitucional ha sido entendido como como un mecanismo estatal que protege a la Constitución y mantiene vigente los derechos

¹⁴ ARANA VÁSQUEZ, Luis; FLORES CASTILLO, Jesús Julio. Límites al Ejercicio del Control Constitucional y su impacto en el Desarrollo de la Jurisdicción Constitucional en el Perú. Fondo editorial de la Universidad Nacional de Trujillo. La Libertad. Trujillo. 2016, p.17

fundamentales que están contenidos en ésta; pero las funciones del control constitucional no solo se reducen a ello, sino que asume también una tarea fiscalizadora en tanto al cumplimiento de los derechos que nuestra constitución contiene, adoptando decisiones para solucionar tales vulneraciones.

Por otro, lado también recogemos la definición realizada por el Dr. CÉSAR EDMUNDO MANRIQUE ZEGARRA, en su artículo denominado: “El Control Constitucional, La Historia y la Política Judicial”, donde señala:

“El concepto de Control Constitucional es bastante extenso. En una comprensión amplia y general comprende el conjunto de mecanismos sociales, políticos, institucionales, comunitarios, individuales y colectivos que se ponen en movimiento para asegurar el respeto de los derechos fundamentales de las personas y la vigencia del orden jurídico político en sus diversos niveles y expresiones. Podemos llamarle control constitucional social. En una comprensión menos lata, el concepto de Control Constitucional estaría referido a la actividad de las instituciones del Sistema Jurídico Político realizada con el mismo objeto. Será entonces control constitucional político o institucional. Una más estrecha comprensión indicará que el Control Constitucional es ejercido por las Instituciones Judiciales. Lo llamamos control constitucional judicial, y en otra, más restringida aún que la anterior, el Control Constitucional es ejercido por los Órganos Jurisdiccionales dentro de los cánones de un proceso judicial. Se trata en ese supuesto del control constitucional jurisdiccional. El control jurisdiccional es una de las clases de control judicial; el control judicial es una clase de control político o institucional; y este último es una clase de control social”.¹⁵

De la definición antes citada, podemos advertir que el autor enfoca el control de constitucionalidad desde cuatro aspectos; la primera como amplia y general, a la cual

¹⁵ MANRIQUE ZEGARRA, César Edmundo. "El Control Constitucional, la Historia y la Política Judicial", Cuaderno de Investigación y Jurisprudencia", N° 5, año 2, julio – setiembre 2004, 01-23

llama control constitucional social, la cual se basa en un estudio en conjunto de todo tipo de mecanismos sociales, políticos, institucionales, comunitarios, individuales y colectivos, los mismos que servirán para asegurar el respecto de los derechos fundamentales de las personas, pero sobre todo la vigencia del orden jurídico político en sus diversos niveles y expresiones.

La segunda más alta, a la que llama control constitucional político o institucional, el cual está referido a la actividad de las instituciones del Sistema Jurídico Político, realizada con el mismo objeto¹⁶.

La tercera que es la comprensión más estrecha y es ejercida por las instituciones judiciales, al cual llama control constitucional judicial, y por último, la más restringida que es ejercido por los órganos jurisdiccionales dentro de los cánones de un proceso judicial, al cual llama control constitucional jurisdiccional.

Con respecto a mi planteamiento es necesario verificar como es que funciona este control constitucional que estoy comentado, ante el supuesto fáctico de la oralización de las declaraciones previas del imputado en juicio oral, es decir cómo es que tal situación sería atentatoria de los derechos fundamentales del imputado y en consecuencia sería necesario el control constitucional del cual estamos hablando.

1.4. El debido proceso y tutela jurisdiccional

Resulta importante la consideración del debido proceso o derecho a un proceso justo y legal, lo que propugna que el proceso penal se halle revestido de transparencia, ajustado a ley y con garantías, es un 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

¹⁶ Cfr. MANRIQUE ZEGARRA, César Edmundo. “ El control constitucional, la historia y la política judicial”. Publicado en Revista del Centro de investigaciones judiciales del Poder Judicial. Lima, agosto, 2004, p. 9.

que, aunque explícitamente no se reseñan en la Constitución o la ley procesal ordinaria, dimanar, como los explícitos, del espíritu civilizado de ella, estas garantías se resumen en lo indicado por el filósofo Ferrajoli bajo la siguiente idea:

“Aunque la trascendencia de esta garantía reside en los asertos de que no hay responsabilidad o declaración de culpabilidad sin juicio, acusación y defensa”¹⁷.

Es posible agregar a ello que lo distintivo del debido proceso como figura del proceso penal, reposa en que la actuación jurisdiccional en sus múltiples manifestaciones no puede ni debe ser arbitraria o irrazonable; proceder así niega el estándar de justicia democrática y deslegitima las decisiones de los órganos judiciales, por lo mismo que podemos afirmar que si existen parámetros que obligan al proceso penal a respetar los momentos de actuación de las pruebas y la validez de éstas.

A mayor abundamiento tomaremos como referencia el análisis que realiza el profesor de la PUCP, Dr. RODRÍGUEZ HURTADO, quien indica:

“Con razón se afirma que el imperativo del debido proceso se despliega a partir de la V enmienda constitucional de los Estados Unidos de América, de ahí el interés que tiene reparar en que su fórmula vincula las más graves injerencias estatales sobre los derechos de las personas, como la vida, libertad o propiedad, a la existencia con el desarrollo de un debido proceso judicial, exento de abuso o arbitrariedad; es decir, afirma que las garantías procesales no son ritos o formalismo sino concreción operativa de los escudos protectores del justiciable”¹⁸.

Podemos notar, según la historia cuál es el origen del debido proceso, la cual, según la cita incorporada, notamos se sitúa a partir de la V enmienda constitucional de los

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 1998, p. 538.

¹⁸ RODRIGUEZ HURTADO, Mario Pablo. Ob. cit., p 360.

Estados Unidos de América. A demás de tal referencia histórica, en la cita mencionada se señalan los derechos más importantes que vinculan al debido proceso, los mismos que van a garantizarse si se respetan las garantías procesales que involucran el debido proceso. Con respecto a mi planteamiento, más adelante, en el último capítulo del presente trabajo de investigación se estudiará más a fondo como es que se afecta a todas las garantías que evidencian un debido proceso.

Con el fin de entender lo que significa el debido proceso, será preciso tomar como referencia a la definición que hace el jurista peruano Dr. CÉSAR LANDA ARROYO, quien en su libro denominado: “El Derecho al Debido Proceso en la Jurisprudencia. Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Tribunal Constitucional del Perú, Corte Interamericana de Derechos Humanos”, se refiere al debido proceso de la siguiente manera:

“El debido proceso es un derecho humano abierto de naturaleza procesal y alcances generales, que busca resolver de forma justa las controversias que se presentan ante las autoridades judiciales. Se considera un derecho “continente” pues comprende una serie de garantías formales y materiales. Como tal, carece de un ámbito constitucionalmente protegido de manera autónoma, de modo que su lesión se produce cuando se afecta cualquiera de los derechos que consagra, y no uno de manera específica”.¹⁹

De la definición del Dr. CÉSAR LANDA ARROYO, podemos notar que lo entiende como un derecho que contiene otros derechos importantes para el normal desarrollo de un proceso determinado, especialmente en lo que corresponde al derecho procesal

¹⁹ LANDA ARROYO, Cesar. “El Derecho al Debido Proceso en la Jurisprudencia. Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Tribunal Constitucional del Perú, Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Primera Edición ed., Vol. 1. Lima. Academia de la Magistratura. 2012., p. 16.

penal tiene una vital importancia su irrestricto respeto, buscar el equilibrio de los derechos que corresponden a cada una de las partes.

Por otro lado, también encontramos la definición dada por el investigador JOSÉ ÁVILA HERRERA, quien en su tesis para optar el Grado Académico de Magister en Derecho con mención en ciencias Penales, denominada: “El Derecho al Debido Proceso Penal en un Estado de Derecho”, señala que:

“(…) la garantía del debido proceso es reconocido como un derecho fundamental, consagrado en un instrumento de derecho público, y cuya titularidad no se limita ya a los miembros de un estamento federal, sino que se presenta como un derecho de todos los ciudadanos de un Estado o de todos los hombres por el hecho de serlo.”²⁰

De la mencionada definición podemos entender que el debido proceso es un derecho fundamental contenido en un instrumento de derecho público y que es un derecho de todos los ciudadanos.

Finalmente, el jurista, Dr. SAMUEL ABAD YUPANQUI mencionado por el maestro universitario Dr. REYNALDO BUSTAMANTE ALARCON, en su artículo jurídico: “Derechos Fundamentales y Proceso Justo, llamado también Debido Proceso”, considera que los elementos mínimos que integran el debido proceso son:

“a) el debido emplazamiento o noticia al demandado, b) el otorgamiento a las partes de una razonable oportunidad para comparecer, ser oídas y exponer sus derechos, c) que las partes cuenten con una razonable oportunidad de ofrecer y actuar medios de prueba con una razonable oportunidad de ofrecer y actuar medios de prueba para acreditar sus afirmaciones, d) que la causa sea resuelta por órgano jurisdiccional

²⁰ AVILA HERRERA, José. El Derecho al Debido Proceso Penal en un Estado de Derecho. Lima. Fondo Editorial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. 2004., p. 128.

permanente del Estado, legítimamente constituido e imparcial, y e) que la causa sea resuelta dentro de un plazo razonable de manera revocable”.²¹

De la definición antes propuesta, podemos advertir que este autor considera que el debido proceso está integrado por elementos mínimos, como los que menciona, esto es son elementos que garantizan el desarrollo de un proceso bajo los parámetros que exige la constitucionalidad del mismo.

Siendo este uno de los argumentos que tomaremos para indicar que las declaraciones previas del imputado no deben ser oralizadas en el juicio cuando este sujeto hace valer su derecho a guardar silencio, pero considero además importante hacer una revisión de la doctrina que desarrolla el concepto del Derecho Penal Garantista, para entender un poco más sobre el particular.

De la misma forma en que estamos hablando de forma amplia sobre la garantía constitucional del debido proceso, es imprescindible realizar la misma tarea pero ahora referida al derecho a la Tutela Jurisdiccional efectiva; considerándola como uno de los derechos fundamentales y/o constitucionales que tiene todo sujeto de derecho dentro de un proceso penal.

Razones por las que se implementan garantías mínimas para todos los sujetos de derecho que hagan uso o requieran de la intervención del Estado para la solución de casos concretos; utilizando para ello el proceso como instrumento de tutela del derecho sustancial de los mismos.

²¹ BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. *“Derechos Fundamentales y Proceso Justo, llamado también Debido Proceso”*. (s.f.). [ubicado el 19.X 2017]. Obtenido en la página web: http://www.bustamanteasociados.com/descargas/publicaciones/el_derecho_a_un_proceso_justo.pdf.

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva no comprende necesariamente obtener una decisión judicial acorde con las pretensiones formuladas por el sujeto de derecho que lo solicita o peticiona, sino más bien la atribución que tiene el juez a dictar una resolución conforme a derecho y siempre que se cumplan los requisitos procesales mínimos para ello; es decir, este derecho supone obtener una decisión judicial justa que evidencie siempre el respeto a los derechos constitucionales en equilibrio, tanto de la víctima como del imputado.

Cabe decir entonces que está latente la necesidad de resolver de forma justa las controversias que se presentan ante las autoridades judiciales el debido proceso es un derecho humano abierto de naturaleza procesal y alcances generales que incorpora la pautas para que se alcance una solución al problema con el respeto irrestricto de las garantías que otorga la Constitución de los estados a los imputados en un proceso penal.

Razones por las que es preciso definir que es tutela jurisdiccional efectiva, en ese sentido tenemos que:

“El derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva es el derecho de toda persona a que se haga justicia; a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional a través de un proceso con garantías mínimas”²²

Ahora que ya tenemos un concepto claro y preciso de lo que es la tutela jurisdiccional efectiva, es momento de estudiar cual es el contenido de la misma:

“El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva constituye aquel derecho inherente a la persona, a que su pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, pero sobre todo a que sea juzgado dentro del marco de un proceso penal en el que se respeten

²² GONZALES PEREZ, Jesús. El Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva, 2° edición, Madrid, Editorial Civitas, año 1985, p. 27

las garantías mínimas del debido proceso; en conclusiones encontramos sumamente relacionados el debido proceso con la tutela jurisdiccional efectiva”.²³

El derecho constitucional de tutela jurisdiccional efectiva que estoy analizando tiene muchos subprincipios ligados a ella, en primer lugar, a que la pretensión sea atendida por el órgano jurisdiccional; pero principalmente a que en el proceso penal se respeten las garantías mínimas del debido proceso; notamos que se sigue relacionando el principio de debido proceso con el de tutela jurisdiccional efectiva, por lo que concluimos que ambos están íntimamente relacionados.

El derecho de defensa en el proceso penal necesita preliminarmente la antesala del ejercicio de la tutela jurisdiccional efectiva, para lograr forjarse plenamente y para lograr manifestarse como tal. Razones por las que tenemos que el Art. 139.3 de nuestra carta magna incorpora esta garantía en el conjunto de las reglas genéricas de protección del ciudadano en el curso de un proceso judicial.

En pocas palabras asumimos que el derecho a la Tutela Jurisdiccional es un derecho complejo que comprende principalmente el derecho de acceso a la justicia, sino que también está investido de diversas manifestaciones de derechos correlativos, los cuales están mencionados en el inciso 03 del artículo 139 de nuestra constitución.

El estudio del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, junto con la garantía del debido proceso me servirán como instrumentos para analizar correctamente como es que la oralización de las declaraciones previas del imputado en juicio oral, aun cuando este haya ejercido su derecho a no declarar, significa la vulneración a garantías constitucionales que revisten un proceso penal.

²³ *Ibíd.*

1.5. El derecho penal garantista

Por historia conocemos que el Derecho penal nace con el Estado Moderno y que su principal función en el pasado y que se fortalece en el presente fue el de dar una fundamentación político – criminal a la intervención punitiva del Estado. Esta fundamentación político – criminal de la que hablo, implicaba relativizar en cierto modo la facultad de castigar del Estado, es decir limitar el ius puniendi del que está revestido. El Derecho Penal surgía, así como una garantía al ciudadano y una limitación respecto a la intervención punitiva del Estado, y en cuanto al fundamento político-criminal de la intervención punitiva del Estado y a la prevención general de delitos, constituyen al mismo tiempo principios garantistas del ciudadano, enfatizando siempre en la idea de limitación al poder del Estado.

El desarrollo posterior del Derecho Penal estará presidido por esta concepción y la constante tendencia del retorno a una concepción también contradictoria con esta idea político-criminal, y por lo tanto, se tiende hacia una concepción premoderna hacia el antiguo régimen, en que la pena entonces era simplemente una fundamentación teológica, como una fundamentación preexistente al Estado, ajena a una fundamentación político – criminal.

Se ha tenido en cuenta este acápite en razón de la importancia que incorpora al contenido del proceso penal, la contemplación de esta cualidad dentro de nuestro sistema penal detalla las características que debe cumplir la investigación, reseñando las pautas que servirán de garantía a los derechos de los imputados. Garantías que servirán para el control del análisis sobre lo correcto o incorrecto que resulta la oralización de las declaraciones previas del imputado, cuando este haya hecho uso de su derecho a no declarar.

1.5.1. El derecho penal garantista en un estado social y democrático de derecho

Corresponde describir la participación del Derecho Penal en la estructura de este tipo de Estado, tal cual se ha definido líneas arriba, la función que cumple es de control, básicamente sobre el poder punitivo del mismo Estado, que tiene en su composición ciertos parámetros de los cuales nos habla el filósofo jurídico FERRAJOLI, cuando detalla lo siguiente:

"El garantismo penal es ante todo un modelo cognoscitivo, de identificación de la desviación punible basado en una epistemología convencionalista y refutacionista (o falsacionista) hecha posible por los principios de estricta legalidad y de estricta jurisdiccionalidad. Es además un modelo estructural de derecho penal caracterizado por algunos requisitos sustanciales y por algunas formas procedimentales en gran parte funcionales a tal epistemología: como la derivabilidad de la pena respecto del delito, la exterioridad de la acción criminal y la lesividad de sus defectos, la culpabilidad o responsabilidad personal, la imparcialidad del juez y su separación de la acusación, la carga acusatoria de la prueba y los derechos de la defensa".²⁴

Desde ya se verifica el carácter proteccionista del Derecho Penal, lo que nos invita a razonar sobre las condiciones que han de cumplir las decisiones que se ocupen de la determinación de la responsabilidad de los sujetos a quienes se les imputa ciertas conductas contrarias al ordenamiento penal; resulta entonces una justificante del reproche social jurídico que se hace basado en los principios generales del derecho, siguiendo al maestro italiano, encontramos plasmada esta condicionalidad en su siguiente cita:

"En esta perspectiva (...) el modelo penal garantista equivale a un sistema de minimización del poder y de maximización del saber judicial, en cuanto condiciona la

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal, Madrid, Trotta, 1995., p. 169

validez de las decisiones a la verdad, empírica y lógicamente controlable, de sus motivaciones”.²⁵

La garantía que se estudia cual componente de un Derecho Penal que busca proteger los derechos de los imputados, incorpora un modelo garantista, el cual debe ser entendido como una estructura en la que se depende de la motivación que los juzgadores elucubren, haciendo uso de la regla existente, trasladándola a determinadas realidades. Sin duda alguna una de las características principales del modelo garantista es procurar una mínima intervención del Derecho Penal, entendemos que ello desemboca en medidas alternativas para a solución de conflictos, bajo el supuesto de evitar el abuso de derecho en el que pudiera caer el poder del Estado. Sobre ello nos aporta GARCIA PABLOS, cuando señala:

“La fórmula “Derecho Penal mínimo” refleja gráficamente la necesidad de una intervención “mínima” (en su contenido) y “garantista” (en sus formas) del Derecho Penal”²⁶.

Se requiere entonces de ciertas condiciones, o condicionamientos que procuren una sensación de equilibrio, equidad que únicamente se puede lograr a través de la garantía de los derechos fundamentales, y como lo dice ARAGONESES, se trata de decisiones que requieran de cierta validez.

“En una concepción garantista del proceso penal, éste pretende arbitrar un sistema de “minimización del poder y de maximización del saber judicial, en cuanto condiciona la validez de las decisiones a la verdad, empírica y lógicamente controlable, de sus motivaciones”.²⁷

²⁵ *Ibíd.*, p. 22.

²⁶ GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A. *Introducción al Derecho Penal: Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces., 2012, p. 206.

²⁷ ARAGONESES ALONSO, P. *Proceso y Derecho Procesal: Introducción*, Madrid, EDESA 1997., p. 22.

Entonces, si el proceso penal depende del análisis del juzgador, se infiere que esta dirección deberá estar imbuida de ciertas peculiaridades que requerirán tener una base argumentativa que permita desarrollar el control del que hasta ahora se ha venido comentando, sin duda alguna tal base se ubica en la constitución de los Estados, sobre esta legitimidad nos habla SILVA FRANCO, de la siguiente manera:

“El juez pasa a ser el garante de dicho sistema, contando, por cierto, con una legitimidad constitucional, no política: una legitimación que arranca no de la democracia política, de las mayorías, sino de la Ley y la Constitución, que le encomiendan la tutela del individuo y de sus derechos, absolviendo o condenando según las pruebas practicadas en el juicio, sea cual fuere al respecto el criterio de la mayoría o de la opinión pública”.²⁸

Se puede entender entonces el papel importantísimo que desempeña el Juez, así se desprende de la idea de legitimación que nos trae Silva, lo que le da la potestad de decidir, desde luego bajo cierto criterio discrecional, si se inculpa o no a un sujeto determinado, entonces notamos que se trata de un binomio conformado por el poder punitivo del Estado y el criterio del juzgador que será el llamado a aplicarlo; lo delicado del asunto radica justamente en este discernimiento, que será orientado por las pruebas que se obren en el desarrollo de la investigación, para nuestro caso planteado, respecto a la consideración del carácter probatorio o incriminatorio de las declaraciones previas oralizadas en el juicio, situación que buscamos orientar de la mejor manera a fin de poder establecer si resulta adecuada o no tal acción.

Tal actuación como posible medio probatorio no sólo tendrá efectos sobre la inculpación del denunciado, sino también sobre la misma estructura del sistema en el marco de un estado constitucional y democrático de derecho, puesto que el pilar de tal

²⁸ SILVA FRANCO, A. El juez modelo garantista. IBCCRIM. Sao Paulo. 1998., p. 62.

edificación es el respeto irrestricto de la humanidad, la consideración de la persona como tal, como un ser digno y no como un objeto tal cual lo señala Romeo Casabona:

“Desde la perspectiva del Estado de Derecho, la persona involucrada no es una «parte contraria» a investigar, una «persona-objeto» o un «fenómeno operativo», sino un ciudadano sospechoso de un delito que debe ser considerado inocente hasta la condena y cuya culpabilidad debe de ser probada a través de un camino repleto de obstáculos. La persecución y el proceso penales adquieren su superioridad moral y su legitimación en la observancia de principios, en el respeto a la intimidad y los derechos civiles de la persona sospechosa del delito”.²⁹

Finalmente estamos ante la estructura de lo que significa un Derecho Penal Garantista, tal cual se ha reseñado en esta última sección, se trata de un proceso penal que garantiza el respeto de los derechos fundamentales, que deja pautas marcadas para el ejercicio de los mismos, que requiere de un juzgador deliberador cuyo fallo este orientado por la certeza otorgada por las pruebas que se recojan durante la investigación; siendo todo ello la característica de un sistema penal garantista, debemos entender que la oralización de las declaraciones previas en el juicio cuando el imputado ha hecho uso de derecho a guardar silencio, resulta una contradicción con las garantías que se han expuesto.

1.5.2. Principios garantistas que incorpora el derecho penal

La historia del saber penal está configurada por la creación y perfección de los principios que limitan y rigen todo el poder punitivo del estado. Esa articulación ha sido sometida a constantes cambios que vayan acorde a las relaciones histórico, políticas, económicas y sociales de los diversos pueblos de la humanidad, en cuanto al derecho

²⁹ROMEO CASABONA, C. “La insostenible situación del Derecho Penal” en F. HERZOG, *Miscelánea sobre la dialéctica*, Granada, COMARES, 2000, 41-47.

a castigar; pues como sabemos la sociedad cambia, las costumbres igualmente, tan drásticamente que lo que hoy no es delito mañana puede que si lo sea y viceversa.

Sin embargo, la estructuración de los principios no es una cuestión exclusiva del orden jurídico, ello es común en todos los ámbitos del conocimiento, por cuanto las cuestiones de índole epistemológico, están gobernadas sobre la base de enunciados fundamentales o rectores, con signos de veracidad y certeza, a los cuales se las nominado como “verdades fundantes”, de las cuales se deriva toda la construcción sistemática de cada área del saber humano.

En nuestro actual estado social y democrático de derecho la importancia de los principios rectores del derecho penal, ha adquirido una nueva dimensión; en tanto las discusiones sistemáticas los proponen como sustanciales para las actuales construcciones en el ámbito del derecho, así como en lo relativo a las tendencias de la argumentación jurídica.

En lo concerniente al área del derecho, estos principios son el eje central de toda la producción normativa, y ello mismo, es predicable en el saber penal; empero, la adopción de los principios en el ámbito penal, no es una derivación de la cavilaciones teórico académicas, sino que, por el contrario, ha significado una reacción del orden social en la época liberal, frente a las arbitrariedades del poder, que se fueron acumulándose durante el antiguo régimen

Ello indica que la adopción de los principios, concibiéndolos como aquellos limitantes del poder punitivo del Estado, los cuales tienen una fuerte connotación política, como forma de reacción ante un modelo de dominación en cuanto al ejercicio del poder; en atención a esa realidad histórica, el denominado derecho penal liberal, erigido sobre una base de principios limitativos del poder, los mismos que deben tomarse como una reacción ante el exceso del ejercicio del poder arbitrario del Estado absoluto. A continuación estudiaremos los principales principios garantistas.

Hablaremos en primer lugar, del principio de legalidad, como aquel principio que adquiere vital importancia para el derecho penal, tal es así que se puede verificar su contemplación en el artículo II del Título Preliminar del Código Penal³⁰, en tal sentido, es conveniente tomar en consideración la siguiente definición que señala el jurista italiano Ferrajoli de tal principio del derecho penal,

“En el primer sentido (lato) el principio de legalidad se identifica con la reserva relativa de ley, entendiendo <<ley>> en el sentido formal de acto o mandato legislativo; y se limita a prescribir la sujeción del juez a las leyes vigentes, cualquiera que sea la formulación de sus contenidos, en la calificación jurídica de los hechos juzgados. En el segundo sentido (estricto) se identifica en cambio con la reserva absoluta de ley, entendiendo <<ley>> en el sentido sustancial de norma o contenido legislativo; y prescribe además que tal contenido esté formado por supuestos típicos dotados de significado unívoco y preciso, por lo que es posible su empleo como figuras de cualificación en proposiciones judiciales verdaderas o falsas y resulta así garantizada la sujeción del juez solamente a la ley”.³¹

Un derecho penal garantista parte indefectiblemente del principio de legalidad y en torno a ella la presente definición nos muestra dos aspectos de la misma, aspectos que encontramos estrechamente relacionados de la siguiente forma; en primer lugar, un aspecto estricto de legalidad, la cual muestra un ámbito sustancial de la misma, se evidencia en la precisión y certeza de la norma, lo cual devendrá en la sujeción del juez a lo dictado en la ley, constituyendo esto último el sentido lato del principio de legalidad; es decir solo cuando el contenido de la norma es lo suficientemente claro y

³⁰ **Artículo II.- Principio de Legalidad.**

Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella

³¹ FERRAJOLI, Luigi. *Op. Cit.*, p. 95.

preciso, será el escenario ideal para que el juez pueda sujetarse a la misma; he allí la relación que hallamos en el sentido lato y estricto del principio de legalidad.

Es preciso además recoger la siguiente definición puntual sobre el principio de legalidad:

“Todavía hoy es el principio de legalidad, *nulla poena, nullum crimen sine lege*, el criterio fundamental que inspira el derecho penal del Estado de derecho”.³²

El principio que estamos estudiando, legalidad, adquiere especial relevancia en el sentido de constituir un principio fundamental basado en la alocución latina *nulla poena, nullum crimen sine lege* (ningún delito, ninguna pena, sin ley previa), constituyendo parámetros que evidencian una barrera en torno al ámbito de acción del derecho penal, que vaya de la mano con el respeto al Estado de derecho.

Del mismo modo el Villar Borda, en su obra *Estado de derecho y Estado social de derecho*, nos presenta la siguiente definición sobre el principio de legalidad:

“Del principio de legalidad se desprenden la primacía de la ley y la reserva legal. La primacía significa que la manifestación de voluntad estatal hecha mediante ley está por encima de cualquier otro acto de la Administración. Esto corresponde al concepto positivista de la jerarquía de las normas, que fue particularmente desarrollado por Kelsen. El principio de supremacía de la ley está hoy ligado tanto al de democracia como al de Estado de derecho, en consideración a que la ley es expresión de un órgano elegido popularmente”.³³

³² HASSEMER, W. *Persona, Mundo y Responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*, traducido por MUÑOZ CONDE, F., & DÍAZ PITA, M., Bogotá, Temis, 2001.

³³ VILLAR BORDA, L. “Estado de derecho y Estado social de derecho”, *Revista Derecho del Estado Universidad Externado de Colombia*, Colombia, 2007, p. 79.

El autor resalta una de las principales manifestaciones del principio de legalidad, la cual constituye la supremacía de la ley penal, y la abarca desde un aspecto tal que evidencie el Estado de derecho, el cual hemos comentado en la cita anterior.

Luego de abordar las definiciones que giran en torno al principio de legalidad, estamos en condiciones de estudiar la función que cumple el mismo, la cual en palabras de Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée es la siguiente:

“La función del principio de legalidad es esencialmente garantista. Se puede decir que con él nace el derecho penal moderno. Significa que el Estado ha de especificar el contenido y fundamento de sus intervenciones sobre los ciudadanos con el mayor rigor posible y que éstos han de tener la posibilidad real de conocerlos con toda claridad. El principio de legalidad, en definitiva, es una garantía frente a la arbitrariedad estatal”.³⁴ Sin duda alguna la principal función que adquiere el principio de legalidad gira en torno a asegurar un Derecho Penal Garantista, desterrándose cualquier vestigio de la anterior etapa del derecho penal autoritario y vulnerador de los derechos fundamentales de los ciudadanos, en donde imperaba la arbitrariedad del Estado; dejando atrás todo ello, ahora con el principio de legalidad se propiciará el escenario perfecto para que los ciudadanos podamos conocer con exactitud el contenido y fundamento de las conductas de las que debemos abstenernos.

“La ley penal tiene una función decisiva en la garantía de la libertad. Esa función suele expresarse en la máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Esto quiere decir que sin una ley que lo haya declarado previamente punible ningún hecho puede merecer una pena del derecho penal”.³⁵

³⁴ BUSTOS RAMÍREZ, J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, H. Lecciones de Derecho Penal, Vol. I Madrid, Trotta, 1997, p. 81.

³⁵ BACIGALUPO, E. Derecho Penal. Parte General, Segunda edición, Buenos Aires, Argentina, HAMMURABI, 1999, p. 103.

Bacigalupo recoge otra de las funciones del principio de legalidad, la cual gira en torno a la función decisiva en la garantía de la libertad, en palabras del autor, esta función se evidencia ante la necesidad de una ley previa al hecho, pues solo ante tal situación se justificaría el merecimiento a una sanción penal.

Luego de tener claro la definición y la función que cumple el principio de legalidad, es momento de determinar el contenido de la misma, el cual es el siguiente:

“Su contenido viene dado por la reserva de ley (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*), la exigencia de taxatividad y de certeza (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*) y la exigencia de irretroactividad (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*)”.³⁶

La cita incorporada no hace más que enmarcar el ámbito de aplicación del principio de legalidad, reserva de ley, exigencia de taxatividad, de certeza y de irretroactividad; parámetros que determinan el contenido que adquiere el comentado principio dentro del ámbito del derecho penal.

De otro lado, es conveniente precisar lo que el supremo interprete de nuestra constitución, el Tribunal Constitucional, sostiene con respecto al principio de legalidad, señalando que éste no sólo se limita en ser principio, sino también es un Derecho subjetivo constitucional, así en el Exp. N° 2758-2004-HC/TC se establece lo siguiente: “3. Este Tribunal considera que el principio de legalidad penal se configura como un principio, pero también como un derecho subjetivo constitucional de todos los ciudadanos. Como principio constitucional, informa y limita los márgenes de actuación de los que dispone el Poder Legislativo al momento de determinar cuáles son las conductas prohibidas, así como sus respectivas sanciones. En tanto que, en su dimensión de derecho subjetivo constitucional, garantiza a toda persona sometida a

³⁶ *Ibíd.*

un proceso o procedimiento sancionatorio que lo prohibido se encuentre previsto en una norma previa, estricta y escrita, y también que la sanción se encuentre contemplada previamente en una norma jurídica”.³⁷

La definición que considera el Tribunal Constitucional en torno al principio de legalidad gira en torno a abarcar a tal principio constitucional desde dos ámbitos; como principio constitucional y como derecho subjetivo constitucional. El primero de ellos, se proyecta en la determinación de la conducta y la sanción punitiva a la mismas, parámetros a los que deben enmarcarse los límites de actuación del Poder Legislativo; mientras que la legalidad como derecho constitucional gira en torno a lo anterior mencionado pero esta vez centrando la atención sobre la persona.

La breve introducción que he realizado con respecto a los principios garantistas, que caracterizan nuestro actual estado social y democrático de derecho; y la importancia de los principios rectores del derecho penal, ha adquirido una nueva dimensión, en tanto las discusiones sistemáticas que las proponen como sustanciales para las actuales construcciones en el ámbito del derecho, así como en lo relativo a las tendencias de la argumentación jurídica; todo este escenario se presenta propicio para concluir que en efecto, la oralización de las declaraciones de imputado, en juicio oral, a pesar de que haya ejercido su derecho a no declarar, significa una evidente y flagrante vulneración a los principios garantistas que inspiran al derecho penal.

1.5.2.1. Principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad se ha convertido en la actualidad en una herramienta hermenéutica básica de especial importancia para determinar si las intervenciones del poder político sobre el contenido jurídico de un derecho fundamental son o no

³⁷ STC del 23 de noviembre del 2004 {EXP. N.º 2758-2004-HC/TC}. Caso Luis Guillermo Bedoya de Vivanco, Lima.

constitucional; es decir, si la intervención punitiva del Estado se ajusta a los parámetros constitucionales.

Como se sabe, los derechos fundamentales cuentan con un contenido jurídico que se compone de una doble dimensión, una subjetiva y otra objetiva. Por la dimensión objetiva se concibe que todos los derechos fundamentales traen consigo una serie de facultades a favor de sus titulares. Con respecto al contenido subjetivo, reconocido desde las primeras declaraciones de derechos del hombre, esencialmente genera al poder político un deber de abstención, es decir que el Estado debe evitar siempre vulnera derechos constitucionales.

Por esta segunda dimensión que estamos comentando, la dimensión objetiva, se llega a entender, debido a la especial importancia y significación de los derechos fundamentales tanto para la existencia digna del hombre, la existencia de la sociedad, como para la existencia misma del Estado como Estado de derecho, se exige del poder político (en cualesquiera de sus versiones) un compromiso serio de promoción de los referidos derechos, de modo que se favorezca en los hechos la plena vigencia de los mismos.

La referencia que he realizado ha sido con la intención de verificar de donde surge el principio de proporcionalidad. A fin de formarnos un criterio sólido y claro de lo que es tal principio rector del derecho penal, conviene citar la completa definición que nos brinda el jurista argentino, Dr. Bacigalupo:

“Indudable trascendencia tiene entre los principios constitucionales del derecho penal el principio de proporcionalidad. Naturalmente, se debe admitir que una parte sustancial de este principio se manifiesta dentro del marco del principio de culpabilidad, dado que la adecuación de la pena a la gravedad de la culpabilidad es ya una manifestación de la proporcionalidad que la pena debe guardar con el delito cometido. Sin embargo, el principio de proporcionalidad tiene también trascendencia en la

medida en que el derecho penal constituye una limitación de derechos fundamentales: entre las condiciones bajo las cuales es legítima la limitación de un derecho fundamental se encuentra también la proporcionalidad que debe existir entre la limitación y la importancia del derecho afectado. Por lo tanto, el principio de proporcionalidad obliga al legislador a no amenazar la imposición de penas de excesiva gravedad, en relación al bien jurídico protegido. De esta forma, el legislador está doblemente limitado con respecto a la gravedad de las penas: por un lado no puede imponer penas inhumanas o degradantes, por imperio de la inviolabilidad de la dignidad de la persona, y por otro, debe establecer penas proporcionadas a la gravedad de los ilícitos que se sancionan”.³⁸

El contenido que el autor asigna al principio de proporcionalidad lo realiza desde dos aspectos, uno de ellos gira en torno a la adecuación que debe mediar entre la gravedad de la conducta y la pena; mientras que el segundo aspecto tiene su fundamento en el respeto la dignidad humana, la misma que conlleva a proscribir todo tipo de penas inhumanas y degradantes; en tal sentido el concepto citado le otorga doble limitación a tal principio rector del derecho penal.

Del mismo modo, es conveniente considerar la siguiente definición sobre proporcionalidad, concepto que nos brindan los juristas españoles Muñoz Conde y García Aran, quienes en su Libro Derecho Penal- Parte General señalan lo siguiente:

“El principio de proporcionalidad es una idea de Justicia inmanente a todo el Derecho. Con él se quiere decir, ni más ni menos, que a cada uno debe dársele según sus merecimientos y que los desiguales deben ser tratados desigualmente. Trasladado al campo del Derecho penal, este principio quiere decir que las penas deben ser

³⁸ BACIGALUPO, E. Derecho Penal y el Estado de Derecho, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, , p. 122 y 123.

proporcionadas a la entidad del delito cometido o que éstos no pueden ser reprimidos con penas más graves que la propia entidad del daño causado por el delito”.³⁹

El citado autor resalta la relación que debe mediar entre la gravedad del hecho cometido con la sanción a imponerse, es decir la pena de la que será merecedor el infractor de la ley penal debe estar en función a la gravedad de la conducta ilícita, he allí el fundamento del principio de proporcionalidad.

Es importante además la siguiente definición sobre el principio de proporcionalidad, en el sentido de que se enmarca tal principio del derecho penal desde la óptica de los derechos fundamentales:

“Siguiendo la senda de ALEXY, al que suma un envidiable cúmulo de lecturas bien asimiladas, sostiene que el principio de proporcionalidad opera como criterio estructural del razonamiento mediante el que se concreta y fundamenta la norma adscrita relevante en el caso concreto, fácil o difícil, a partir de las disposiciones constitucionales que establecen los derechos fundamentales”.⁴⁰

La definición que se nos presenta enmarca los derechos fundamentales como una especie de límites a los que se debe someter el análisis de un caso en concreto; es decir, la razón de ser de una norma penal debe partir por el respeto de los derechos fundamentales y mediante tal razonamiento es que se asegurará el cumplimiento del principio penal que estamos comentando.

Es preciso estudiar el principio de proporcionalidad desde una óptica amplia y otra estricta, así:

³⁹ MUÑOZ CONDE, F., & GARCÍA ARÁN, M. Derecho Penal. Parte General, 8º edición, Valencia, TIRANT LO BLANCH, 2010, p. 84 y 85

⁴⁰ BERNAL PULIDO, C. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el Legislador, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014.

“La reformulación del significado clásico atribuido al principio de proporcionalidad en el ámbito penal (proporcionalidad de las penas) ha supuesto una doble ampliación del mismo, tanto en lo que se refiere a sus contenidos como a su proyección en un espectro más amplio de las decisiones relativas al ejercicio del poder punitivo. En efecto, el principio de proporcionalidad en sentido amplio integra de manera sistemática un conjunto de límites sustanciales al poder punitivo, desde hace tiempo forjados por la cultura jurídico penal, pero que habían caminado paralelos sin integrarse en una formulación conjunta”.⁴¹

El sentido amplio del principio de proporcionalidad se sustenta en la existencia de límites al ius Puniendi del Estado, límites que integrados constituyen el fundamento del principio de proporcionalidad. La cita incorporada es indispensable tomarla en consideración para el desarrollo de mi trabajo de investigación, pues ese conjunto de límites del ius puniendi del Estado se basa en que, si bien es cierto, se deben reprimir y sancionar aquellas conductas que atacan bienes jurídicos, también es imprescindible velar porque esta intervención punitiva no sea de tal forma que lesione garantías constitucionales del imputado, en el caso en específico es conveniente tomar en consideración como es que la oralización de las declaraciones previas del imputado, significa un procedimiento atentatorio contra las garantías procesales de las que está revestido el debido proceso, y en consecuencia se manifiesta latentemente la afectación al principio de proporcionalidad.

“Finalmente, la proporcionalidad en sentido estricto, viene a exigir que los beneficios que se derivan de la protección penal desde la perspectiva del bien jurídico, superen los costes que representa dicha protección desde la perspectiva de los derechos

⁴¹ LOPERA MESA, G. P. “Proporcionalidad de las penas y principio de proporcionalidad” en *Derecho Penal. Jueces para la Democracia. Información y Debate*, 2011, p. 25.

afectados, tanto por las prohibiciones como con las penas, cálculo que confirma una fundamentación relativa y utilitaria del instrumento penal".⁴²

Finalmente puedo colegir que la relación de estos principios garantistas con el debido proceso, es muy estrecha, tal es así que, resulta imprescindible la incorporación de mecanismos procesales en la estructura de la investigación con el fin de garantizar el estricto cumplimiento de los derechos del imputado, para el caso traído a la investigación, es prudente comprender los alcances de estos principios, esto es el reproche penal debe tener un límite, este límite estará marcado por reglas que permitan distinguir del nivel de sanción adecuada para ser aplicada, y desde luego para llegar a ese nivel de elaboración tendrá mucha injerencia el control de las actividades procesales; la incorporación de pruebas en la investigación es uno de esos aspectos, la forma en que se tratan las mismas, la consideración de las declaraciones previas como tal, o la decisión de su oralización también deben ser de un cuidado especial para la consecución de un derecho penal garantista.

1.5.2.2. Principio de culpabilidad

El principio de culpabilidad es un principio que ha sido ampliamente desarrollado por el Derecho penal, este principio establece que la pena no puede imponerse al autor por la sola aparición de un resultado lesivo al bien jurídico protegido, sino únicamente en tanto pueda atribuírsele a un determinado sujeto el suceso lesivo como un hecho suyo.

El Derecho penal ha pasado por una serie de posturas a lo largo del tiempo y que se han ido adecuando a las necesidades actuales. En el pasado se ha venido desarrollando la aplicación de una responsabilidad objetiva, motivo por el cual es preciso incluir en mi investigación estudios que nos lleve a encontrar una respuesta

⁴² *Ibíd.*, p. 25.

adecuada y así evitar posturas que podrían alejarse del ordenamiento que el Derecho trata de mantener.

Es preciso tener en consideración las equiparaciones y diferencias que pueden determinarse entre ambas ramas del derecho, por lo que se desarrolla primero el origen del ius puniendi y cómo es que se aplica tanto en el Derecho penal.

Llegándose a sostener que es el Estado quien detenta este poder, luego de reconocer que el poder del que goza el Derecho penal; es decir así el Derecho penal busca restablecer normativamente la norma defraudada por la conducta del infractor de la norma.

En el Artículo VII del Título Preliminar del Código Penal peruano, se expresa sobre el principio de culpabilidad que: “La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.”

La relación directa que tiene el principio de culpabilidad con el principio de legalidad, radica en que, hablaremos de culpabilidad sólo cuando el autor haya tenido conocimiento o hubiera tenido la posibilidad de conocer la ilegalidad de su conducta, ello presupone que la punibilidad ha debido de estar determinada legalmente.

Es preciso tener una definición clara de lo que significa este principio del derecho penal, así en palabras del maestro Roxin es:

“La culpabilidad en tanto que es límite de la pena, limita también el poder de intervención estatal, pues el grado de culpabilidad señala el límite máximo de la pena. Esta (...) función del concepto de culpabilidad no perjudica al delincuente, sino que lo protege, impidiendo que por razones puramente preventivas se limite su libertad personal más de lo que corresponda a su culpabilidad”.⁴³

⁴³ ROXIN CLAUS. Problemas básicos del derecho penal, Madrid, 2006.

De la cita incorporada notamos la correspondencia que debe mediar entre el grado de culpabilidad y la amplitud del poder punitivo del Estado, en el sentido de establecer límites sobre cuales se ceñirá el nivel de intervención del derecho penal.

Continúa el mismo autor señalando lo siguiente: “Exactamente debe decirse que la culpabilidad es un medio de limitar sanciones jurídico-penales, pero no de fundamentarlas, y que una sanción jurídica – penal limitada por el principio de culpabilidad se llama pena”.

Se concibe al principio de culpabilidad como el último estadio del camino a seguir para limitar las sanciones punitivas, y que el resultado de tal recorrido va a significar lo que llamamos pena. En tal sentido, en la pena se encuentra inserta ya el principio de culpabilidad, es decir la pena es el resultado de la aplicación de principio de culpabilidad.

Con respecto a mi planteamiento es necesario tomar en consideración los conceptos hasta ahora abarcados de culpabilidad, los cuales ampliaré en el segundo capítulo, pero que por ahora podemos decir que servirá para analizar que tanto la oralización de las declaraciones previas del imputado puede servir para convencer al juez sobre la culpabilidad del imputado. Es decir, ante la oralización de tales declaraciones en juicio oral, además de que se vulnera la inmediación procesal que debe tener el juez con las partes, provoca que el juez llegue a conclusiones erradas en tanto a esas declaraciones escritas, y en consecuencia termine por convencerse, y quizás de forma incorrecta, acerca de la culpabilidad del sujeto activo del delito.

En conclusión, el desarrollo de este capítulo deja la idea clara respecto a los parámetros que han de contemplarse en el proceso penal, los mismos que le dan el carácter garantista, siendo que tales lineamientos son orientados por los principios constitucionales que enrumban el proceso es por ello que se habla de la

constitucionalidad del proceso penal; dado esto resulta apropiado entonces dirigir la atención hacia la forma en que se tratan las pruebas y el cómo se ejecutan en el juicio oral específicamente, es así que sobre las bases antes indicadas se analizará la garantía de los principios del derecho penal garantista cuando se intenta valorar en juicio oral las declaraciones previas del imputado, sin que medie la postulación del fiscal.

CAPÍTULO 2

EL PROCESO PENAL Y LA IMPORTANCIA DE LAS DECLARACIONES PREVIAS

El derecho procesal penal es el conjunto de normas legales, necesarias para la aplicación de las consecuencias jurídicas previstas en el derecho penal material. Por tanto, el proceso penal, como único instrumento para imponer una resolución penal, debe desarrollarse ordenadamente, pues como señala BINDER, muchas de las garantías y principios que pueden presentarse en las bases del proceso penal podrían verse distorsionadas por la estructura incorrecta de las mismas, ya que la organización y principios básicos, muchas veces sucumben ante las reglas de la organización procesal⁴⁴.

Es así que, dentro del proceso penal implementado por el Código Procesal Penal 2004, Decreto Legislativo Nº 957, encontraremos etapas que cumplirán, una finalidad específica; en primer lugar, podemos encontrar a la investigación preparatoria cuya

⁴⁴ BINDER, Alberto M. Introducción al Derecho Procesal Penal, Ad Hoc, Buenos Aires, 1993, p. 207

función principal es asegurar todo cuanto condujere a la comprobación de un hecho presuntamente ilícito y a la identificación de quienes hayan participado, para el que órgano público de persecución penal pueda decidir si formula acusación en contra de una determinada persona o solicita sobreseimiento; como segunda etapa, encontraremos a la fase intermedia donde se critica, analiza y controla el resultado de la investigación y se realiza el control de la acusación o del sobreseimiento; y, como tercera etapa tenemos al juicio oral, donde se lleva a cabo la audiencia central y se evidencia los principios del sistema acusatorio y del juicio oral propiamente dicho.

El Código Procesal Penal 2004 ha diseñado una estructura de procedimiento penal en consonancia con las garantías y principios que exige un Estado de Derecho y teniendo en cuenta que el proceso penal debe ser estructurado de tal manera que se provoque la menor lesión de los derechos fundamentales de las personas sujetas a la persecución penal, y que a lo largo del proceso se deben encontrar amparados por el principio de presunción de inocencia. Encontrando por fin el legislador, con el Código Procesal Penal 2004, un equilibrio entre la eficacia y garantía que tanto se anhela en un sistema democrático y que ha sido adoptado por nuestro modelo acusatorio.

2.1. Estructura del proceso penal

La reforma de la justicia penal se inicia con la vigencia de un nuevo sistema procesal penal acorde con la legislación moderna en el derecho comparado y con características tan particulares que permiten avizorar una mejora sustancial en la justicia peruana.

El nuevo proceso penal se ubica dentro del sistema de corte acusatorio y con las características propias del proceso moderno: a) la separación de funciones de investigar y juzgar a cargo del Fiscal y del Juez, otorgándose al Ministerio Público la tarea de la persecución penal de los delitos públicos; b) el predominio de los principios de oralidad y de contradicción en cada una de las audiencias que prevé la ley; y, c) el fortalecimiento de las garantías procesales a favor del imputado y agraviado en paridad de condiciones y posibilidades de intervención.

2.2. Las etapas del proceso penal

El proceso común, establecido en el Código Procesal Penal se encuentra organizado de manera secuencial en las siguientes etapas: Investigación preparatoria (que incluye las diligencias preliminares), el control de acusación y el juicio oral. Se suele hacer mención de la trascendencia de una etapa en detrimento de la otra, pero consideramos que cada una, debido a la naturaleza y objetivo que busca, tiene su propia importancia y la realización correcta de ellas, es una suma que tiene como resultado, una adecuada impartición de justicia, función primordial del Poder Judicial.

2.2.1. La etapa de investigación preparatoria

Esta etapa procesal comienza cuando la Policía o el Ministerio Público tienen conocimiento de la presunta comisión de un delito. En general la denuncia proviene de la víctima o de un tercero, pues, no es frecuente que la policía tenga conocimiento del hecho por otro medio distinto de la denuncia, aunque es posible.

Esta etapa, a su vez, presenta dos sub etapas; las diligencias preliminares y la investigación preparatoria propiamente dicha.

2.2.1.1. Investigación preliminar

La investigación preliminar constituye una de las fases de mayor importancia en el proceso penal, pues muchas veces decide la sentencia penal. Está compuesta de los pasos iniciales de toda investigación penal y comprende las primeras declaraciones, actuaciones investigatorias y aseguramiento de los primeros elementos de prueba; los mismos que van a ser sustanciales para la decisión fiscal posterior de acusación o sobreseimiento de la causa.

Se trata de una investigación inicial a consecuencia de la denuncia que se presente ante la autoridad Fiscal o Policial, o cuando tales autoridades proceden de oficio. Esta

etapa está a cargo del Ministerio Público, representada por el Fiscal, quien la dirige y cuenta con el apoyo de la Policía Nacional, con la que coordina su actuación conjunta, por eso cuando la Policía interviene de oficio, tiene el deber de dar cuenta al director de la misma.

Por tanto, es importante que todas las diligencias se realicen con las garantías propias del debido proceso y respeto a los derechos fundamentales de la persona. En este orden de ideas, la intervención de la defensa constituye una de las garantías más importantes para las partes involucradas.

Como en toda investigación preliminar, ésta se realiza bajo distintos supuestos: a) por la policía bajo la dirección del Fiscal; y, b) directamente por el Fiscal, cuando éste lo estime conveniente. Sin embargo, la policía podrá adelantar la investigación cuando las circunstancias del caso lo requieran comunicando al Fiscal para su intervención.

Las diligencias preliminares tienen por finalidad inmediata realizar los actos urgentes e inaplazables para determinar: a) si los hechos denunciados han tenido lugar y si tienen carácter delictuoso; b) asegurar los elementos materiales de su comisión; c) individualizar a las personas involucradas en su comisión. Es importante aclarar que todos estos pasos, están dirigidos a determinar si el Fiscal debe formalizar o no la investigación preparatoria.

El representante del Ministerio Público, encomienda las funciones de investigación preliminar a la Policía, de ahí que estas diligencias tengan un carácter preponderantemente policial. Las diligencias de la investigación pueden agruparse en las siguientes: a) declaraciones policiales; b) pericias; y, c) actas policiales.

Las declaraciones del imputado y las demás personas involucradas que se realizan en la investigación policía resultan de suma importancia para la realización de las primeras investigaciones, pues otorgan las bases fácticas de la imputación inicial,

también posibilitan el aseguramiento de las pruebas encontradas y la búsqueda de otros elementos de prueba necesarios para continuar con la persecución del delito y sustentar la acusación fiscal o el archivo.

Dos elementos son trascendentes en la investigación policial: a) la inmediatez en la recepción de la declaración; y, b) la verificación o comprobación de lo declarado por el imputado, agraviado o testigo. Se trata de declaraciones formales, puntuales y con suscripción del acta por los participantes. Las declaraciones policiales presentan las siguientes características:

a) La declaración del imputado reviste singular importancia pues se trata de su primera respuesta ante la incriminación del delito. Se hace conocer sus derechos, debe intervenir obligatoriamente su defensor y no se encuentre obligado a declarar. Por esta razón, en las actas se consigna declaración voluntaria del imputado.

b) La declaración del imputado (libre o detenido), del agraviado y del testigo deben recibirse utilizando técnicas de interrogatorio y transcribir con la mayor fidelidad con la que aquellos exponen.

c) De la declaración del agraviado deben procurarse el mayor parte de la información sobre el delito denunciado.

d) Tratándose del caso de declaración de menores, se debe de transcribir su dicho con la mayor fidelidad posible, es decir, lo que ellos dicen exactamente.

e) La declaración al igual que la del agraviado, deben significar una contribución al esclarecimiento de los hechos y además de verificarse sus dichos, deben asegurarse y comprobarse sus datos de identidad y ubicación a fin de citarlos posteriormente para repetición de sus declaraciones o diligencias de careo posibles.

f) De otro lado, debe de considerarse la posibilidad de proceder al programa de protección de víctimas y testigos que el mismo código prevé.

Las diligencias preliminares, a pesar de formar parte de la investigación preparatoria tienen un plazo distinto, esto es, de 20 días naturales (que es el plazo con la norma original), sin perjuicio de que el fiscal pueda fijar un plazo distinto según las características, la complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación.

Sin embargo, la Ley Nº 30076, Ley que modifica el Código Penal, Código Procesal Penal, Código de Ejecución Penal y el Código de los Niños y Adolescentes y crea registros y protocolos con la finalidad de combatir la inseguridad ciudadana, modificó el apartado 2 del artículo 334 y prescribió que el plazo de las diligencias preliminares, es de 60 días, salvo que se produzca la detención de una persona. No obstante, a ello, el fiscal podrá fijar un plazo distinto según las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación.

2.2.1.2. Etapa investigación preparatoria

El Fiscal que dirige la investigación preparatoria, es el mismo que asumió la dirección de la investigación preliminar, de tal manera que su actuación en estas dos etapas debe estar informada por los principios que le son inherentes. Una vez iniciada la investigación preparatoria, todo lo actuado en la fase preliminar pasa a formar parte de aquella, de tal manera se convierte en un todo, en una unidad.

Cabe señalar que si bien esta investigación es dirigida por el Fiscal, su control en cuanto a su regularidad, plazo, apersonamientos, así como decisiones que afecten derechos fundamentales, en virtud al principio de jurisdiccionalidad, está a cargo del Juez de Investigación preparatoria, como órgano jurisdiccional de garantías del procedimiento y de las partes.

La ley procesal regula todas las diligencias formales que deben de realizarse durante esta etapa, la actuación de los sujetos procesales y las medidas necesarias para alcanzar sus objetivos. Ciertamente, la investigación preparatoria evidencia una investigación más amplia y a la vez complementaria de la anterior con la finalidad de reunir pruebas ya sea de oficio y a pedido de las partes sobre el delito y su autor, sean estas pruebas de imputación como de exculpación.

Según lo señalado por el inciso 1 del Art. 321^a del Código Procesal Penal 2004, Decreto Legislativo Nº 957, la investigación preparatoria persigue reunir los elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permitan al fiscal decidir si formula o no la acusación y, en su caso, al imputado preparar su defensa.

Por lo tanto, es importante aclarar, tal como señala MONTERO AROCA⁴⁵, que la finalidad de la investigación preparatoria no es preparar sólo la acusación, sino que la actividad preliminar debe servir tanto para lo que determina la inculpación como para lo que excluye, es decir, debe servir para preparar tanto la acusación como la defensa.

En conclusión, podemos señalar que la investigación preparatoria persigue dos finalidades principales: preparar el juicio oral y/o evitar juicios innecesarios, a través de una actividad investigativa, esto es, indagando para tratar de llegar al cabal conocimiento de los hechos y de las personas que en ellos participaron, consignando todas las circunstancias tanto adversas como favorables al imputado.

Ahora bien, durante esta etapa la Fiscal realizará las diligencias que son complementarias de la preliminar y en todo caso ampliatorias a fin de lograr sus objetivos.

⁴⁵ MONTERO AROCA, Juan. Sobre la Imparcialidad del Juez y la Incompatibilidad de Funciones Procesales. Tirant Lo Blanch. Valencia, 1999, p. 286.

Una de las diligencias realizadas en la investigación preparatoria, es la declaración del imputado, resultando esta declaración complementaria, debido a que debe haber prestado declaración en la etapa preliminar. Si no hubiera declarado antes constituiría el primer acercamiento formal que hace la persona investigada a fin de declarar sobre los hechos que motivan la investigación.

Su objetivo radica en conocer, a través del interrogatorio, su versión sobre los cargos que se le hacen, su participación, la de otras personas, las circunstancias propias del hecho y demás datos que sean importantes para alcanzar los fines del proceso. También nos permite conocer directamente a la persona investigada, su condición cultural y sus cualidades personales, familiares y sociales.

En definitiva, si el imputado presta su declaración en la etapa de investigación preliminar conforme a las reglas de este código establece, su declaración posterior (investigación preparatoria) sería complementaria, aún cuando cabe la posibilidad de que modifique lo declarado o proceda a retractarse. En cualquier caso, la declaración del imputado se hace ante el Fiscal cuando éste lo disponga, con intervención de su defensor, así como también debe señalarse el derecho que tiene el imputado de ampliar su declaración debiendo accederse a dicho pedido. Sólo podrá rechazarse el pedido si se apreciare intención dilatoria o maliciosa.

Conforme al nuevo proceso penal, el plazo de la investigación preparatoria es de 120 días naturales y existiendo causa justificada se puede ampliar por el Fiscal por única vez hasta un máximo de 60 días naturales. También se contempla la posibilidad de extender el plazo hasta por 8 meses más cuando se trata de casos complejos.

Una vez vencido el plazo máximo de investigación Fiscal debe dar concluida la misma. Ello produce la caducidad de lo que se pudo y debió hacer, consecuentemente, no se podrá actuar diligencias de investigación, salvo que se produzca la reposición del plazo por fuerza mayor, caso fortuito, defecto de notificación.

Si el fiscal no diera por concluida la investigación, las partes pueden recurrir al Juez de Investigación Preparatoria a fin de solicitar la realización de una audiencia de control de plazo para que resuelva la culminación de la investigación.

2.2.2. La etapa intermedia

La etapa intermedia en el Código Procesal Penal 2004, Decreto Legislativo Nº 957 aparece como una etapa autónoma, bien delimitada y con funciones definidas. De esta forma el inicio de la etapa intermedia está representado por la conclusión de la investigación preparatoria, y durará hasta que dicte el auto de enjuiciamiento o cuando se decida por el juez de la etapa intermedia, el sobreseimiento.

La etapa intermedia, viene a ser un filtro que tiene como función, depurar errores y controlar los presupuestos o bases de la imputación y de la acusación, primero por el propio órgano acusador y luego por el órgano judicial, a fin de establecer si es viable para convocar debate penal pleno en juicio oral, o si resulta el sobreseimiento o preclusión del proceso.

En la etapa intermedia se discute sobre las pruebas que sustentan las posiciones encontradas de las partes e incluso se permite su actuación en el juicio oral todas vez que con aceptabas.

Para ORTELLS RAMOS, aún cuando considera que la fase intermedia carece de contenido determinado, señala que es el conjunto de actos que tienen por función revisar si la instrucción previa está completa y resolver sobre la procedencia de la apertura del juicio oral.⁴⁶ Es la etapa que define el paso del proceso penal.

⁴⁶ ORTELLS RAMOS, Manuel, *Proceso Penal Abreviado (nuevo estudio)*. Editorial Comares, Granada, 1997, p. 120.

Por tanto, culminada la etapa de investigación preparatoria, el Fiscal debe formular acusación o solicitar el sobreseimiento ante el juez de la investigación preparatoria, según el caso. Entonces podemos señalar que a partir de la disposición de culminación de la investigación preparatoria se da inicio a la etapa intermedia y culmina cuando el juez de la investigación preparatoria dicta el auto de enjuiciamiento o dicta el auto de sobreseimiento, según corresponda.

Salvo los plazos perentorios para las observaciones del requerimiento acusatorio y de la oposición del pedido de sobreseimiento ya analizados, la nueva ley no señala un plazo para la realización de toda la etapa intermedia, ello dependerá de las diligencias que se puedan actuar, a las audiencias de control de acusación o sobreseimiento, a la complejidad del caso, a los planteamientos que se puedan hacer sobre los medios de defensa, a la prueba anticipada, si fuera el caso. Por tanto, el plazo será el necesario y dependerá de la dirección judicial con intervención de las partes, con observancia al principio de celeridad procesal.

2.2.3. La etapa de juzgamiento

La etapa de juzgamiento esta constituida por los actos preparatorios, la realización del juicio oral y culmina con la expedición de la sentencia sobre el proceso penal. La parte central es el juicio oral, espacio procesal en donde las partes habiendo asumido posiciones contrarias debaten sobre la prueba en busca de convencer al juzgador sobre la inocencia o culpabilidad del acusado.

El juzgamiento es aquella etapa, en donde se dilucidará la situación jurídica del imputado, en cuanto a una condena penal o a su absolución de la Acusación Fiscal. Por tanto, el juzgamiento es una actuación típicamente jurisdiccional, pues es dirigida y ejecutada por lo órganos que administran justicia penal en nuestro país.

En la exposición de motivos del Código Procesal Penal 2004, se establece que el juzgamiento es la etapa estelar del proceso. Se caracteriza por desarrollarse bajo los principios de oralidad, publicidad, inmediación y la contradicción en la actuación probatoria. Asimismo, en su desarrollo se observan los principios de continuidad del juzgamiento, concentración de los actos del juicio, identidad física del juzgador y presencia obligatoria del imputado y su defensor.

Conforme al código procesal penal, esta fase se inicia con el auto de citación a juicio (art. 355) que es la resolución judicial que contiene el lugar donde se realizará el juicio oral, cuya fecha será la más próxima posible con un intervalo no menor de diez (10) días. El juez del juicio llamado Juez Penal sea unipersonal o colegiado en el proceso ordinario, estará a cargo de su dirección y responsabilidad.

El examen o interrogatorio directo es la revisión en el juicio oral de los testigos que la propia parte presenta (sea acusado, víctima o testigo) a fin de desarrollar el relato que permita comprobar las proposiciones fácticas y el éxito de la teoría del caso. Se busca extraer de las declaraciones la información necesaria para construir la historia o parte de la misma.

Para FONTANET, el interrogatorio directo es aquel que efectúa el abogado que presenta al testigo, con el propósito de establecer i aportar prueba sobre alguna de sus alegaciones⁴⁷. Naturalmente ello requiere la preparación previa para el examen del testigo, resultando de utilidad escuchar de ellos todo cuanto tienen que decir sobre el caso y además explicarles la importancia de su testimonio.⁴⁸

⁴⁷ ÁNGULO ARANA, Pedro, *El interrogatorio de testigos en el nuevo proceso penal*, Segunda Edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2008, p.

⁴⁸ FONTANET MALDONADO, Julio, *Principios y Técnicas de la Práctica Forense*, Jurídica Editores, Segunda Edición, Puerto Rico, 2000, p. 2.

Asimismo, el mismo Julio FONTANET ha identificado diez reglas o mandamientos para tener en cuenta en los casos de interrogatorio directo:

1. Acreditación del testigo, a fin de que el juez conozca quien es el testigo, formulando preguntas a fin de saber su nombre, profesión u oficio, estado civil, familia, religión, principalmente.

2. sencillez en la formulación de las preguntas como en las respuestas del testigo. En tal sentido, las preguntas y respuestas deben ser concretas, puntuales, claras y de fácil comprensión, tratando de simplificar el testimonio pericial y evitando preguntas extensas o compuestas, así como el empleo de las conjunciones (“y” “o”).

3. utiliza preguntas de transición y orientación, que ayudan al testigo a recordar y reconstruir su testimonio, así como ayuda al juez en el proceso mental de recordar y entender el interrogatorio directo.

4. Descripción de los lugares donde han acontecido los hechos que puede ser desconocido para el juzgador, permitiéndole una mejor ubicación del lugar donde ocurrieron los hechos que dan lugar al juicio.

5. Controlar el ritmo del examen directo, porque el testimonio del declarante debe ser escuchado con detenimiento por el juez; si es ameno o interesante seguro que será atendido por el juez. Es obligación del defensor lograr el ritmo adecuado del examen abarcando los aspectos del testimonio que le son útiles, sin apresuramientos; salvo que lo que diga el testigo puede ser perjudicial, en cuyo caso podrá agilizar el ritmo del examen directo.

6. No hacer preguntas sugestivas, que es aquella que hace una aseveración en la cual el testigo acepta o rechaza la misma. Estas preguntas revelan una mala preparación del caso.

7. ¿Anunciar debilidades? ¿El autor se pregunta si se deberá presentar la evidencia adversa de un testigo durante el interrogatorio directo? Y sostiene que se deberá hacer si se sabe que la parte contraria lo presentará durante su conainterrogatorio o en su turno de prueba.

8. Escuchar la respuesta de los testigos prestándole la atención del caso, incluso invitándolo a que suba el tono de su voz si responde con voz muy baja. También abogado le puede solicitar al testigo que hable más pausadamente y que trate de hablar con claridad. La atención a las respuestas del testigo es importante también para sustentar posición respecto de las objeciones o la reformulación de su pregunta.

9. la posición del abogado es parecida a la de un director en el examen directo, pero sin quitarle la atención al testigo. El abogado debe tener un formulario, bosquejo o esquema de lo que va a preguntar, no siendo aconsejable tener escritas todas las preguntas que se harán a un testigo.

10. el interrogatorio debe ser organizado, debe seguir un orden cronológico, desde el inicio de los hechos a fin de destacar los aspectos medulares del testimonio incluyéndose al final el reconocimiento o no de la persona acusada.

2.3. El derecho a guardar silencio

En el contexto del desarrollo del derecho al debido proceso, el derecho a guardar silencio se ha protegido como derecho fundamental del procesado por los diferentes instrumentos internacionales tanto en materia de derechos humanos como en materia del derecho penal internacional. Incluso, ha tenido mayor protección por medio del derecho a la no autoincriminación, derecho del cual se deriva, que en materia de estándares internacionales ha implicado el amparo directo al derecho a guardar

silencio sin que aquella actuación implique cualquier tipo de indicio en contra del procesado.

Así, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia⁴⁹, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda⁵⁰, el Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI)⁵¹, la Convención Americana de Derechos Humanos⁵² y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵³ hacen referencia a dicho presupuesto como base sólida del derecho fundamental al debido proceso.

Como ya se mencionó anteriormente, del derecho a la no autoincriminación se deriva de manera directa el derecho a guardar silencio, y si bien los cuatro convenios internacionales descritos no contienen de manera expresa la protección a este derecho ya sea dentro la etapa de juicio o de investigación, en materia de estándares internacionales, igualmente existe una protección a dicho derecho.

Para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) el derecho a guardar silencio, respecto del proceso de interrogatorios, y el derecho a la no autoincriminación son estándares internacionales de reconocimiento general que tienen como base

⁴⁹ Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, artículo 21: “Derechos del acusado (...) 4. Toda persona contra la cual pese una acusación en virtud del presente Estatuto tiene derecho, en uso del principio de plena igualdad, de al menos las siguientes garantías: (...) g) De no ser forzada a testimoniar en contra de sí misma o de declararse culpable”.

⁵⁰ Estatuto del Tribunal Penal Internacional de Ruanda, artículo 20: “Derechos del acusado (...) 4. Toda persona contra la cual pese una acusación en virtud del presente Estatuto tiene derecho, en uso del principio de plena igualdad, de al menos las siguientes garantías: (...) g) A no ser obligada a testimoniar en contra de sí misma o declararse culpable”.

⁵¹ Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 55: “Derechos de las personas durante la investigación. 1. En las investigaciones realizadas de conformidad con el presente Estatuto: a) Nadie será obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable (...)”.

⁵² Convención Americana de los Derechos Humanos, artículo 8: “Garantías judiciales. (...) 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable (...)”.

⁵³ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14: “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable”.

fundamental el derecho al debido proceso. Así mismo, el TEDH ha considerado que dichas inmunidades son absolutas en el entendido de que el derecho a guardar silencio del acusado bajo ninguna circunstancia deberá ser usado en su contra en juicio.

Ahora bien, si el acusado es informado de antemano sobre la posibilidad de una consecuencia negativa derivada de su silencio, dicha advertencia es “mal vista” bajo los estándares internacionales. Sin embargo, aunque es clara para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos la protección absoluta del derecho a guardar silencio, dado que el ejercicio de dicha prerrogativa por el acusado no podrá ser el sustento ni la justificación de una sentencia condenatoria

El legislador peruano se ha caracterizado por tratar siempre de simular conformidad con los derechos humanos para ocultar sus violaciones. Ahora bien, el Código Procesal Penal 2004, Decreto Legislativo 957, establece: Artículo 376º Declaración del Acusado.- 1. Si el acusado rehúsa declarar total o parcialmente, el Juez le advertirá que aunque no declare e juicio continuará, y se leerán su anteriores declaraciones prestadas ante el Fiscal.

El legislador no se contenta con la posibilidad de que simplemente se prescinda de la declaración del imputado sino que requiere tenerla de todas las maneras, para llenarlo que considera un vacío, y la alternativa la encuentra en las declaraciones prestadas por aquél en la instrucción, o las declaraciones prestadas ante el Fiscal. Con esto no se viola el derecho a guardar el silencio, sino los principios de oralidad, publicidad y originalidad.

Se viola el derecho a guardar el silencio, porque el único propósito manifiesto que puede tener el imputado al callar es que no se tome en cuenta como medio probatorio su dicho, en un sentido u otro y si en su reemplazo se toman en cuenta otras declaraciones; entonces, siempre se usa como medio de prueba alguna declaración suya, esté o no cubierta con las debidas garantías.

Se viola en principio de oralidad, porque cuando el juicio es verdaderamente oral solo pueden valorarse las pruebas producidas oralmente y no las pruebas escritas.

Se viola el principio de publicidad porque las otras declaraciones no han sido obtenidas públicamente y en consecuencia no hay declaración en el juicio público.

Por último, se viola el principio de originalidad, porque se acude a lo aparece consignado en las actas donde constan las otras declaraciones y no a lo que realmente el inculpado declara.

El derecho a guardar silencio existe desde el primer momento en que el imputado es detenido o citado, por lo que la posibilidad de que se lean sus declaraciones prestadas ante el Fiscal puede ser inexistente.

En el Artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española, establece que toda persona: 4.- Tiene derecho a guardar silencio y a no declarar, a no contestar a algunas preguntas o declarar sólo ante el juez. 5.- Tiene derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

En el Código Procesal Penal de la República Dominicana, estipula en su: Art. 13. No autoincriminación. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo y todo imputado tiene derecho a guardar silencio. El ejercicio de este derecho no puede ser considerado como una admisión de los hechos o indicio de culpabilidad ni puede ser valorado en su contra.

El jurista argentino CAFFERATA NORES señala que el derecho en a guardar silencio se origina en el principio de inocencia, ya que este le permite al imputado ejercer "... un comportamiento procesal pasivo (no hacer, no colaborar, no declarar, no

probar),...”⁵⁴ Agrega, asimismo, que el derecho a guardar silencio es “el acto predispuesto por la ley procesal penal para darle al imputado la oportunidad de ejercer su defensa material, frente al hecho que se le atribuye y que se la ha dado a conocer, junto con las pruebas existentes, en forma previa y detallada.”⁵⁵

En el proceso penal la declaración del imputado está dirigida hacia su defensa, es innegable que de su ejercicio se puedan derivar consecuencias en contra del imputado si la información entregada por éste es relevante para los fines de la persecución penal.

Informar o advertir sobre el derecho a guardar silencio es un presupuesto esencial para el ejercicio del ius tacendi, en tanto que, cumpliendo una función informativa, va a permitir la elección del tipo del comportamiento. Su función no es influir sobre la conducta del sujeto, sino hacerle saber su situación jurídica y las posibilidades sobre la que puede orientar su defensa ante el interrogatorio.

En definitiva, en derecho a guardar silencio es una manifestación del derecho de defensa o, mejor dicho, de la autodefensa del imputado. No implica, en contra de lo que pudiera pensarse, la renuncia a ejercitar la defensa. Es decir, el imputado podrá optar por permanecer en silencio, no contestando a alguna o a todas las preguntas que se le formulen, pero al mismo tiempo podrá proponer la práctica de pruebas de descargo tendentes a hacer desaparecer la sospecha de la comisión del hecho punible que pesa sobre él. Y viceversa, aquél podrá manifestar su libre voluntad de declarar, renunciando al ejercicio del derecho a la prueba. El derecho al silencio, como manifestación específica del derecho de defensa, no excluye otras actuaciones, ni es incompatible con ellas, ni el ejercicio de otras conductas puede ser valorado en orden a menguar el valor del silencio.

⁵⁴ CAFFERATA NORES, José. *Manual de Derecho Procesal Penal*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, 2004, p. 263.

⁵⁵ *Ibídem*

El derecho a guardar silencio es, además, un derecho de carácter sucesivo. El imputado podrá acogerse a él cada vez que sea llamado a declarar; en primer lugar, si fuera el caso, en sede policial y después ante el Juez de Instrucción durante la fase sumarial y ante el Juez o Tribunal sentenciador en el plenario.

Ahora bien, para garantizar que el imputado manifiesta su voluntad libre de someterse o no al interrogatorio, es necesario que previamente a realizar esta elección se le informe, tanto por los funcionarios policiales, como por el Juez instructor y el sentenciador, de los hechos que se le atribuyen, la calificación jurídica de los mismos y de los derechos que la Ley le otorga.

2.3.1. El derecho a guardar silencio en el derecho comparado

Diferentes legislaciones han adoptado el derecho a guardar silencio como el pilar fundamental del debido proceso dentro del proceso penal. Así, no solo ha adquirido una protección legal, sino que, en algunos casos, dicho derecho está protegido por las mismas constituciones. A continuación, desarrollaré una breve descripción respecto de las referencias expresas al derecho a guardar silencio en el proceso penal en materia de derecho comparado:

La legislación del país de Australia, no presenta una norma constitucional que contenga el derecho a guardar silencio, sin embargo, este derecho está ampliamente reconocido por los códigos estatales y federales (Crimes Acts and Codes). Adicionalmente, este derecho se ha establecido como un precepto fundamental del derecho común. De manera general, el imputado tienen el derecho a rehusarse a responder preguntas que la policía le formule antes del desarrollo de la etapa de juicio, y tiene el derecho a rehusarse respecto de la entrega de evidencia en el juicio. Así, los jueces no podrán direccionar u obligar al jurado a aducir inferencias en virtud del uso del derecho a guardar silencio del acusado. Sin embargo, existe una excepción a esta regla, y hace referencia a aquellos procesos en los cuales existe una dependencia

absoluta de la evidencia circunstancial en virtud de la cual será estrictamente necesaria la declaración del acusado.

En el país de Canadá, el derecho a guardar silencio está expresado en las secciones 7 y 11(c) del Canadian Charter of Rights and Freedoms. En aplicación de estos preceptos normativos, el acusado no podrá ser obligado a la autoincriminación en desarrollo del proceso penal, lo que implica que únicamente declaraciones voluntarias que son rendidas ante la policía son admisibles como evidencia (elemento material probatorio). Adicionalmente, el capturado o acusado deberá ser advertido de su derecho a un defensor, y de que cualquier declaración hecha por él se presume como una declaración involuntaria, lo que implica que ésta constituirá evidencia que será inadmisibile. Sin embargo, si el imputado decide de manera voluntaria presentar alguna declaración, ésta se entenderá como evidencia admisible para el proceso. De otro lado, si el imputado o acusado llegare a rendir declaraciones, de manera involuntaria, en su contra, ello solo podrá afectar un proceso de un tercero, y no podrá tener incidencia respecto del proceso penal en el cual se encuentra vinculado. A su vez, salvo casos de delitos sexuales o delitos en donde las víctimas son menores de edad, el cónyuge del acusado no podrá ser obligado a declarar en contra del mismo.

En Francia, el Código de Procedimiento Penal, establece que durante la etapa de investigación el juez, en desarrollo de las diversas diligencias, deberá advertir al imputado de su derecho a guardar silencio, rendir declaraciones y contestar las preguntas dirigidas a él en virtud de un interrogatorio. Durante la etapa del juicio el acusado podrá ser obligado a rendir declaración; sin embargo, dicha declaración no se hará bajo la gravedad del juramento. Esta prohibición se extiende también respecto del cónyuge del acusado y cualquier otro familiar cercano del mismo, extensión que podrá eliminarse por acuerdo entre la fiscalía y el acusado.

Alemania. De acuerdo con el § 136 del Strafprozessordnung (Código Procesal Penal), el imputado, esté o no privado de la libertad, deberá ser informado de su derecho a

guardar silencio antes del desarrollo de cualquier interrogatorio. De esta manera, no se podrá aducir ninguna inferencia respecto del ejercicio de dicho derecho en cualquiera de las etapas del proceso penal. Sin embargo, se permiten dichas inferencias si el acusado guarda silencio con respecto a ciertas preguntas que hacen referencia al mismo delito. Es importante establecer que, al igual que en el caso de Francia, las declaraciones rendidas por el acusado no lo serán bajo la gravedad del juramento. Adicionalmente, el acusado podrá rehusarse, durante un interrogatorio, a autoincriminarse o a incriminar a cualquiera de sus familiares.

Estados Unidos de América en su quinta enmienda de la Constitución codifica el derecho a guardar silencio. Así, en la legislación este derecho tiene una protección constitucional. En amparo de dicho derecho se han desarrollado los Miranda warnings, que consisten en la obligación de la policía de advertir al capturado de su derecho a guardar silencio, a la vez que se deberá advertir que cualquier declaración rendida por él podrá ser usada en su contra, lo cual implica un elemento esencial y diferencial respecto de las demás legislaciones.

2.3.2. La validez de la declaración del imputado como prueba en la etapa de juzgamiento

Antes de pasar hablar de la validez de la declaración del imputado como prueba, convendría primeramente hablar sobre la ambigüedad de la palabra “prueba”. Todos los autores que se han ocupado del fenómeno probatorio han tratado de dar un concepto de prueba en el ámbito del derecho procesal y consecuentemente, esto ha dado lugar a una multiplicidad de definiciones. Muchas de estas definiciones, lejos de contribuir a esclarecer el concepto de prueba, lo han oscurecido aún más, convirtiéndola en una institución de difícil comprensión, al referirse con un mismo término a actividades procesales totalmente distintas⁵⁶. Podemos clasificar las

⁵⁶ ESTRAMPES MIRANDA, M. *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Barcelona - España, Bosch Editor, 1997, p. 22.

diferentes construcciones doctrinales en torno al concepto de prueba procesal en tres grandes grupos: medios de prueba, actividad probatoria y por último, resultado probatorio⁵⁷. El derecho al silencio, como conjunto de derechos, puede aludir precisamente a estas distinciones.

En palabras de FERRER, cuando hablamos de la prueba en el sentido de medio probatorio «nos referimos a los medios mediante los que se aportan o se pueden aportar elementos de juicio a favor de una determinada conclusión»⁵⁸. Por tanto, si empezamos a desmenuzar el conjunto de derechos que estarían implicados en el derecho al silencio, podríamos decir que éste, en el sentido de prueba como medio probatorio, estaría relacionado con la confesión y los métodos usados para lograr obtener información del acusado dentro del proceso.

Por otro lado, también podemos hablar de la prueba para referirnos «a la actividad consistente en la aportación de elementos de juicio a favor de una determinada conclusión o a la fase o procedimiento del proceso judicial en el que se realiza esa actividad»⁵⁹. Si pensamos en el derecho al silencio en relación con este sentido de prueba, entonces podría ponerse como ejemplo que durante la práctica del interrogatorio en juicio oral, el acusado puede decidir no responder a las preguntas de la acusación y sólo responder a las preguntas de la defensa.

Por último, «se hace referencia al resultado producido por la aportación de elementos de juicio con relación a la confirmación o falsificación de una determinada hipótesis acerca de los hechos»⁶⁰. En relación a la prueba como resultado, y teniendo en cuenta los dos núcleos comentados anteriormente, entenderíamos que sobre el derecho al

⁵⁷ FERRER, J. *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2005, p.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 27.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 28.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 28.

silencio puede pensarse, a modo de ejemplo, la valoración del silencio o las inferencias que a partir de éste puede hacer el juez.

En palabras de SUCAR, el imputado o acusado también tiene derecho a que los órganos de acusación (parte querellante o ministerio público) o de juzgamiento no puedan alegar o extraer consecuencias desfavorables o ponderar negativamente su silencio en sus requerimientos o decisiones⁶¹.

Una vez llegados a este punto, parece inevitable que nos preguntemos si el silencio del acusado o imputado debería ser un elemento a tener en cuenta por parte del juez a la hora de tomar una decisión final sobre los hechos.

La doctrina es clara al sostener que el acusado no está obligado a decir la verdad, por lo que no recae sobre él el deber de veracidad. En el modelo acusatorio – adversarial que recoge nuestro Código Procesal Penal 2004, la carga de la prueba debe ser asumida por el fiscal, quien con las prueba ofrecidas en su escrito de acusación y admitida en el auto de enjuiciamiento, ha de pretender desvirtuar el estado jurídico – procesal de inocencia que reviste el imputado.

Sentada ya la premisa que el derecho a guardar silencio es un derecho fundamental que asiste al imputado o acusado (dependiendo del estadio en que encuentre el proceso penal) y que, por consiguiente, su vulneración daría lugar a calificar el interrogatorio como prueba prohibida. Es necesario adentrarnos a analizar un tema sobre el que existe diversidad de opiniones doctrinales y jurisprudenciales y que entronca precisamente con el ámbito y contenido del mencionado *ius tacendi*. Se trata de ofrecer una respuesta a la pregunta si el Juez sentenciador puede valorar en algún sentido el silencio del imputado o acusado.

⁶¹ SUCAR, G. *Los fundamentos jurídicos del derecho al silencio*. Argentina, Universidad de Buenos Aires, p. 9.

Sabemos que en nuestra vida diaria suele ser falso afirmar que la interpretación que hacemos del silencio es una interpretación favorable. Es cierto que la interpretación que hagamos se verá influenciada por muchos factores. Ahora bien, creo poder afirmar que en nuestra sociedad se establece que cuando hay pruebas plausibles de las fechorías de un sujeto y éste rehúsa hablar sobre ello, esa negativa se toma, normalmente, como un indicador de que está escondiendo algo⁶².

Puesto que, el derecho al silencio es un derecho de carácter sucesivo, el imputado podrá optar por no manifestar nada durante todo el proceso penal, sólo durante la fase de instrucción, declarando en el juicio oral o viceversa, declarar ante el Juez instructor y permanecer callado en el plenario. Pero además, en cada uno de estos actos, su silencio podrá ser total, negándose a responder a cualesquiera preguntas que se le formulen o simplemente afirmando de manera constante su inocencia, o parcial, cuando decida contestar a algunas de las preguntas y rehúse hacerlo respecto de otras.

Ahora bien, debemos analizar cada una de estas situaciones o circunstancias, debido a que cada una de ellas tiene una solución diferente.

2.3.2.1. Valoración del derecho a guardar silencio total o parcialmente

Teniendo presente que el imputado tiene derecho a guardar silencio, lo que se explica coherentemente con la exigencia normativa de ser el persecutor quien debe proporcionar la prueba de cargo, pues al perseguido lo ampara, precisamente, la garantía de la presunción de inocencia, cabe preguntarse si debe valorarse la actitud del imputado de ejercer ese derecho, es decir de no decir nada sobre la imputación, y en caso positivo cómo podría hacerse.

⁶² “Quién calla, otorga”; es un refrán muy comúnmente usado para evidenciar el hecho de que quien decide no prestar objeción alguna y se mantiene callado, da a entender que muestra su aprobación a lo que se le ha propuesto. En otras palabras, aquél que decide guardar silencio da a entender que está de acuerdo con aquello que se está afirmando sobre él.

La valoración del silencio del inculpado incide necesariamente en analizar la contradicción entre los principios de probidad procesal, que implica analizar si el inculpado debe o no obrar con la verdad, contra el principio del nemo tenetur, que alude a que del silencio del inculpado no puede o más bien, no debe derivarse ninguna consecuencia desfavorable para él, porque de lo contrario sería un silencio auto inculpatario.

La garantía del imputado a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable lo constituyen en un sujeto incoercible del procedimiento. Expresado en el conocido aforismo nemo tenetur se ipsum accusare; ésta garantía vale tanto para los interrogatorios policiales como para los del fiscal, sea durante la investigación preliminar o durante el desarrollo del juicio.

Como se ya se ha mencionado anteriormente, es elección del imputado de no responder a las preguntas que sean formuladas por un Juez o por los demás intervinientes en el interrogatorio, puesto esto forma parte de su estrategia defensiva, siendo por tanto una manifestación de su derecho de autodefensa.

De este modo y puesto que el sujeto pasivo del proceso penal al permanecer en silencio está ejercitando un derecho fundamental, no parece que tal comportamiento pueda ser tenido en cuenta por el Juez en la sentencia que en su día recaiga, ya que de ser así y considerar el silencio como admisión tácita de los hechos punibles o como forma de asunción de responsabilidad en ellos, se estaría vulnerando el derecho de defensa.

En este sentido, NIEVA FENOLL considera que valorar el silencio del imputado como un elemento en el que poder basar su culpabilidad supondría convertirle en un simple

objeto del proceso penal⁶³, lo cual resulta contrario al sistema acusatorio en el que se enmarca el actual ordenamiento procesal penal español y lo asemejaría a los tiempos en que imperaban los postulados del modelo inquisitivo.

En consecuencia, a pesar de que el legislador peruano ha introducido en el Código Procesal 2004, un precepto que prohíbe la consideración del silencio del imputado como indicio, intentando así reforzar en gran medida las garantías del sujeto pasivo dentro del proceso penal. La realidad, es que lo cual en un medio análisis resulta una perta abierta a la contaminación subjetiva del juzgador.

La consagración de una disposición de estas características no es disparatada. Varios Códigos Procesales Penales ya lo prevén. Entre ellos, el art. 298 del Código argentino dispone que el Juez ha de informar el imputado de que puede abstenerse de declarar, sin que su silencio implique una presunción de culpabilidad. El art. 330 del Código venezolano, que el Juez advertirá al acusado que puede abstenerse de declarar sin que su silencio le perjudique. El art. 81 del Código guatemalteco, que la decisión del imputado de guardar silencio no puede ser utilizada en su perjuicio. El art. 92 del Código costarricense, que “antes de comenzar la declaración se advertirá al imputado que puede abstenerse de declarar sobre los hechos, sin que su silencio le perjudique o en nada le afecte”. Y en el caso del Perú, el art. 8.2. g) de la Convención Americana de Derechos Humanos, al reconocer el derecho del acusado a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, derogó el art. 127 del antiguo Código de Procedimientos Penales de 1940, que sancionaba el silencio del imputado como un indicio de culpabilidad, y ahora el art. 87.2 del Código Procesal Penal de 2004 establece que antes de comenzar la declaración del imputado “se le advertirá que tiene derecho a abstenerse de declarar y que esa decisión no podrá ser utilizada en su perjuicio”.

⁶³ NIEVA FENOLL, J. *La Valoración de la Prueba*, Madrid, 2010, p. 253 y 255.

Por todo lo expuesto, rechazamos que el silencio del imputado o acusado pueda ser tenido en cuenta y valorado como indicio de culpabilidad por el Juez sentenciador. Una decisión de estas características habría de ser calificada como prueba prohibida. Y ello porque valorar el silencio del sujeto pasivo en perjuicio suyo implicaría restringir tanto el ámbito de protección y contenido del derecho fundamental a la autodefensa, que llegaría a perder su finalidad.

FOSCHINI distingue tres supuestos⁶⁴: a) cuando la negativa a declarar obedece sólo a motivos procesales tiene un valor probatorio absolutamente neutro a los efectos de determinar la mayor o menor capacidad de delinquir del imputado; b) cuando ante la concurrencia de otros elementos de prueba que excluyan cualquier razón de la negativa del imputado a declarar, éste persista en su obstinación a no declarar, habiendo sido informado de la inutilidad y lo ilógico de su comportamiento, su silencio puede ser considerado un dato de mayor capacidad del sujeto para delinquir; y c) cuando la negativa a declarar se deba a una vergüenza del imputado a reconocerse autor del delito, al carácter reservado del imputado o a la incomprensión de lo que está ocurriendo, su silencio puede ser considerado como un dato de su menor capacidad para delinquir.

Como podemos observar, este punto de vista entra de lleno en un terreno no ya jurídico, sino más bien psicológico, pues parece pretender que el Juez analice en profundidad la razón por la cual el imputado ha decidido guardar silencio y, tras ello, que llegue a una conclusión sobre si éste tiene una personalidad más o menos tendente a cumplir las leyes o a delinquir.

Pues bien, entendemos que, no obstante, las dudas que sobre la admisibilidad de esta

⁶⁴ FOSCHINI, G. *El Imputado*, Milano, 1956, p. 108 – 112.

teoría se pudieran plantear en la doctrina y la jurisprudencia, debe rechazarse fundamentalmente por dos razones. En primer lugar, el Juez es un especialista en Derecho, que interpreta y aplica las normas jurídicas, pero que en la inmensa mayoría de los casos no posee conocimientos sobre psicología que le permitan valorar en profundidad la personalidad del reo, conocimientos que además no se le exigen para el desempeño de la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Y en segundo lugar y más importante, el derecho a guardar silencio posee una entidad tal que no puede ser tenido en cuenta ni en un sentido ni en otro por el Juez, por lo que no es posible que la interpretación de patrones de conducta o de la personalidad del acusado primen sobre la vigencia o extensión de un derecho fundamental.

Hasta aquí nos hemos referido al silencio total del imputado, pero junto a éste es necesario hacer mención al conocido como silencio parcial. Es decir, a la postura del imputado consistente en negarse a responder a algunas de las preguntas que se le dirijan, pero contestando a otras, o cuando sus respuestas contienen lagunas o evasivas.

Ante esta situación la doctrina plantea dos soluciones. Por un lado, considerar que pueden ser objeto de valoración en sentencia tanto las respuestas del imputado o como las lagunas o evasivas con las que contesten, es decir, el silencio⁶⁵. Por otro, entender que sólo pueden valorarse sus respuestas expresas, haciendo caso omiso a las preguntas a las que no haya querido responder⁶⁶.

La primera teoría se basa en que el sujeto pasivo del proceso, una vez que decide someterse, aunque sea parcialmente, al interrogatorio, está consintiendo en que su declaración sea utilizada como medio de prueba. Y no es esta una idea desacertada,

⁶⁵ GOLLWITZER, W. LOWE-ROSENBERG. *Die Strafprozeßordnung und das Gerichtverfassungsgesetz. Dritter Band, Sechster Abschnitt*, 1978, P. 49. Citado por ASENCIO MELLADO, JM. *La prueba prohibida y prueba preconstituida en el proceso penal*, Lima, 2008, P.194.

⁶⁶ ROXIN, C. *Strafverfahretrecht. München*, 1987, P. 80 y 82. Citado por ASENCIO MELLADO, JM. *La prueba prohibida y prueba preconstituida en el proceso penal*, Lima, 2008, P.194.

más bien todo lo contrario, pues el imputado, cuando contesta a algunas de las preguntas que se le formulan por los intervinientes en el interrogatorio, acepta colaborar con la justicia en la investigación de los hechos que indiciariamente se le atribuyen.

Ahora bien, no olvidemos que la elección de guardar silencio o declarar forma parte de su estrategia defensiva y está amparada por su más amplio derecho de autodefensa. De este modo, hay que interpretar la decisión del imputado de contestar a algunas preguntas y a otras no precisamente a la luz de aquel derecho fundamental.

Es cierto que el imputado en estos casos consiente en que su declaración sea utilizada como medio de prueba, pero sólo en la parte que él haya decidido, esto es, en las respuestas que haya dado a las preguntas a las que haya considerado conveniente responder y no en sus silencios.

Por tanto, nos mostramos partidarios de la segunda postura, pues entendemos que ésta es la más coherente con los principios constitucionales inherentes a la defensa y con el derecho fundamental al silencio. En resumen, el acusado podrá dejar de contestar a alguna o algunas de las preguntas que se le formulen, sin que el juez o tribunal pueda extraer de dicha actitud ningún efecto⁶⁷.

2.3.2.2. El derecho a guardar silencio en todas las etapas del proceso penal o sólo en algunas etapas

Si el sujeto pasivo del proceso penal decide no responder a ninguna pregunta, ni durante la instrucción del procedimiento, ni en el curso del juicio oral, la solución a adoptar habrá de ser la ya expuesta respecto del silencio total, es decir, la imposibilidad de valorar dicho silencio por el Juez en un sentido u otro.

⁶⁷ SAN MARTÍN CASTRO, C. *Derecho Procesal Penal*, Volumen II, Lima, 2003, p. 833.

No obstante, siendo el derecho al silencio un derecho de carácter sucesivo, el imputado podrá optar por no contestar a las preguntas que se le dirijan en fase de instrucción, declarando como acusado en el juicio oral o al revés, declarar durante la instrucción de la causa y permanecer en silencio en el plenario.

Incluso dentro de la fase investigadora es posible que el imputado elija guardar silencio en su interrogatorio en sede policial, pero declarar una vez sea puesto a disposición judicial ante el Juez de Instrucción. Hecho éste que suele suceder con frecuencia, habida cuenta la probabilidad mayor de que se vulneren los derechos fundamentales del imputado en sede policial que en la judicial⁶⁸, razón ésta que provoca que los letrados aconsejen a sus clientes guardar silencio y no responder a las preguntas que les formulan los agentes de policía.

La realidad del peligro es tal que varios Códigos Procesales Penales latinoamericanos prohíben a la policía tomar declaración al imputado. Entre ellos cabe citar el art. 184.10 del Código argentino, según el cual los funcionarios de la policía no podrán recibir declaración al imputado, sino que únicamente podrán dirigirle preguntas para constatar su identidad, previa lectura que en ese caso se le dará en alta voz de los derechos y garantías establecidos en su favor por las normas rituales. Y la sanción por incumplimiento de este precepto es la nulidad absoluta de la declaración, apreciable de oficio en cualquier estado del proceso⁶⁹. En el mismo sentido se pronuncia el art. 103 del Código Procesal Penal de la República Dominicana y el art. 88 del Código Procesal Penal de Guatemala.

Pero volviendo al tema que nos ocupa, en el caso de que acusado haya guardado silencio en la fase de investigación, pero decida declarar ante el Juez en el plenario,

⁶⁸ GONZÁLEZ I JIMÉNEZ, A. *Las diligencias policiales y su valor probatorio*. Editorial Bosch, 2014, p. 143.

⁶⁹ FLEMING, A. y LÓPEZ VIÑALS, P. *Garantías del imputado*. Buenos Aires, 2008, p. 326.

no se plantea problema alguno. Sólo lo manifestado en el juicio oral podrá tenerse en cuenta en la resolución que en su día recaiga, sin que sea posible extraer conclusión alguna de su silencio previo, pues las razones que llevaron al imputado a no manifestar nada durante la instrucción de la causa pudieron ser diversas y, en todo caso, su decisión la tomó amparándose en su derecho fundamental a permanecer en silencio y a no colaborar.

En cambio, mayores problemas plantea el supuesto de que el imputado haya declarado durante la etapa de investigación, pero se niegue a hacerlo en el juicio oral.

PÉREZ-CRUZ MARTÍN mantiene que no afecta a ningún derecho fundamental valorar en sentencia la declaración del imputado prestada en el sumario cuando éste haya decidido guardar silencio en el juicio oral y ello porque cada declaración del imputado/acusado tiene carácter independiente. Con este fin, entiende que, aunque el imputado hubiera hecho uso de su derecho al silencio en el plenario, en éste se puede dar lectura, a instancia de cualquiera de las partes, a las manifestaciones inculpativas que realizó durante la fase de instrucción⁷⁰.

Pues bien, no podemos compartir este punto de vista porque a nuestro juicio se están confundiendo dos situaciones diferentes. Por un lado, el imputado o acusado que declaró en la etapa investigatoria, pero guarda silencio en el juicio oral y, por otro lado, el imputado o acusado que declara en ambas etapas del proceso y de la comparación entre sus manifestaciones anteriores y posteriores resultan contradicciones.

En el primer caso entendemos que la entidad del derecho fundamental al silencio impide que puedan valorarse en sentencia las declaraciones sumariales del imputado. Y ello porque, la prueba ha de practicarse en el juicio oral con arreglo a los principios de inmediación y contradicción y los únicos supuestos en que se permite la

⁷⁰ PÉREZ-CRUZ MARTÍN, AJ. *El interrogatorio del acusado. Reflexiones a la luz de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo*. Pamplona, 2011, p. 131.

reproducción de diligencias de instrucción en el plenario son aquéllos en que no pueda practicarse la prueba por causas independientes de las partes. Que el acusado haya decidido guardar silencio no puede en ningún caso ser considerado como causa independiente de la voluntad de las partes, pues aquél es parte en el proceso penal y no hace otra cosa que manifestar su voluntad amparándose en un derecho fundamental constitucionalmente reconocido.

Por lo tanto, es innecesario dar lectura a sus declaraciones sumariales en el juicio oral, por cuanto su silencio en éste ha de primar sobre sus manifestaciones en la instrucción. De no ser así, se estaría desvirtuando tanto el ámbito de protección del *ius tacendi* que llegaría a perder su sentido último, convirtiéndose en un mero principio informador sin virtualidad práctica alguna.

En el segundo caso la cuestión es más compleja. Ahora bien, aquí ya no nos encontramos en el ámbito del derecho al silencio, sino en el correspondiente al controvertido “derecho a mentir” del imputado/acusado, pues evidentemente si éste ha declarado tanto en la instrucción como en el juicio oral no ha hecho uso de su derecho a callar.

A favor de esta postura se pronuncia gran parte de la doctrina. Entre ellos, RAMOS MENDEZ⁷¹ dice que la voluntad del imputado de declarar, que supone reconocer su disponibilidad para ser utilizado como medio de prueba, no le obliga a nada más que a decir lo que quiera, aunque no sea verdad. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA⁷² considera que debe reconocerse la existencia de un derecho a mentir, ya que en caso contrario se estaría mermando considerablemente la capacidad de defensa del imputado, así como el contenido del derecho al silencio y del derecho a no inculparse. Asimismo, HUERTAS MARTÍN⁷³ defiende que si bien el Tribunal

⁷¹ RAMOS MÉNDEZ, F. *Enjuiciamiento Criminal*. Atelier, Barcelona, 2016, p. 301.

⁷² LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. *El derecho a guardar silencio y a no inculparse*, p. 594.

⁷³ HUERTAS MARTÍN, MI. *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de prueba*, Barcelona, 1999, p. 306

Supremo, en muchas ocasiones, ha valorado negativamente la declaración mendaz del imputado debe reconocerse un derecho a la falsedad.

Así las cosas, aunque efectivamente existieran contradicciones entre lo declarado por el acusado en ambas fases del procedimiento, la lectura de la declaración sumarial sólo debería servir para evidenciar dicha contradicción, y nunca para motivar una sentencia condenatoria⁷⁴. Lo contrario supondría una interpretación restrictiva del fundamental derecho del acusado a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

En definitiva, por todo lo hasta aquí manifestado, entiendo que el acta que da cuenta de la declaración previa del imputado no debe ser admitida como elemento de prueba para el juicio. Ello así, no porque su admisibilidad pueda generar una violación al derecho a no declarar en contra de uno mismo, sino porque se trata de prueba indebidamente perjudicial, que puede generar un prejuicio en el juzgador, mayor a su valor probatorio.

Me parece fundamental tener en cuenta que el imputado tiene el derecho de declarar durante el proceso cuantas veces quiera, en el ejercicio de su derecho de defensa, y que nunca lo hace bajo juramento de decir verdad.

Ninguna disposición pensada como garantía del imputado puede hacerse valer en su contra puesto que las garantías constitucionales se encuentran dirigidas a las personas frente a los órganos de persecución estatal, mas no a la inversa.

Considero que las declaraciones del imputado pueden serle de gran utilidad a la defensa ya que a partir de sus dichos puede dejar planteada una teoría del caso distinta a la del acusador y proponer medidas de prueba y así lograr una sentencia

⁷⁴ LOZANO EIROA, M. *El derecho al silencio del imputado en el proceso penal*, Diario La Ley, Núm, 7925, Sección Doctrina, 18 de septiembre de 2012, p. 7.

exculpatória. Pero al mismo tiempo creo que los dichos del imputado no son útiles para el acusador, a los fines de lograr una condena, por cuanto el valor probatorio que puede tener una confesión que luego no es sostenida por la misma persona que oportunamente la hizo, a mi entender, es mínimo y nunca podría dar lugar a una sentencia condenatoria (al menos no por sí sola, sin la presencia de otros numerosos elementos de prueba).

Por lo tanto, sostengo que el acta que da cuenta de las declaraciones brindadas por el imputado en la audiencia de intimación de los hechos, en las que este se haya inculcado, cuando sea ofrecida por el fiscal, como prueba documental para el juicio (aunque no sea ofrecida para ser incorporadas por lectura, sino simplemente a los fines de evidenciar inconsistencias con la nueva declaración del imputado) debe ser declarada inadmisibles, por tratarse de prueba indebidamente perjudicial y, por ende, ser manifiestamente impertinente.

2.4. Declaraciones del imputado

La posición del imputado de cara a las pruebas ofrece problemas diversos. En este caso el problema proviene de ciertas tendencias que parecen negar todo deber de probar los hechos que él alega. Ciertamente es que la presunción de inocencia impide imponer al imputado el mismo estándar de prueba que pesa sobre la parte acusadora. Pero ello no supone exonerar de toda carga al imputado, pretendiendo que deba ser el órgano de investigación el que actúe en su favor.

Que la declaración del imputado constituya, al menos en principio, un medio de defensa técnica y no una fuente de prueba, constituye, felizmente, un lugar común en la doctrina. También es frecuente relacionar este carácter con la prohibición de forzar la autoincriminación y el derecho del imputado al silencio y a abstenerse de colaborar con la acusación.

La primera declaración del imputado una vez iniciado el procedimiento recibe el nombre de instructiva. Tres son las características de esta diligencia:

1. Es un acto personal del imputado: solamente de él puede provenir la exposición. La intervención del abogado defensor se circunscribe a la de un asistente técnico.
2. Se presta ante la autoridad que tiene a cargo el procedimiento: juez penal o fiscal provincial, excluyendo toda posibilidad de que se preste ante autoridad extrajudicial.
3. Es una exposición voluntaria, primero, porque el imputado puede declarar o no. Además, puede ser espontánea, si el inculcado depone como estima pertinente; provocada, si responde a un interrogatorio o mixta, si combina una y otra línea de actuación.

Sin embargo, aún existe desacuerdo sobre la naturaleza y fines de la declaración; algunos la consideran un medio de defensa; otros que se trata de un medio de prueba; pero no se profundiza sobre su razón de ser, independientemente de su forma de valoración en la vida práctica.

En este sentido, si se le considera como un medio de defensa, implica que se trata de un instrumento que sólo puede utilizarse para la eficacia de la defensa material del acusado; por otro lado, si se le considera un medio de prueba, se convertirá en un instrumento que puede utilizarse para allegarse de elementos de prueba, sin importar que sean de cargo o de acusación, o de descargo o defensa; aunque en la realidad, casi todas las veces se valora en su perjuicio. Así, en virtud de que estas dos finalidades son contradictorias, pues una pretende defender, y la otra aportar pruebas, no puede concluirse que la declaración del imputado es un medio de defensa, y a la vez un medio de prueba de cargo⁷⁵.

⁷⁵ GARCIA RAMIREZ sostuvo que la declaración preparatoria “es, básicamente, una oportunidad para la defensa del imputado” y “esto nos coloca en el terreno de las declaraciones que puede producir el imputado en el

Por tanto, si afirmamos que el Sistema Penal Acusatorio Adversarial es garantista, hay que considerar a la declaración del acusado como un medio de defensa, y no una prueba de cargo.

Como la finalidad de la declaración del imputado, es la de permitirle su defensa, está sujeta a reglas que deben respetarse, como el derecho a que se le informe, de manera específica y clara, acerca de los hechos que se le imputan; ser asistido por un defensor desde los actos iniciales de la investigación; practicar actos de investigación para desvirtuar las imputaciones que se le formulen; presentarse ante el Juez, con su abogado defensor, para contestar al cargo; no ser obligado a declarar y, en caso de consentir a prestar declaración, no hacerlo bajo juramento; no ser sometido a tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes; derechos que resguardan la persona del imputado, su dignidad, y le respaldan su calidad de parte en la investigación, y no de objeto de ella⁷⁶.

El derecho a no declarar contra sí mismo o confesarse culpable, es expresión de los principios garantistas de presunción de inocencia, acusatorio, carga probatoria y contradicción; por lo que, la declaración de un imputado, es una de las situaciones procesales de mayor importancia, ya que en ese instante se enfrenta al aparato punitivo del Estado, y todo lo que decida o no declarar, debe ser tomado como un acto de autodefensa. El objetivo del establecimiento del derecho a declarar, es el de

procedimiento, y particularmente la más relevante y comprometedora que es la confesión". "El artículo 20 constitucional" en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada*, Décimo Quinta Edición, Editorial Porrúa, México, 2000, p. 282 y 288.

⁷⁶ "Todo el sistema de garantías penales y procesales está dirigido a minimizar el poder del juez, transformándolo en una actividad potencialmente cognitiva... lo más importante es que la existencia de garantías eleva el grado de limitaciones al juez y facilita la decibilidad de la verdad... la actuación del juez será legítima cuando haya sido posible conferir a la sentencia la cualidad de haber aprehendido el tipo de verdad que puede ser constatada de modo más o menos controlable por todos, pero esto sólo sucederá si son satisfechas las garantías de un juicio con contradicción, oral y público, esto es, en las condiciones del sistema acusatorio." BUENO DE CARVALHO, Amilton, "De nuevo sobre el interrogatorio del acusado", Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, 3ª Época, núm. 6, 2003, p. 41.

eliminar toda posibilidad de obligar al acusado a cooperar en la formación de una convicción en su contra, por lo cual se prohíbe el empleo de declaraciones que se hubieran conseguido por medios ilícitos, ya que ha dejado de ser un objeto de prueba, para convertirse en un sujeto procesal. Entonces, podemos afirmar que el derecho fundamental de presunción de inocencia, junto a los de defensa, acusación y carga probatoria, son los que dan origen al derecho a no autoincriminarse; basados en la dignidad de la persona, como fin principal de los sistemas penales que se dicen.

El imputado no puede ser obligado a declarar, el derecho de permanecer en silencio, si lo estima conveniente, es una manera de decir que es inocente, y que se pruebe entonces lo contrario. Por este motivo, el silencio del imputado no puede ser tenido como indicio de culpabilidad, y no puede ser valorado por el Juzgador como dato de participación del imputado, al ser la nada fáctica y jurídica; y el ejercicio de un derecho nunca puede significar un perjuicio para quien lo lleva a cabo.

El silencio del imputado, constituye una posible estrategia defensiva, o garantizarle la futura elección de ella, si el Ministerio Público no cumple con sus funciones de demostrar la totalidad del hecho punible. Es uno de los mecanismos principales de protección al derecho de defensa, ya que, por lo regular, cuando una persona entra al Sistema de Justicia Penal, considera que tiene el deber de declarar para justificar su conducta, al creer que no tendrá alguna otra forma de defenderse; por lo cual, es necesario que se le comunique que puede ejercer libremente ese derecho, sin que ello implique una valoración en su contra.

El silencio no puede generar ninguna consecuencia en perjuicio del imputado; no puede ser considerado como indicio de culpabilidad, y no opera la confesión ficta, como en otras materias, donde el callar implica una presunción de certeza de los hechos controvertidos. Esta falta de efecto se relaciona con la carga de la prueba, pues el imputado no debe probar que es inocente; por ende, puede callar si quiere, y no

colaborar con la investigación, pues, no se le puede pedir que coopere para lograr su propia condena. Es decir, no se puede utilizar como presunción de culpabilidad en su contra, que el imputado se abstenga de declarar, en el libre ejercicio de su defensa.

En conclusión, el imputado no está obligado a probar que es inocente, sino que es el sujeto acusador, a quien le incumbe la carga de la prueba de los elementos constitutivos de delito y la culpabilidad del responsable; así, el acusado no puede ser obligado a confesar en su contra, por lo que las legislaciones afectan de nulidad todas aquellas confesiones obtenidas por medios ilícitos.

CAPÍTULO 3

IMPLICANCIAS CONSTITUCIONALES ANTE LA ORALIZACIÓN DE DECLARACIONES PREVIAS EN JUICIO ORAL

Luego de desarrollar en los dos anteriores capítulos las garantías constitucionales que caracterizan a un Estado Social y Democrático de Derecho; analizando además todo lo referente a la culpabilidad y todo lo que ella abarca. En el presente capítulo me ocuparé de analizar las implicancias constitucionales que produce la oralización de las declaraciones previas en juicio oral, teniendo en consideración que tal supuesto fáctico vulnera, entre otros, el principio de no incriminación.

En la primera porción del presente capítulo desarrollaré cómo afecta la lectura de las declaraciones previas del imputado, desde el punto de vista de considerarse tales declaraciones como medio probatorio que repercutirá incorrectamente en ser un indicio de culpabilidad, analizando conceptos y teorías que apoyan la postura que pretendo establecer.

En seguida analizaré de forma amplia el debido proceso y las garantías procesales inmersas dentro del el, encontrando las afectaciones que produce la oralización de las declaraciones previas del imputado en tales garantías constitucionales. Las garantías que examinaremos son la imparcialidad del juez, la presunción de inocencia, el derecho de información y la valoración de las pruebas.

Por último, analizaré el principio de no incriminación, entendido como uno de los grandes pilares del derecho a la presunción de inocencia; definiendo al primero como el derecho del imputado de no colaborar con su propia condena, concediéndosele la facultad de decidir voluntariamente si desea declarar o no; es decir, si decide aportar elementos de prueba que finalmente, ante determinadas circunstancias lo llevarían irremediablemente a su propia incriminación

Nuestro vigente Código Procesal Constitucional del Perú (ley 28237), que entró a regir a partir del primero de diciembre de 2004, ha ido siempre en la búsqueda que el amparo opere como un verdadero proceso constitucional de tutela de urgencia para la protección de los derechos fundamentales. Para el cumplimiento de tal objetivo se han incorporado al Código diversos principios procesales que deben regir el desarrollo del proceso, así como una serie de medidas y mecanismos que hagan más efectiva la ejecución de las sentencias.

En esta sección de mi trabajo analizaré las implicancias de la incorporación de la oralización de las declaraciones del imputado, bajo el contexto en que este sujeto haya ejercido su derecho a no declarar; situación que amerita se brinde especial atención; pues asumo que la situación fáctica descrita conllevará a la vulneración de las garantías constitucionales del derecho penal; por lo que es preciso ahora estudiar y analizar estas implicancias constitucionales que conlleva al desarrollo específico mi problema descrito.

Será preciso entonces realizar un estudio y análisis de tales implicancias constitucionales:

3.1. Indicio de culpabilidad

Empezamos por el estudio del análisis de las implicancias constitucionales en tanto al indicio de culpabilidad, tomando en consideración que ya hemos estudiado la culpabilidad de forma amplia en el segundo capítulo; razones por las que ahora es preciso, en primer lugar, definir que es un indicio: “La presunción judicial, de hombre, o indicio, es la deducción que por vía de inferencia obtiene el juez, en virtud del enlace de ciertos hechos con el que se trata de probar. El Código en el artículo 229 lo define diciendo que "Se entiende por indicio un hecho del que se infiere lógicamente la existencia de otro hecho".⁷⁷

La palabra clave para entender lo que es indicio es inferencia; la cual constituye el resultado que obtiene el juez en virtud del enlace que se forma sobre ciertos hechos conocidos, los cuales utiliza para inferir nuevos hechos. En cuanto a nuestro planteamiento es necesario evaluar cómo es que la oralización de las declaraciones previas en juicio oral, ante la negativa del imputado de declarar, pueda servir como medio probatorio suficiente que evidencie un indicio de culpabilidad en el agente del hecho delictivo.

“Esa gravedad del indicio también se puede considerar desde el punto de vista de su eficacia probatoria, como cuando está purificado de toda falsificación y engaño, que no sea obra de la casualidad o del azar, que no sea susceptible de contra indicios que puedan eliminar o disminuir su fuerza probatoria. En síntesis, que cuando después de haber podido superar todos los interrogantes que en contrario se pueda hacer el juzgador, éste llegue a una conclusión de tranquilizante seguridad en sus decisiones,

⁷⁷ PELAÉZ VARGAS, Gustavo. “Indicios y Presunción”. [ubicado el 15.X 2017]Obtenido en: <http://Dialnet-IndiciosYPresunciones-5212322.pdf>, p. 54

fundada en la certeza moral a que hubiere llegado, plenamente convencido de haber procedido según los dictados del derecho, los postulados de la justicia y la voz de su conciencia”⁷⁸

En la cita se advierte la importancia que adquiere un indicio para sustentar su fuerza probatoria, en lo que nos interesa en el principio de culpabilidad. De tal sentido que sirva para generar convicción al juez, lo que a la postre conllevará a que resuelva un caso concreto fundado en la certeza moral, además que esté convencido que su actuación y más aún su decisión se ajusta a derecho, y sobre todo que está actuando dentro de los parámetros de la justicia y siguiendo la voz de su conciencia.

Habiendo analizado en su momento la culpabilidad como aquel reproche que se atribuye al autor de un hecho delictivo, quien pese a su capacidad de decisión o autodeterminación ha optado deliberadamente en actuar de forma antijurídica; es momento de analizar la posibilidad de que la oralización de las declaraciones previas del imputado, en el caso de que éste haya decidido no declarar en juicio oral, pueda conllevar a sumir un indicio de culpabilidad del imputado.

Es por ello que procederé a recoger las siguientes teorías que resuelven lo mencionado en el párrafo anterior, es decir analizar cómo se vulnera el principio de culpabilidad, ante la oralización de las mencionadas declaraciones previas:

“En principio, para la inaplicación, es necesario demostrar la derrotabilidad de la norma, y para ello, debe evidenciarse, que la lectura de la declaración del imputado en juicio, constituye una admisión coactiva de culpabilidad. Para ello, podemos ensayar dos teorías.

⁷⁸ CALAMANDREI, Piero. Elogio de los jueces escrito por un abogado. Buenos Aires, Ediciones jurídicas Europa-América, 1956, p. 357.

“1º Teoría de la admisión. - En principio, la declaración del imputado, prestada ante el Fiscal y con consejo técnico de abogado defensor, no puede constituir ilicitud en la obtención de la misma, por lo que, lo que no nació ilícito, no puede convertirse en tal, al momento de su actualización en juicio, mediante su lectura, así, la declaración contenga una confesión.

2º Teoría de la exclusión. - Si el imputado, ejerce su derecho legítimo a guardar silencio en juicio, no puede ser forzado a hablar, mediante la introducción de una declaración anterior. Tal procedimiento, no consiste más que en hacerlo confesar [de ser ese, el contenido de la declaración], bajo el disfraz de una lectura previa”.⁷⁹

Con respecto a la primera teoría, la de la admisión, es entendida como aquella en que si la declaración del imputado fue obtenida de forma lícita y con todas las garantías necesarias, es decir respetando los límites del debido proceso, tal situación ameritaría la posibilidad de la lectura de la declaración prestada, en el caso de que el imputado haya decidido no declarar en juicio oral, sin significar tal situación como vulneradora al principio de culpabilidad.

En la segunda teoría, notamos que se concibe a la oralización de la declaración previa como una forma tácita de forzar a declarar al imputado y en consecuencia a la vulneración del principio de culpabilidad. Se considera además que el procedimiento de la oralización de la declaración previa no es más que el disfraz para forzar a declarar al imputado, declaración que finalmente y de forma incorrecta vendría a ser tomada como fundamento necesario para ser indicio de culpabilidad.

“Más recientemente se ha expresado (prestando una correcta aquiescencia), que “...la doctrina casatoria ha señalado la conexión entre el principio de inocencia con el derecho de defensa, pues proporciona a éste su verdadero sentido, de modo que **no**

⁷⁹ “DISTORSIONES SOBRE EL PRINCIPIO DE NO AUTOINCRIMINACIÓN”. [ubicado el 15. X 2017] Obtenido en: <http://legis.pe/distorsiones-sobre-el-principio-de-no-autoincriminacion/>.

se podrá utilizar como presunción de culpabilidad en su contra, ni como circunstancia agravante para la individualización de la pena que se le pudiere imponer, art. 41 C.P., que el imputado se abstenga de declarar, **o que al hacerlo mienta**, o el modo en que ejerza su defensa”⁸⁰

En la cita incorporada verificamos que relacionan la presunción de culpabilidad en relación al principio de inocencia con el derecho de defensa; de tal forma que ante la presentación de la situación que el imputado se niegue a declarar o en el peor de los casos éste mienta al emitir su declaración, no constituyen tales circunstancias más que el ejercicio del derecho de defensa; en tal sentido, al presentarse tales situaciones no serán motivos para enervar la presunción o el indicio de culpabilidad.

Con respecto a nuestro trabajo de investigación resulta sumamente interesante analizar cómo es que la oralización de las declaraciones previas del imputado vulnera la presunción de inocencia; máxime si la situación mencionada en el párrafo anterior nos invita a reflexionar como es que la lectura de las declaraciones previas vendría finalmente a vulnerar el derecho que tiene el imputado a abstenerse a declarar; situación que a la postre significa la vulneración la presunción de culpabilidad.

“Ello es así porque resultaría arbitrario e ilegal que las manifestaciones defensivas del imputado, por el solo hecho de no haber sido avaladas por la prueba del proceso, puedan ser utilizadas en su perjuicio, pues tal razonamiento importaría una fuerte desnaturalización de su derecho de defensa material ya que, si cada vez que las expresiones del imputado negando su culpabilidad o los hechos fundantes de la imputación en su contra no fueran admitidas como verdaderas, se pudieran transformar -por su presunta mendacidad- en prueba de cargo en su contra, el derecho de defensa quedaría reducido a decir cosas verdaderas, cuya veracidad además el

⁸⁰ CAFFERATA NORES, José I. “¿ES CONSTITUCIONALMENTE ACEPTABLE EL INDICIO DE “MALA JUSTIFICACION?” [ubicado el 15.X 2004] Obtenido en: <http://www.derecho.unc.edu.ar/acaderc/es-constitucionalmente-aceptable-el-indicio-de-mala-justificacion>. P. 10 y 11.

acusado debería probar, so pena de que, en caso contrario, se las considere mentirosas, y por ende prueba de culpabilidad en su contra, carga probatoria que vulneraría el principio de inocencia constitucionalmente reconocido a su favor.”⁸¹

Notamos se continúa con la misma lógica de relacionar la culpabilidad con el principio de inocencia además del de defensa; pero ahora el análisis que se realiza está en función a que las declaraciones pueden, ante determinadas circunstancias, enervar la presunción de inocencia, situación que no es cuestionada; pero lo que sí es preocupante es hasta qué sentido las declaraciones puedan significar fundamentar la culpabilidad del sujeto activo del delito, como bien lo dice el autor, ante la incredulidad del operador jurídico de no tomar por cierto una declaración basada en la negación de la responsabilidad penal, pueda significar la vulneración al principio de presunción de inocencia, dentro del marco del principio de culpabilidad.

“De este modo, el imputado quedaría avisado antes de decidir si declara o se abstiene de hacerlo, sobre las consecuencias perjudiciales para su situación procesal que podrían derivarse de optar por declarar y hacerlo mendazmente para defenderse de la imputación que se le formula. Y se le evitaría la sorpresa de encontrarse con que, la invitación judicial a exponer “todo lo que crea conveniente en descargo o aclaración de los hechos” (art 262 CPP), esconde la posibilidad de ser víctima de una “puñalada procesalmente traperera”: si al exponer cree conveniente mentir, esta mendacidad puede ser utilizada como una prueba de cargo en su contra (limitación a su libertad de declarar de la que no había sido previamente informado).”⁸²

Notamos que ante el supuesto de que el imputado ejerciera su derecho a declarar y lo hiciera narrando hechos falsos, con respecto al planteamiento, lo que no es sumamente interesante es reflexionar como la oralización de una declaración previa puede conllevar a este examen, es decir ante la simple lectura de una declaración se

⁸¹ *Ibidem* .P. 11 y 12.

⁸² *Ibidem*. P. 17

es muy difícil saber hasta qué punto el imputado puede mentir en su declaración, pues para realizar correctamente este análisis es necesario que el imputado declare en el mismo juicio oral, pues solo así el juez, con ayuda del principio de inmediación podrá analizar cada palabra, cada gesto, entre otras situaciones que revelarían la veracidad o falsedad de las declaraciones del imputado.

3.2. Vulneración al debido proceso

En su momento indicaba la importancia que adquiere el estudio del debido proceso o derecho a un proceso justo y legal, es decir lograr un proceso penal revestido de transparencia, ajustado a ley y con garantías necesarias, encaminadas a generar un mecanismo procesal democrático, en el que estén incluidos los derechos que se reseñan en la Constitución.

Razones por las que advertía la existencia parámetros que obligan al proceso penal a respetar los momentos de actuación de las pruebas y la validez de éstas; en tal sentido, deberá entenderse que las declaraciones previas podrán tenerse como referente, pero no será suficiente para formar convicción en el juez sobre la responsabilidad penal del imputado.

A continuación, mencionaré las garantías que conllevan hablar del debido proceso, pero tomando como referencia solo aquellas que se relacionen con mi planteamiento; analizando las vulneraciones que se presentan en ellas, ante el supuesto factico de oralizar las declaraciones previas del imputado.

3.3. Imparcialidad de juez

Es preciso, en primer lugar, recoger un concepto sobre imparcialidad, así Epistemológicamente, tenemos que "la palabra "imparcial" se encuentra definida en el diccionario como: "que juzga o precede con imparcialidad; que incluye o denota imparcialidad. También como recto, justa y equitativo". Por su parte, el vocablo

"imparcialidad" está definido como "carácter de imparcial: el primer deber de un magistrado es la imparcialidad"⁸³

Se le atribuye a imparcialidad los conceptos de rectitud, justicia y equidad, como pilares máximos que deben caracterizar a un órgano jurisdiccional, dentro de los parámetros del debido proceso. La imparcialidad implica, necesariamente la ausencia de designio o de prevención en el juez de poner su función jurisdiccional al servicio del interés particular de una de las partes.

La función jurisdiccional consiste en la tutela de los derechos e intereses legítimos de las personas por medio de la aplicación del Derecho en el caso concreto, y la imparcialidad se quiebra cuando el juez tiene el designio o la prevención de no cumplir realmente con esa función, sino que, incumpliendo con ella, puede perseguir en un caso concreto servir a una de las partes".⁸⁴

Es aquí donde se revela la peligrosidad de parcialidad jurisdiccional, pues generará que el juez se incline por servir a una de las partes, lo cual conllevará a un grave perjuicio a la solución correcta del caso en concreto; he allí la importancia del respeto a tal garantía constitucional, dentro de los parámetros del debido proceso

“Esta garantía permite que el juez sea un tercero entre las partes, toda vez que resolverá la causa sin ningún tipo de interés en el resultado del proceso sea por una vinculación subjetiva con algunas de las partes o por alguna vinculación con los

⁸³ CAPURSO, Marisa Paola. La Imparcialidad del Juzgador. Suplemento de Administración de Justicia y Reformas Judiciales, Buenos Aires, 2004, p.17.

⁸⁴ MONTERO AROCA (Juan). “Derecho a la imparcialidad judicial” - Comentario al artículo II- 107 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa y al artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, Publicado en Revista Europea de Derechos Fundamentales, N° 7/1er semestre 2006, p. 69
Obtenido en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32673-1.pdf>

elementos de convicción del proceso que hayan formado en su interior un pre-juicio con respecto a la causa en concreto”⁸⁵

Me parece interesante la cita recogida, pues nos servirá como precedente para analizar si tal garantía de imparcialidad del juez, dentro del marco del debido proceso, se vulnera ante el supuesto factico de mi planteamiento. Por lo que asumo que la afectación que se puede advertir es que si se oralizan las declaraciones previas del imputado, tal situación devendrá en que el juez se forme un pre-juicio respecto de la causa en concreto, y lo que es peor aún, utilice tales declaraciones como un elemento para sustentar la culpabilidad del sujeto activo del delito.

“Dice Becerra Suárez, que, es en la esfera del derecho internacional de los derechos humanos donde se ha desarrollado la materia abundantemente. La imparcialidad del juez se manifiesta como una expresión del derecho humano al debido proceso”⁸⁶ .

Como lo he mencionado dentro del ámbito del debido proceso es donde se manifiesta el principio de imparcialidad del juez, por lo que es conveniente tener ello como un referente, uno de los muchos parámetros que significan hablar de un debido proceso.

Y desde esa perspectiva, son los instrumentos jurídicos y los tribunales supranacionales los que han reconocido que la imparcialidad jurisdiccional se enuncia como exigencia derivada del debido proceso con el ánimo de asegurar la mayor objetividad posible frente al caso que se pone a disposición para el juzgamiento. La Declaración Universal de los derechos humanos, por su lado, expone: “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y

⁸⁵ MONTERO AROCA, Juan. Imparcialidad o Incompatibilidad. Sobre la Imparcialidad del Juez y la Incompatibilidad de Funciones Procesales, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 1998. P. 332.

⁸⁶ BECERRA SUAREZ, Orlando: “*El derecho al juez imparcial*”. Obtenido en <http://blog.pucp.edu.pe/item/180109/el-derecho-aljuez-imparcial>

obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”, mientras que la Corte Interamericana de Derechos Humanos precisa que es una garantía fundamental del debido proceso, con la que se pretende asegurar la objetividad del juzgador, por un lado, y de otro, inspirar la confianza necesaria de las partes, la que ha de extenderse a los ciudadanos de una comunidad democrática⁸⁷ Específicamente, ha señalado que, el derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial exige que “el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad”⁸⁸ Vemos que ya se habla de un aspecto objetivo que debe mediar siempre en el órgano jurisdiccional, aspecto que deja fuera de lugar a todo aspecto subjetivo, pues precisamente la imparcialidad se manifiesta en esa vertiente objetiva que debe caracterizar a nuestros jueces, pues solo así se manifestaran las garantías suficientes que permitan formar convicción y desterrar toda duda con respecto al imputado.

Teniendo claro el contenido de lo que es imparcialidad, como una de las garantías del debido proceso, es conveniente estudiar los dos tipos de imparcialidad, a fin de analizar cómo es que se producen vulneraciones a tales manifestaciones de imparcialidad ante el supuesto factico de mi planteamiento:

“a) Imparcialidad subjetiva: La imparcialidad subjetiva refiere a que el juez no debe tener ningún tipo de interés con el resultado a que pueda llegar el proceso para alguna de las partes, como puede ser que una de las partes sea un familiar suyo, o que sea su acreedor, o tenga algún tipo de enemistad, etc. ya que esto podría generar peligro de parcialidad en el juez.

⁸⁷ Sentencia de 2 de junio de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. F.J. 171

⁸⁸ 5 Sentencia de 17 de noviembre de 2009 (Fondo, Reparaciones y Costas), caso Barreto Leiva vs Venezuela, f.j. 98. En el plano europeo, es importante la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, sentencias del 26 de octubre de 1984, caso De Cubber y, 1 de octubre de 1982, caso Parsec.

b) Imparcialidad objetiva: La imparcialidad objetiva está referida a que el sistema judicial debe brindar las condiciones necesarias para evitar que el juez caiga en el vicio de la parcialidad, es decir que las normas que regulan su actuación deben de buscar que el juez no tenga prejuicios o favorezca a alguna parte sobre otra en base al contacto que ha tenido con la causa”⁸⁹.

Como vemos el autor divide la imparcialidad desde dos aspectos, el subjetivo y el objetivo; el primero de ellos consiste en la imparcialidad subjetiva, basada ésta en la prohibición del juez de no tener ningún tipo de interés con el resultado del proceso, es decir que no tenga ningún interés con algunas de las partes, pues tal situación podría generar peligro de parcialidad en el juez.

El segundo aspecto de la imparcialidad se basa desde un ámbito objetivo, señalando que el juez no deba tener algún contacto con las causas; como sabemos existe restricción en que el juez tenga a la mano el expediente en el desarrollo de una audiencia, pues tal situación devendría en la generación de la parcialidad objetiva. Con respecto a nuestra formulación es importante tomar en cuenta este tipo de imparcialidad objetiva, pues notamos que ante el supuesto factico de que se oralizen las declaraciones previas del imputado, tal situación afecta la imparcialidad objetiva.

En nuestro ordenamiento jurídico, el máximo intérprete de la constitución, el Tribunal Constitucional, ha reconocido que el derecho al juez imparcial es un derecho fundamental implícito que se fundamenta a partir del principio de dignidad humana y del modelo de estado democrático de nuestro Estado, colocándolo de modo inmediato como una expresión del debido proceso. Dice: “el derecho a ser juzgado por jueces imparciales no se encuentra reconocido expresamente en la Constitución. Ello, sin embargo, no ha impedido a este Tribunal reconocer en él a un derecho implícito que

⁸⁹ NEYRA FLORES, José Antonio. “Garantías en el Nuevo Proceso Penal Peruano”, p. 08.

forma parte de un derecho expreso. A saber, del derecho al debido proceso, reconocido en el inciso 3) del artículo 139 de la Constitución”⁹⁰.

Seguimos en la misma línea interpretativa, en el sentido de indicar que aunque el derecho a un juez imparcial no está expresamente definido en nuestra constitución, de forma tácita se puede encontrar inmersa dentro de la garantía constitucional al debido proceso; el derecho a un juez imparcial tiene sustento también en principio de dignidad humana y del modelo de estado democrático de nuestro Estado; pilares importantes que garantizaran siempre el debido proceso ante cada caso concreto que resuelvan nuestros jueces; no olvidando que un imputado siempre tendrá inmerso, por su condición de ser humano, la dignidad, la cual nunca se le puede arrebatar, dignidad que conllevará a que siempre y en todo momento se le juzgue conforme a todas garantías constitucionales y penales, las cuales caracterizan un debido proceso.

Agrega que la calidad de derecho fundamental, se deriva de la cuarta disposición final y transitoria que ordena la obligación de interpretar las disposiciones constitucionales a la luz de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos. En otra sentencia, siguiendo esta misma línea, sostiene que el contenido nuclear de los derechos humanos derivados de instrumentos internacionales es compartida por el constitucionalismo en atención a

⁹⁰ Cfr. STC 6149-2006-AA/TC, f.j 48 y 49. El profesor Luis Castillo sostiene que este derecho, siguiendo a la jurisprudencia española, puede encontrar arraigo constitucional no sólo en el derecho al debido proceso sino también en el derecho al juez predeterminado por la ley, además de la relación con las normas internacionales por ser vinculantes a los Estados que las suscriben. Cfr. CASTILLO CORDOVA, Luis: El derecho fundamental al juez imparcial: influencias de la jurisprudencia del TEDH sobre la del Tribunal Constitucional Español, Anuario de derechos constitucional latinoamericano, 2007, p. 124. Otro autor, Natarén Nandayapa, sostiene que, este derecho se funda en el principio de la independencia judicial, al punto que indica que “la imparcialidad es una manifestación de la independencia en un caso concreto”. Cfr. NATAREN NANDAYAPA, Carlos Faustino: “Imparcialidad objetiva y creación de causas de recusación no expresamente mencionadas en la ley. A propósito de la sentencia 162/1999 del 27 de septiembre del Tribunal Constitucional Español”, en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/239/art/art5.pdf> , p. 77. Lo mismo reseña nuestro Tribunal Constitucional en STC 04298-2012-AA, fjs 8.

“la convicción jurídica del valor de la dignidad de la persona humana, a cuya protección y servicio se reconduce, en última y definitiva instancia, el ejercicio de todo poder”⁹¹ .

Se sigue hablando de la dignidad humana, en el sentido de que esta es el núcleo de todos los derechos constitucionales; es decir, aunque no esté reconocido de forma expresa determinado derecho en nuestra constitución, no debemos olvidar que nuestro país se encuentra suscrito a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos, lo cual genera que nuestra normativa constitucional se debe ajustar a las disposiciones de tales instrumentos internacionales.

La imparcialidad del juzgador se basa en la principal idea de encargar a un tercero desinteresado y ajeno a la contienda la resolución de una controversia surgida entre dos intereses particulares. Como sabemos el juez siempre tiene que ser ajeno al proceso que va a resolver, por lo que resulta tan cuestionable que éste tome como medio probatorio una declaración previa del imputado, y peor aún que tal documento forme convicción en él y sirva para finalmente fundamentar una sentencia condenatoria; es preciso señalar lo peligroso que resulta ser tal situación, a tal punto de parcializar al juez, creo que es más factible y adecuado que el juez interrogue directamente y en persona al imputado, solo así con la discrecionalidad que le es inherente y usando las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia se formará un criterio sólido sobre la responsabilidad penal del sujeto.

Y atendida esa perspectiva se le exige al juzgador a) una posición: no ser parte de la contienda, (el juez no puede asumir procesalmente funciones de parte ni puede tener relaciones jurídicas o fácticas con las partes que vislumbren su voluntad por alguna de ellas) b) una actitud: dejar al margen las condiciones subjetivas en el ejercicio de la función. Condiciones que garantizan “la confianza que los tribunales deben inspirar a

⁹¹ STC 2730-2006-PA/TC, f.,j 9.

los ciudadanos en una sociedad democrática”, que a su vez exige dos condiciones, una para el juez; la otra, para la ciudadanía: la apariencia de imparcialidad y la convicción del justiciable.⁹²

Es muy importante analizar estas dos condiciones; en primer lugar, la apariencia de imparcialidad, la cual tiene como finalidad asegurar la confianza social, por lo que es sumamente necesario que el juez guarde las apariencias. Es decir, no solo es cuestión de actuar imparcialmente sino que además esa imparcialidad debe exponerse “hacia afuera”, por lo que corresponde al juez evitar toda conducta que ponga en riesgo el cumplimiento de su obligación. En tal sentido, si se diera el caso de que el juez no pueda asegurar dicha apariencia entonces deberá abstenerse o, en su defecto, el ciudadano puede recusarlo, siempre que las sospechas o dudas no sólo surjan de la mente del justiciable sino que es necesario asegurar objetiva y legítimamente una materialidad que justifique la petición.

Con respecto a la segunda variable, que gira en torno a la convicción del justiciable, no solo se trata de una vertiente subjetiva, en la que el ciudadano duda por la simple posibilidad psicológica de dudar, sino que se hacen necesarias unas determinadas condiciones, con el ánimo de evitar la arbitrariedad de aquel.

Así aparecen las dos dimensiones, subjetiva y objetiva que conforman el derecho. Dice el Tribunal Constitucional que, la imparcialidad subjetiva “se refiere a cualquier tipo de compromiso que pudiera tener el juez con las partes procesales o en el resultado del proceso”, mientras que la objetiva “está referida a la influencia negativa que puede

⁹² Tales notas se derivan de la aproximación al derecho al juez imparcial efectuado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 56. En el mismo sentido CASTILLO CORDOVA: “El derecho fundamental...” p. 126. En la doctrina argentina se reconoce que, el no ser parte de la contienda supone no sólo ausencia de contaminación por contacto interesado con las partes sino también con el objeto del proceso. Cfr. MAIER, Julio: *Derecho procesal penal. Fundamentos T. 1*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 734.

tener en el juez la estructura del sistema, restándole imparcialidad, es decir, si el sistema no ofrece suficientes garantías para desterrar cualquier duda razonable”⁹³.

La primera dimensión también supone la exclusión del fuero interno del juez de “cualquier prejuicio indebidamente adquirido”, mientras que la segunda intenta asegurar la ausencia de dudas respecto de la imparcialidad del juez. Atendidas las definiciones dadas, el tema es asegurar cuándo el justiciable puede de modo objetivo y justificadamente cuestionar la imparcialidad del juez, o mejor cuando estamos ante sospechas objetivamente justificadas.

En la esfera subjetiva es muy difícil de probar, pues supone una intromisión en el fuero interno del juzgador, al punto que queda resguardada bajo la presunción de que el juez es subjetivamente imparcial “hasta que se pruebe lo contrario”. El asunto es cómo probar lo que por sí mismo es difícil de acceder por competir de modo único al juzgador.

Con esta primera garantía del debido proceso, la imparcialidad del juez, a mi entender quedaría lesionada por la oralización de las declaraciones previas del imputado, pues el juez puede formarse un criterio que a la postre servirá para determinar culpabilidad del procesado, culpabilidad que estará basada en un elemento tan débil, que es incapaz de fundamentar correctamente responsabilidad penal.

⁹³ STC 00004-2006-AI/TC, f.j 20. El Tribunal Europeo plantea la materia en los siguientes términos: “Primero, el Tribunal debe carecer, de manera subjetiva, de prejuicio personal. Segundo, también debe ser imparcial desde un punto de vista objetivo, es decir debe ofrecer garantías suficientes para que no haya duda legítima al respecto. Bajo el análisis objetivo, se debe determinar si, aparte de comportamiento personal de los jueces, hay hechos averiguables que podrán suscitar dudas respecto de su imparcialidad”. Citado por ABREU BURELLI, Alirio: “Independencia Judicial (jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)” Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Konrad Adenauer, Uruguay, 2007, p. 645

3.4. Presunción de inocencia

El principio de presunción de inocencia, dentro del marco del debido proceso, consiste en el derecho de toda persona acusada con la comisión de un delito, a ser considerada como inocente en tanto no se establezca legalmente su culpabilidad, a través de una sentencia definitiva, la cual se haya obtenido mediante un proceso en donde se hayan respetado las garantías constitucionales que revelan un respeto a un debido proceso, dentro del marco del Estado Social y Democrático de Derecho.

El principio que comento, el de presunción de inocencia ha sido considerado como uno de los pilares del ordenamiento jurídico de todo estado democrático, al establecer la responsabilidad penal del individuo, únicamente cuando se acredita debidamente su culpabilidad.

La razón de ser del derecho a la presunción de inocencia es el aseguramiento y respeto a cabalidad de la seguridad jurídica, además de la necesidad de garantizar a toda persona inocente que no será condenada sin que existan pruebas suficientes que destruyan tal presunción; esto es, que demuestren su culpabilidad y que justifiquen una sentencia condenatoria en su contra.

La presunción de inocencia como garantía inmersa dentro del debido proceso tiene sustento constitucional en el artículo 24, parágrafo e) de nuestra Constitución Política, en el que se establece que *“Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su culpabilidad.”*

El principio en estudio, el de presunción de inocencia, es una garantía jurídico penal que establece la inocencia de la persona como regla; en consecuencia, solo se justificará la intervención del estado, a través de una sanción penal, cuando se demuestre a través de un proceso penal la culpabilidad de la persona, analizada ésta como último estadio en la teoría del delito.

El principio en análisis, presunción de inocencia tiene tres significados:

“a) Como concepto fundamental en torno al cual se construye todo un modelo de proceso penal, en el que se mira fundamentalmente a establecer garantías para el imputado frente a la actuación punitiva estatal.

b) Como postulado directamente referido al tratamiento del imputado durante el proceso penal, conforme al cual habría de partirse de la idea de que el inculcado es inocente y, por tanto, reducir al mínimo las medidas restrictivas de derechos en el tratamiento del imputado durante el proceso, fundamentando en este sentido la excepcionalidad de la prisión preventiva.

c) Como una regla directamente referida al juicio de hecho de la sentencia penal, con incidencia en el ámbito probatorio, conforme a la cual, la prueba completa de la culpabilidad del imputado debe ser suministrada por la acusación, imponiéndose la absolución del inculcado si la culpabilidad no queda suficientemente demostrada.”⁹⁴

El primer significado que adquiere el principio de presunción de inocencia gira en torno al establecimiento de las garantías para el imputado frente a la actuación punitiva estatal; de tal forma que se garantice el aseguramiento de todos los derechos que le asisten al imputado, además que sea juzgado con las garantías mínimas que garantizan un estado social y democrático de derecho.

El segundo significado sobre el principio de presunción de inocencia está referido al tratamiento del imputado durante el proceso penal, partiendo siempre de que tal sujeto es inocente; postulado que ameritará se restrinjan al mínimo las medidas restrictivas de derechos en el tratamiento que esté recibiendo el imputado durante el proceso, he

⁹⁴ CASTILLO PARISUAÑA, Marinda Marleny. *“El principio de presunción de inocencia, sus significados”*. Obtenido en <https://trabajadorjudicial.wordpress.com/el-principio-de-presuncion-de-inocencia-sus-significados/>

aquí donde entra a tallar la excepcionalidad de la prisión preventiva, que como sabemos ha dejado de ser la excepción para convertirse prácticamente en la regla.

El tercer último significado sobre presunción de inocencia se basa en que este principio constituye una regla directamente referida al juicio de hecho de la sentencia penal, es decir está muy relacionado con la actividad probatoria, en otras palabras, la prueba completa de la culpabilidad del imputado, la cual debe ser suministrada por la acusación, imponiéndose la absolución del inculpado si la culpabilidad no queda suficientemente demostrada.

Con respecto a mi planteamiento es interesante tomar en consideración este último significado de presunción de inocencia, en el sentido, de concluir que es difícil la posibilidad de que, mediante la oralización de las declaraciones previas del imputado, se pueda tener certeza de la culpabilidad del sujeto activo del delito, pues si utilizamos tales declaraciones que constan en escrito, incorrectamente tendrían la calidad de ser material probatorio para enervar la presunción de inocencia.

Es conveniente analizar de qué manera la oralización de las declaraciones previas en juicio oral implicaría la vulneración a la garantía de presunción de inocencia, como presupuesto del debido proceso.

“(...) La excepcionalidad en la admisión de la lectura de una declaración sumarial de un testigo se basa en argumentos de urgencia y excepcionalidad, por lo que en caso que estos presupuestos no se presenten es indispensable que el testigo concurra al acto oral para que exponga lo que sabe acerca de los hechos enjuiciados. En consecuencia, la insistencia del testimonio personal en el acto oral, en esas condiciones de rechazo del acta de declaración sumarial, muy bien puede ser invocada en la oportunidad prevista en el artículo trescientos setenta y tres, apartado dos, del nuevo Código Procesal Penal. La necesidad del pleno esclarecimiento de los hechos

acusados exige que se superen interpretaciones formalistas de la ley procesal, sin que ello signifique, desde luego, una lesión a los derechos de las partes.”⁹⁵

En tanto a la cita tomada, perteneciente a la casación 10-2007 notamos que se justifica la oralización de las declaraciones previas del imputado, ante la inexistencia de declaración testimonial; y a modo de excusa se establece que ante la necesidad de esclarecimiento de los hechos es necesaria la lectura de tales declaraciones, aunque para ello se tengan que superar interpretaciones formalistas de la ley procesal, sin que esto último signifique lesión a los derechos de las partes.

A mi entender la oralización de las declaraciones previas si vulnera la garantía constitucional de presunción de inocencia, dentro de los parámetros del debido proceso, pues el órgano jurisdiccional no debió admitir como pruebas las declaraciones previas. Máxime si el primer párrafo del artículo II del Título Preliminar del Código Penal establece que:

“Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada. Para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales.”

Es decir, el principio de presunción de inocencia establece que los hechos objeto de imputación, deben estar referidos y vinculados a la actuación del imputado, ello sin lugar a ninguna duda; y esto solo se logrará con las pruebas valoradas, las mismas que tienen que tener suficiente carácter incriminatorio, que puedan conllevar a posteriormente sostener un fallo condenatorio; solo siguiéndose este camino se

95 STC del 29 de enero de 2008. {CASACIÓN Nº 10-2007}.Fundamento SEXTO. Obtenido en <http://blog.pucp.edu.pe/blog/nuevoprocesopenal/tag/casacion-n-10-2007/>

asegurará el respeto al derecho de presunción de inocencia, dentro del marco del debido proceso.

A mi criterio la oralización de las declaraciones previas del imputado en juicio oral no revela la suficiente capacidad para formar convicción al juez sobre la responsabilidad penal del sujeto activo del delito; en consecuencia, su lectura en juicio devendría inminentemente en la vulneración al debido proceso, en forma más específica como un atentado al principio constitucional de presunción de inocencia.

“La presunción de inocencia, en tanto regla de juicio, supone que en el caso que el órgano sentenciador, tras la valoración del material probatorio obrante en el proceso, tenga dudas sobre la culpabilidad del acusado, debe declarar su inocencia. Por tanto, el órgano jurisdiccional debe absolver en los casos en los que no haya alcanzado la certeza necesaria de la culpabilidad del acusado sobre la base del material probatorio disponible”.⁹⁶

El principio de presunción de inocencia gira en torno a que, tras la valoración del material probatorio del proceso, el juez este plenamente convencido de la culpabilidad del sujeto activo del delito, sin existir ninguna duda al respecto porque tal situación devendrá en la absolución del imputado. En tal sentido es sumamente importante determinar de qué forma la oralización de las declaraciones previas del imputado puede servir como material probatorio suficiente que enervaría la presunción de presunción de inocencia y consecuencia serviría para determinar culpabilidad en el sujeto activo del delito.

⁹⁶ NEYRA FLORES, José Antonio. Manual del Nuevo Proceso Penal y Litigación Oral, Lima – Perú, Editorial IDEMSA, 2010; p. 176.

3.5. Derecho de información

El derecho de información dentro del marco que informa el debido proceso se encuentra constitucionalizado en los incisos 14 y 15 del artículo 139 de nuestra Carta Magna: “El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad. El principio de que toda persona debe ser informada, inmediatamente y por escrito, de las causas o razones de su detención”.

Es necesario recoger un concepto doctrinario de lo que implica el derecho a la información, dentro del margen a un proceso en donde se garantice el debido proceso, siendo así tenemos que:

“Es el derecho a ser informado de las causas de la demanda o acusación, en forma inmediata y por escrito; en este entendido, la prueba de cargo debe ser suficiente y obtenida mediante procedimientos constitucionalmente legítimos”⁹⁷.

Con respecto a la segunda idea del autor es necesario resaltar su importancia como apoyo a mi trabajo de investigación; en el sentido que la prueba de cargo debe ser obtenida mediante procedimientos constitucionalmente legítimos; tal vez sería necesario determinar hasta que magnitud la oralización de las declaraciones previas del imputado devendría en ser un procedimiento constitucionalmente ilegítimo, que devendría en la vulneración al derecho de información, como parámetro dentro del debido proceso.

⁹⁷ SAGÜÉS, Néstor Pedro. Elementos de derecho constitucional. Tomo 2, Buenos Aires, Astrea, 1993, p. 336.

3.6. Valoración de las pruebas

El análisis probatorio es una de las etapas más importantes en un juicio oral, el cual se encuentra sujeto a formalidades preestablecidas. La valoración del material probatorio se analiza de manera libre y de acuerdo con la sana crítica, teniendo en cuenta para ello, principalmente, la pertinencia de su contenido con la acreditación de los hechos alegados. En efecto, desde su jurisprudencia originaria, la Corte IDH ha señalado que:

“(...) La Corte debe determinar cuáles han de ser los criterios de valoración de las pruebas aplicables en este caso. Ni la Convención ni el Estatuto de la Corte o su Reglamento tratan esta materia. Sin embargo, la jurisprudencia internacional ha sostenido la potestad de los tribunales para evaluar libremente las pruebas, aunque ha evitado siempre suministrar una rígida determinación del quantum de prueba necesario para fundar el fallo (...)”⁹⁸

Como podemos, según la cita, ver no existen criterios definidos en cuando a la evaluación de las pruebas, del mismo modo no existe un criterio cuantitativo en cuanto a la cantidad de pruebas necesarias para fundar un fallo; razones por las que consideramos que todo queda a discrecionalidad del órgano jurisdiccional, quien utilizando las máximas de la experiencia y las reglas de la lógica se encargará de evaluar cada caso en concreto y definir la solución de cada uno.

El proceso de valoración de las pruebas constituye un juicio de aceptabilidad de los resultados probatorios. Esta valoración constituye el núcleo del razonamiento probatorio; es decir, del razonamiento y la lógica que conduce a una afirmación sobre hechos controvertidos. Contrario a lo extraído de la cita incorporada, advertimos que

⁹⁸ Caso Velásquez Rodríguez. Sentencia del 29 de julio de 1998, párrafo 127

nuestro sistema jurídico, por medio del denominado "derecho a la prueba", exige la aplicación de reglas de la epistemología o la racionalidad generales para la valoración de la prueba.

Siendo ello así, el proceso de valoración de la prueba no puede ser una operación libre de todo criterio y cargada de subjetividad, sino que debe estar sometida a las reglas de la lógica, de la sana crítica, de la experiencia.

Pero siempre se deberá tomar en cuenta la incertidumbre que caracteriza la toma de decisiones en el ámbito de la prueba judicial, pues existe relatividad en tanto al hallazgo del valor de verdad. Pues, aunque el proceso de valoración de la prueba habrá permitido otorgar a cada una de las hipótesis un determinado grado de confirmación, este difícilmente adquirirá la calidad de certeza absoluta.

“Es importante precisar que, por disposición de la ley procesal específica, todos los medios probatorios de un proceso penal son actuados durante el juicio oral, estación procesal en la cual el valor probatorio de los medios será compulsado y corroborado con otros medios de prueba que, valorados de acuerdo con el criterio de conciencia del juzgador, serán determinantes para establecer la responsabilidad penal; debiendo indicar el juzgador, al expedir sentencia, las razones que le llevaron a determinar la inocencia o culpabilidad del procesado”⁹⁹

Podemos notar que es plenamente establecido que los medios probatorios deben ser actuado en juicio oral, los mismos que serán comparados y corroborados con otros medios de prueba, todos los cuales serán analizados según el criterio discrecional de órgano jurisdiccional; de esta forma el cuestionamiento que viene a nuestra mente es de si verdaderamente se pueden analizar y compulsar como medio probatorio la

⁹⁹ STC del 18 de Mayo del 2005. {Expediente número 2101-2005-HC/TC}. Obtenido en; <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02101-2005-HC.html>. Fundamento 04.

oralización de las declaraciones previas del imputado, o si lo más lógico y razonable sería que se tomaran las declaraciones que vierta el mismo imputado en juicio oral, pues si lo que se desea es formar plena convicción en el juez penal, difícilmente la lectura de declaraciones anteriores podrán coadyuvar a generar tal convicción.

“Dicho de otro modo, el valor de un medio probatorio, en el caso de que éste fuera considerado elemento probatorio, deberá ser confirmado con otros de igual naturaleza, y mencionado expresamente en la sentencia a expedirse. Por tanto, el juzgador *podría* atribuir *valor probatorio* a la declaración testimonial ofrecida y, en el caso de otorgárselo, mencionar qué pruebas o medios de prueba la confirman.

Por ello, la determinación de la responsabilidad penal conlleva la evaluación de los medios probatorios en conjunto, y exige que las conclusiones a las que se llegue sean producto de un análisis razonado. En este orden de ideas, *no* es exacto afirmar que “se dictó sentencia condenatoria contra los favorecidos porque durante el juicio oral se descartaron las declaraciones testimoniales ofrecidas y admitidas”, toda vez que ningún medio probatorio tiene la calidad de prueba plena capaz de producir en el juzgador una total convicción respecto del delito instruido, así como de la culpabilidad atribuida al agente, que lo obligue a emitir un fallo”¹⁰⁰

Se establece que todo medio probatorio debe ser debidamente corroborado con otro y solo así podrá ser suficiente y pertinente para formar convicción en el juez para que pueda emitir una sentencia absolutoria condenatoria. Situación la anterior que amerita que se deben evaluar en conjunto todos los medios probatorios y de ese análisis razonado se llegue a una conclusión que resuelva el caso analizado. Con respecto a mi planteamiento es necesario afirmar, sin error al equivoco, que difícilmente la oralización de las declaraciones previas del imputado podrá tener la calidad de ser

¹⁰⁰ *Ibíd*em, fundamento 05.

medio probatorio que enervar la presunción de inocencia del imputado, pues su suficiencia probatoria se ve mermado ante su idoneidad para formar convicción en el juez.

3.7. Derecho a declarar libremente

El origen de las constituciones se justifica en la necesidad de poner límites al poder estatal. De tal forma que el enfrentamiento de un ciudadano con el Estado, supone una grave desigualdad de armas, en razón a que el ciudadano no tiene los recursos para defenderse de aquellos otros que detenta el Estado para atacar.

De allí que el texto constitucional esté plagado de garantías y derechos con las que se pretende equiparar las desventajas de uno con los recursos del otro. La presunción de inocencia es una poderosísima garantía con la que el Estado se enfrenta cuando pretende perseguir a un ciudadano, sea que tenga justificadas razones para hacerlo, sea que se trate de una arbitraria persecución.

Si tal persecución se realiza a través del derecho penal, las consecuencias pueden ser graves: pérdida de bienes, de la libertad y hasta de la vida. De allí que a los imputados se les concede derechos, que al común de los ciudadanos le parecerían excesivos. Ante una acusación fiscal, el imputado tiene **derecho a permanecer callado** o a expresar su propia versión sobre los hechos, al amparo del derecho a la defensa.

El derecho a declarar sobre los hechos que constituyen la acusación, exige la compañía de un abogado defensor que le permita conocer las consecuencias del acto declaratorio, lo que supone que su ejercicio no solo tiene que ser libre, sino también informado.

Así, queda proscrita cualquier declaración lograda mediante coacción, intimidación o afectación grave de la voluntad del imputado declarante o aquellas otras formas –

mediante engaño, por ejemplo- en las que se pretenda una declaración sin que se cuente con abogado defensor.

El derecho a declarar del imputado es la facultad que éste tiene de expresar libremente su propia versión sobre los hechos imputados. Así, frente a la tesis fáctica del Ministerio Público se levanta la de la defensa del imputado, con lo que los medios de prueba han de actuarse y valorarse en función de las versiones que ofrecen los contendores. Sin embargo, debe precisarse que la declaración del acusado no es una “simple versión”, sino que, en más de una oportunidad, alcanza la calidad de medio probatorio.

En tal sentido, es preciso anotar que en el ejercicio de este derecho el declarante tiene hasta tres opciones: a) negar los cargos; b) admitir los cargos; c) admitirlos parcialmente. En el primer caso nos encontramos frente a la llamada “confesión del imputado”, pero en cualquiera que sea la opción asumida, el valor probatorio de la misma se alcanza sólo si existen otros medios de prueba que permitan corroborarla, se haya realizado libre y voluntariamente y, finalmente, se hubiere realizado ante el juez o el fiscal en presencia de su abogado.

Desde esta perspectiva, la jurisprudencia adiciona como condiciones de valoración de la declaración del imputado, la existencia de un relato verosímil y coherente, así como la verificación de la personalidad del autor, las relaciones entre el supuesto autor y el agraviado, las motivaciones de la autoincriminación; todo ello con la finalidad de confirmar y asegurar que la indicada declaración deba ser considerada como medio de prueba suficiente, sea para condenar, sea para absolver.

En consecuencia, no basta con que una persona se presente ante las autoridades confesando un delito, sino que se requerirá de otros elementos que otorguen veracidad a la información. No basta, por ejemplo, que una persona se presente ante la Policía con el cadáver de otra diciendo que la ha matado, sino que se requerirá de elementos

de convicción que descarte la intervención de otras personas en dicha muerte o la posibilidad del encubrimiento personal.

En esa misma medida, cuando un periodista, en medio del jaleo que supone el traslado de un presunto delincuente, logra arrancar una “confesión”, ésta no supone reconocimiento de culpabilidad alguna, si antes no se ha cumplido con garantizar aquellas otras condiciones anotadas que exige el debido proceso y que la Constitución reclama.

Con respecto a lo estoy comentado, nuestro máximo interprete de la constitución se ha pronunciado de la siguiente manera:

“Con relación al derecho a no ser obligado a declarar o a reconocer culpabilidad contra sí mismo o derecho a la no auto incriminación, este Tribunal ha tenido la oportunidad de pronunciarse en el Expediente 03-2005-PIITC disponiendo lo siguiente: (...) El derecho a no autoincriminarse no se encuentra reconocido expresamente en la Constitución. Sin embargo, se trata de un derecho fundamental de orden procesal que forma parte de los derechos implícitos que conforman el derecho al debido proceso penal, este último reconocido en el inciso 3) del artículo 139 de la Constitución. Su condición de derecho implícito que forma parte de un derecho expresamente reconocido, también se puede inferir a partir de la función que los tratados internacionales en materia de derechos humanos están llamados a desempeñar en la interpretación y aplicación de las disposiciones por medio de las cuales se reconocen derechos y libertades en la Ley Fundamental (IV Disposición Final y Transitoria)”¹⁰¹

Aunque el derecho a la libertad de declarar no se encuentra explícitamente reconocido en nuestra constitución, aun así, se infiere que tal garantía se encuentra incardinado

¹⁰¹ STC del 20 de junio del 2014. {Expediente número O 0302 1-20 1 3-PHC/TC}. Caso JHON RICHARD QUISPE QUISPE Representado(a) por HENRY DANTE ALFARO LUNA

en la amplia lista de derechos del artículo 139, por lo que es indispensable un efectivo tratamiento del mismo.

“Dicho derecho garantiza a toda persona no ser obligada a descubrirse contra sí misma (nemo se detegere), no ser obligada a declarar contra sí misma (nemo tenetur edere contra se) o lo que es lo mismo, no ser obligada a acusarse a sí misma (nemo tenetur se ipsum accusare). Sino, su ámbito normativo no se agota en garantizar la facultad de no ser obligado a declarar contra sí mismo o a confesar su propia culpabilidad, de modo que pueda entenderse que, respecto a sus coimputados, el imputado sí tenga la obligación hablar o acusar. La incoercibilidad del imputado comprende ambos supuestos y, en ese sentido, debe indicarse que este derecho garantiza la potestad del imputado o acusado de un ilícito penal a guardar silencio sobre los hechos por los cuales es investigado o acusado penalmente, tanto en lo que le atañe como en lo que incumbe a terceros. (...) Por cierto, el contenido prima facie protegido por el derecho a no declarar la culpabilidad contra sí mismo se encuentra relacionado con una serie de derechos fundamentales, de cuyo registro es posible individualizar una serie de obligaciones de abstención a cargo del Estado. Como ha recordado el Comité de Derechos Humanos, al examinarse este derecho "(...) debe tenerse presente las disposiciones del artículo 7 y del párrafo I del artículo 10 [del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, concordante con el artículo 2.24. "h" de la Constitución] (...)", según los cuales "Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos"; y, "Toda persona privada de su libertad será tratada humanitariamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano", respectivamente".¹⁰²

El derecho a la libertad de declarar busca equilibrar el interés del Estado en ejercer su *Ius Puniendi* y el derecho del Individuo a no ser condenado por sus propias

¹⁰² *Ibidem*

declaraciones, y también es partida de nacimiento de un derecho instrumental protector: El derecho a guardar silencio o derecho a callar, que ciertamente es más conocido, pues a la persona que es intervenida en relación con un delito, se le lee una cartilla, donde la primera advertencia es: “Usted tiene el derecho de guardar/mantener el silencio”

En este orden de cosas, el derecho a guardar silencio es derecho instrumental de la prohibición de la autoincriminación, y ésta, también derecho instrumental del derecho a la defensa, que, a su vez, también lo es del debido proceso.

El derecho a no declarar contra sí mismo es el derecho que tiene el imputado a no ser obligado a declarar contra sí mismo y menos ha de declararse culpable. La no incriminación rige solo si se obliga al imputado a emitir una declaración que exteriorice un contenido.

Una manifestación privilegiada del derecho a defenderse de una imputación penal. El imputado tiene el derecho a introducir válidamente al proceso, la información que considere adecuada. Él es quien tiene el señorío y el poder de decisión sobre su propia declaración, lo cual comprende la asistencia efectiva de un abogado defensor que participe antes y durante la diligencia de declaración.

Así el derecho a la no autoincriminación protege de ser obligado a declarar con contra sí mismo, y el derecho de guardar silencio, protege de ser obligado a responder (contra uno mismo o contra otro), pero ambos, protegen al imputado de sufrir consecuencias negativas para quien los ejercita.

La Constitución, en el artículo 139º, inciso 14 reconoce el derecho a la defensa como principio y derecho constitucional manifestado en dos aspectos: La autodefensa material y la defensa técnica, por ello de ambas puede provenir la decisión de guardar silencio, en ese sentido, el CPP del ha dispuesto: En el Art. 71º, inciso 2, d) del CPP

que los imputados tienen el derecho de “Abstenerse de declarar”, luego el artículo 87°, incisos 1 y 2 que: “Antes de comenzar la declaración del imputado, se le comunicará detalladamente el hecho objeto de imputación, los elementos de convicción y de pruebas existentes y las disposiciones penales que se consideren aplicables”, luego “se le advertirá que tiene derecho a abstenerse de declarar y que esa decisión no podrá ser utilizada en su perjuicio”.

Los artículos del Código Procesal Penal que he mencionado, deben ser debidamente aplicados debidamente, pues como podemos observar, nuestra problemática va ligada a lo controversial que suele resultar el hecho de que el sujeto activo del delito, a pesar de haberse negado a declarar, aun así sean utilizadas y oralizadas las declaraciones previas que éste haya manifestado en anteriores ocasión, situación que nos lleva a pensar si se está respetando a cabalidad tal derecho o si por el contrario se presenta una grave vulneración y contradicción con las normas señaladas.

3.8. El debido proceso en el Perú

En las líneas anteriores se ha descrito brevemente algunas de las características que revelan la grave vulneración de derechos y principios procesales. En ese sentido, e ingresando a lo que es el debido proceso penal en el Perú, se debe indicar que todo lo descrito anteriormente, forma parte de lo que es la vulneración del derecho a un debido proceso.

En ese contexto, el derecho al debido proceso, principio y pilar fundamental de todo proceso en general, dentro de un Estado de Derecho, se convierte en la piedra angular en la protección de las garantías y derechos fundamentales del individuo. Reconocido no solo por las constituciones de los diversos países en el mundo, sino que también es reconocido por los estamentos internacionales sobre protección de los derechos humanos, se convierte en una garantía de observación y aplicación obligatoria en los distintos países del mundo, incluido el nuestro.

Suena irónico en la labor judicial cotidiana leer sentencias cuyos fundamentos señalan que se está impartiendo justicia observando las reglas del debido proceso y demás garantías procesales y de protección de derechos humanos, cuando todos sabemos, incluidos los juzgadores, que dista mucho todo proceso- penal sobretodo- el estar acorde con el debido proceso y respetando las demás garantías procesales.

Pero ¿qué se debe entender por debido proceso? La doctrina conceptualiza al debido proceso, como aquella garantía general mediante la cual se va a dotar de rango constitucional a todas aquellas garantías específicas que no han sido reconocidas expresamente en la Constitución, pero que se encuentran destinadas a asegurar que el proceso penal se configure como un proceso justo, conforme a los fines constitucionales y típicos de un Estado de Derecho¹⁰³

El debido proceso tiene como objetivo dotar de rango constitucional aquellas garantías las cuales ya hemos estudiado, que, aunque no han sido reconocidas todas en nuestra constitución, aun así, son destinadas a asegurar que el proceso penal se manifieste como un proceso justo, que se ajuste a los fines constitucionales, que finalmente demostraran el ajuste a un Estado Social y Democrático de Derecho.

Partiendo del concepto esgrimido y, considerando que éste engloba todas las demás garantías y principios procesales, en el caso peruano existirá una grave vulneración del debido proceso, pues la regulación del Proceso Penal Sumario, ha inobservado todas las reglas de un proceso debido, restringiendo derechos y garantías fundamentales.

¹⁰³ Cfr. BURGOS MARIÑOS, Víctor. **Derecho Procesal Peruano. Tomo I.** 2002; p. 77. PICO I JUNOY, Joan. **Las garantías Constitucionales.** 1997; p. 131. En ese mismo sentido, ESPARZA LEIBAR, Iñaki. **El Principio del Proceso Debido.** 1995; p. 112-113.

Pero no solo eso, sino que también ha hecho de este proceso, como vulnerador de todas estas garantías, en especial del derecho a un proceso debido, lo convierte en un proceso inconstitucional, pues contraviene nuestra Constitución y demás instrumentos internacionales de protección de derechos humanos en los que el Perú es parte. En dicho contexto, es urgente cambiar la regulación del proceso penal en nuestro país, dado que, está plagado de inconstitucionalidades.

3.9. Un proceso penal conforme a la Constitución

En todo Estado de Derecho como el nuestro, la aplicación de las normas se debe hacer teniendo en cuenta dos cosas: en primer lugar, el rango que éstas tengan y de acuerdo a esto aplicarse y, en segundo lugar, que dichos dispositivos se deben aplicar observando obligatoriamente la Constitución. En ese contexto, y adentrándonos dentro de lo que es el proceso penal, debemos concluir que dicho proceso penal y la normatividad que la regula debe llevarse a cabo conforme a la Constitución.

La Constitución política, como es sabido además de ser la norma con mayor rango, regula los derechos y garantías de todo individuo, y es en ese correlato que las leyes procesales- penales- deben apuntar al respeto de dichos derechos y garantías.

Podríamos decir entonces que la Constitución tiene una vinculación directa en el proceso penal, pues en el caso peruano, por ejemplo, encontramos que regula garantías procesales en general, y éstas deben ser observadas y aplicadas por todo juzgador, sobre todo en los procesos penales en donde está en juego derechos fundamentales como la libertad de las personas [cfr. Artículo 139º de la Constitución de 1993].

En ese orden de ideas, son muchos los autores que se pronuncian por el desarrollo de un proceso penal conforme a la constitución. Y es que la interpretación que se le debe dar a todo proceso penal, debe ser considerando a esta Norma Suprema. KARL

LARENZ, nos dice cómo debe ser ese sentido de interpretación de la ley conforme a la constitución por parte del juzgador, manifestando el jurista alemán que, el Juez que interpreta- la ley- ha de prestar atención, en la concretización de los principios constitucionales, al primado de concretización del legislador. En otra parte refiere: en la concretización por el legislador o el juez- sin interpreta conforme a la constitución-, se ha de prestar siempre atención a la armonía de los principios constitucionales, que se pueden recíprocamente, pero también limitar recíprocamente¹⁰⁴

En tal sentido, la interpretación de la ley conforme a la constitución por parte del juzgador ha de prestar atención, en la concretización de los principios constitucionales expresamente definidos. Además de ello, advierte que se ha de prestar siempre atención a la armonía de los principios constitucionales.

Partiendo de lo antes esgrimido, si consideramos que un proceso a determinado sujeto, en donde se oralizan las declaraciones previas que este haya realizado, contraviene tal situación los derechos fundamentales y por ende la propia Constitución, ésta puede corregirse si es que se aplica el proceso penal conforme a la Constitución, es decir una interpretación conforme a ésta.

Es necesario pues, una reforma única del proceso penal, y aunque ya se dio el primer paso con la entrada en vigencia del nuevo Código procesal penal del 2004, esperamos que esta vez, si llegue a entrar en vigencia, y no siga la misma suerte de sus predecesores de 1991.

Mientras tanto, debería observarse la vinculación directa de la Constitución en nuestro proceso penal, aplicando el juzgador para ello el Control Difuso de la constitucionalidad, en donde se prefiera entre todas las leyes a la constitución cuando las de rango inferior contravengan ésta.

¹⁰⁴ LARENZ, karl. Metodología de la Ciencia del Derecho. Traducción y revisión de Marcelino Rodríguez Molinero. 1ª edición. Barcelona- España, editorial Ariel , 1994, P. 343.

Con ello se daría un paso importante en el camino hacia la concretización de un proceso debido, más justo y equitativo entre las partes, por eso es menester la observación de la constitución en el proceso penal. En otras palabras, si la constitución tiene eficacia directa no será norma sobre normas, sino norma aplicable, no será sólo fuente sobre la producción, sino también fuente del derecho sin más; de allí la importancia de la valoración constitucional de todo proceso, sobre todo el penal.

El avance significativo que se pueda dar, dejando de lado el *Ius Puniendi* autoritario y arbitrario dentro de un Estado de Derecho, para convertirse en uno respetuoso de los derechos y garantías fundamentales, debe ser el núcleo para empezar a reformular nuestra normatividad penal, y mientras esto se dé, los operadores jurídicos son los llamados a encargarse de enmendar esos errores, no permitiendo una vez más un Estado que busque la eficacia antes que la garantía.

Pues si un Estado inobserva las garantías para demostrar ante la sociedad una eficacia, no ha hecho sino demostrar con esto su propia ineficiencia, sino también su ineficacia, ya que las consecuencias de todo esto serán entre otras la inmadurez jurídica que se tenga.

De allí que sea necesario que, hasta la pronta vigencia de nuestra nueva normatividad sobre el proceso penal, los señores magistrados interpreten y apliquen las normas de acuerdo a la Constitución, con ello corregirán el error del legislador.

Dicha decisión que tomen, debe ser amparada por todas las demás instancias que sobre interpretación y aplicación de las leyes se refiere, ya que esto evitará lo que sucedió hace unos años con la aplicación del control difuso de la constitución que se hizo, y la posterior corrección de una instancia superior, a algo que hubiese significado un gran paso en cuanto a proceso penal se refiere.

No debemos olvidar que el Debido Proceso, no es sólo una garantía procesal, sino que se convierte en un derecho fundamental, pues éste abarca todos los demás derechos y garantías que goza todo individuo inmerso en un proceso penal.

Si atentamos contra cualquiera de los derechos que goza el sujeto procesal, automáticamente se vulnera el debido proceso, y al vulnerar el debido proceso, todo el transcurso de ese proceso penal ya está invalidado por dicha vulneración, por tanto, la decisión final que se tome independientemente de ésta [sea a favor o en contra del imputado], ha sido mal llevado y tramitado, debiéndose declarar la nulidad de la misma, y por ende un nuevo proceso penal [aunque en este caso, sólo en el caso que se haya culpado al procesado, pues si se absuelve no será porque se haya considerado la vulneración del debido proceso, sino porque las pruebas así lo demuestran], situación que si se diera, traería consigo mayor retraso y carga procesal, situación que en nuestro sistema judicial no sería nada bueno tener.

La decisión de revertir todo esto, está en todos nosotros, tan sólo falta la voluntad de poder cambiarlo, sobretodo la voluntad política de asumir estos cambios, aunque implique correr muchos riesgos, al final estoy convencida que esos riesgos valdrán la pena y serán superados; posterior a ello, dicha voluntad será recompensada, convirtiéndonos en un Estado que sea preferida la Garantía antes que la Eficacia. Con respecto a mi planteamiento sigo en la postura firme de que la oralización de las declaraciones previas del imputado constituye una clara contradicción con los preceptos constitucionales.

3.10. Vulneración al principio de no incriminación

Una de los grandes pilares del derecho a la presunción de inocencia es el derecho del imputado de no colaborar con su propia condena, concediéndosele la facultad de decidir voluntariamente si desea declarar o no; es decir, si decide de aportar elementos de prueba que finalmente, ante determinadas circunstancias lo llevarían irremediablemente a su propia incriminación.

Podemos inferir entonces que el derecho fundamental de presunción de inocencia es el fundamento al derecho a la no incriminación; ello como una evidencia del respecto al Estado Social y Democrático de Derecho, fundado en el derecho penal garantista que asegure que tal derecho constitucional se respete a cabalidad.

Siendo así, es necesario tener una definición exacta y clara sobre el concepto del principio de no incriminación:

“Entonces nos encontramos frente a la garantía que tiene una persona para decidir libremente si declarará o no cuando viene siendo objeto de una persecución penal, así como también, de ser quien escoge el contenido de su declaración. Ya Binder ha señalado que el imputado tiene el señorío y poder en su decisión sobre su propia declaración, por lo que sólo él podrá determinar lo que quiere o lo que no le interesa declarar, todo esto de manera voluntaria y libre”.¹⁰⁵

La definición que nos muestra la autora gira en torno a determinar el contenido de tal garantía constitucional, en el sentido de que se le otorga al imputado la facultad de decidir en declarar o no, más aún en que éste escoja cual es el contenido que tendrá su declaración; en pocas palabras se le da al imputado el señorío en decidir lo que

¹⁰⁵ CAMPOS ASPAJO, Liliana; SALAS PACHAS, Rosa Karina. *“Garantía de la No Incriminación- Análisis de su contenido en la legislación peruana y española”*. Obtenido en: <http://camposaspajo.com/pb/garantia-de-la-no-autoincrimacion-analisis-de-su-contenido-en-la-legislacion-peruana-y-espanola.pdf>, p. 15.

quiere declarar. Lo recogido por la autora adquiere suma importancia en el desarrollo de la investigación pues advierto que tal principio, el de no incriminación es el principalmente vulnerado ante la oralización de las declaraciones previas en el juicio oral.

Luego de haber recogido una definición de lo que constituye el principio de no incriminación, es ahora importante determinar la finalidad que cumple tal principio:

*"La finalidad de dicho principio es la de excluir la posibilidad de obligar al imputado de cooperar activamente en la formación de la convicción sobre sí mismo y la forma de conseguirlo es mediante la prohibición de utilizar en el proceso cualquier declaración del imputado que haya sido conseguido mediante la violación del principio del cual nos ocupamos"*¹⁰⁶

La finalidad del principio de no incriminación se encuentra en la prohibición de obligar o coaccionar al imputado para que colabore activamente en el proceso; de tal forma, que no se permite la incorporación del proceso de cualquier declaración del imputado que haya vulnerado tal principio, se me ocurre como ejemplo, el supuesto factico de que un sujeto sea obligado a declarar, pues ante tal situación se vulneraría el derecho a no declarar, además del principio de no incriminación; por lo que finalmente tal situación generará a posteriori, que al ser utilizada tal declaración en juicio oral, devenga en inminente vulneraciones a los garantías que inspiran el debido proceso.

Este derecho fundamental exige "la prevalencia de la libertad y espontaneidad de aquel (del declarante), y el necesario respeto a sus derechos y garantías constitucionales, tanto en cuanto al hecho de declarar como al contenido de sus declaraciones. Supone por tanto, la invalidez de lo obtenido por vías directa o indirectamente vulneratorias de aquellos, cualesquiera que sean"¹⁰⁷.

¹⁰⁶ SPARZA LEIBAR, Iñaki. El principio del proceso debido. Barcelona, Bosch, 1995, p. 144.

¹⁰⁷ MONTON REDONDO, Manuel. Derecho jurisdiccional. Vol. III Proceso Penal. Barcelona, Bosch, 1995, p. 199.

Notamos que, según el autor, queda proscrita toda forma sea directa o indirecta de vulnerar los derechos implícitos dentro del principio de no incriminación, a palabras del autor se busca proteger la prevalencia de la libertad y espontaneidad de aquel del declarante.

La cita incorporada tiene un significativo aporte a mi tesis en el sentido de que, ante la oralización de las declaraciones previas del imputado en juicio oral, aun cuando este haya hecho uso a su derecho de no incriminación, pues tal situación vulnera los derechos y garantías constitucionales que asisten al imputado en todo proceso penal.

El inculpado, luego de ser por muchos lustros objeto de prueba, se convierte con el surgimiento de los movimientos liberales en sujeto del proceso, "un participante provisto de derechos independientes, que toma parte en el proceso, es decir, en un sujeto activo del proceso. Este papel de sujeto no se le puede discutir hoy en día, pues la "dignidad humana" garantizada en la Constitución (...) es intangible respecto del inculpado y porque esa dignidad prohíbe degradar a un individuo a un objeto involuntario"¹⁰⁸

Por todo lo anteriormente señalado se puede llegar a tomar como postura que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, en tal sentido esta garantía constitucional, dignidad, adquiere especial importancia en cuanto al tratamiento que recibirá el imputado en un proceso penal, pues por más grave que sea la conducta ilícita que se le imputa cometida, siempre está latente la prohibición de degradar la dignidad de tal individuo, pues la misma es inherente a la persona y nunca se pierde.

¹⁰⁸ ESER, Albin. Temas de Derecho penal y procesal penal. Lima, IDEMSA, 1998, p. 21.

3.11. Legislación comparada sobre la no incriminación

Previo al desarrollo de la no autoincriminación a nivel internacional, es prudente reconocer la forma en que se contempla en nuestro ordenamiento penal este derecho, desde luego basándose en lo que se ha conceptualizado respecto a él, así se tiene lo indicado por el procesalista San Martín Castro quien hace la siguiente puntualización: “La no autoincriminación constituye un Derecho humano, que permite que el imputado no pueda ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable. El inculcado, protegido por la cláusula de no autoincriminación, conserva la facultad de no responder, sin que pueda emplearse ningún medio coactivo ni intimidatorio contra éste y sin que quepa extraer ningún elemento positivo de prueba de su silencio”¹⁰⁹.

En tal sentido, la oralización de las declaraciones previas del imputado deviene en una forma tácita de obligar al imputado a declarar, una es decir tal situación es solo una máscara de la vulneración al principio constitucional de no incriminación; además que tal situación implica también una vulneración a la garantía constitucional de dignidad, por lo mismo que el Estado peruano debería tomar cartas en el asunto a fin de establecer políticas que sirvan de garantía al respecto de los principios constitucionales que rigen el proceso penal, siendo así respecto al caso específico debería tenerse en consideración la propuesta de esta investigación, a fin de modificar la composición del artículo 376 del Código Procesal Penal con la intención de evitar este tipo de vulneración, así el inciso 1 de dicha normativa deberá prohibir la lectura de las declaraciones previas del procesado.

En Colombia existe actualmente dos sistemáticas procesales vigentes en materia penal que, dependiendo de la existencia de fueros especiales o de la fecha de ocurrencia de los hechos, se determinará la aplicación de uno u otro.

¹⁰⁹ SAN MARTIN CASTRO, Cesar. Derecho Procesal Penal, Volumen II, Lima, Grijley, 2003, p. 614.

Bajo la vigencia de la ley 906 de 2004, el desarrollo legal y constitucional en torno al derecho o privilegio contra la autoincriminación se limitará a esta sistemática procesal sin desconocer los importantes avances que tanto el decreto 2700 de 1991 como la ley 600 de 2000 tuvieron frente a este tópico; y es así como en el primero ya comenzaba a esbozarse una línea garantista a partir del reconocimiento y salvaguarda del debido proceso, la presunción de inocencia y la dignidad humana.¹¹⁰

La ley 600 de 2000, al igual que la ley 906 de 2004, reconocen tanto la primacía de las normas rectoras como criterios de interpretación de las demás disposiciones adjetivas que contienen, como la prelación de los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia en materia de derechos humanos, lo que abre la puerta para que en cuanto al privilegio contra la autoincriminación las disposiciones normativas y constitucionales que la regulan no se limiten a las de derecho interno sino que, por el contrario, se remitan a todas aquellas normativas internacionales debidamente ratificadas por Colombia que describan tal protección y permitan vislumbrar los límites y alcances de la misma; y es así como encontramos que es necesario partir, para desarrollar este aparte, del marco constitucional que regula el concepto en estudio para, luego de ello, abordar el desarrollo y consagración legal de tales disposiciones.

La regulación de España en su Constitución, Tratados y Convenios Internacionales La configuración legal de este derecho en el orden procesal penal surge con la Constitución de 1978 posteriormente con la modificación a la Ley de Enjuiciamiento Criminal a finales de 1981 y básicamente en 1983, por lo que debemos destacar que la doctrina del Tribunal Constitucional español ha mantenido unánime su fundamento teniendo coherencia desde sus inicios, en tal razón podemos afirmar que los siguientes aspectos son las figuras logradas por su configuración unánime: No obligatoriedad en la declaración del inculpado. Validez de la confesión realizada de modo voluntario, aunque sea contra sí mismo. No desvirtuación o invalidez de la declaración realizada

¹¹⁰ LONDOÑO MESA, Federico. *El derecho a no autoincriminación y la autorización para la obtención de evidencia a partir del cuerpo del procesado*. Universidad de Medellín, Colombia, 2015, p. 65 y 66.

en la etapa sumarial por el hecho de su rectificación en el acto del juicio oral.) Insuficiencia para desvirtuar el principio de inocencia efectuada por la declaración contra sí mismo sin la presencia de un órgano jurisdicción. Distinción del derecho a no declarar contra sí mismo y no declararse culpable con actos que entran en conflicto con el mismo como el deber del ciudadano de someterse a test de alcoholemia, el deber de contribuir aportando documentos acreditativos de su situación económica, etc.¹¹¹

Por ello, toda concepción de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable se manifiestan en los Art. 17.3 y 24.2 respectivamente. Encontramos la presencia de la garantía de no autoincriminación, los derechos a no declarar y a no confesarse culpable se encuentran constitucionalizados en los Art. 17.3 y 24.2 de la C.E, así como en el Art. 14.3 literal g del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el Art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Resulta importante también apuntalar la descripción con la legislación constitucional de los Estados Unidos, donde el derecho contra la autoincriminación se describe en la quinta enmienda a la Constitución de los Estados Unidos y también se extiende a las jurisdicciones estatales y locales. Cuando alguien ejerce este derecho, generalmente decimos que "invocó la quinta".

La Constitución otorga este derecho de forma bastante sencilla: "No se obligará a ninguna persona... en ninguna causa penal a atestiguar contra sí misma...". Sin embargo, al igual que sucede con la mayoría de los derechos constitucionales, esto está sujeto a interpretación de los tribunales y suele generar un fuerte debate.

El privilegio de no autoincriminación es literalmente una eliminación de la exigibilidad coactiva de la obligación de asumir una posición de testigo respecto de sí mismo: o, lo

¹¹¹ GARBERI LLOBREGAT, José. *Presunción de inocencia versus deber de colaboración cívica con la Administración*. Revista Poder Judicial, 2° Época, Nº 14, Lima, 1989, p. 113 y 123.

que es lo mismo desde el punto de vista de la valoración de la prueba, es expresión de una exigencia de voluntariedad de toda confesión penal¹¹².

En cada uno de estos casos, el acusado, mientras se encontraba bajo custodia policial, fue interrogado por agentes de policía, detectives o un fiscal en una habitación en la que fue aislado del mundo exterior. Ninguno de los acusados recibió una advertencia completa y efectiva de sus derechos al inicio del proceso de interrogatorio. En los cuatro casos, el interrogatorio provocó admisiones orales y, en tres de ellos, también firmaron declaraciones que fueron admitidas en sus juicios. Todos los acusados fueron condenados, y todas las condenas, excepto en el número 584, fueron confirmadas en apelación.

1. La fiscalía no puede usar declaraciones, ya sean exculpatorias o inculpatorias, derivadas de interrogatorios iniciados por agentes de la ley después de que una persona haya sido detenida o haya sido privada de su libertad de acción de manera significativa, a menos que demuestre el uso de procedimientos salvaguardias efectivas para asegurar el privilegio de la Quinta Enmienda contra la autoincriminación.

(a) La atmósfera y el entorno de la interrogación en régimen de incomunicación tal como existe hoy en día es inherentemente intimidante y sirve para socavar el privilegio contra la autoincriminación. A menos que se tomen las medidas preventivas adecuadas para disipar la compulsión inherente en el entorno de la custodia, ninguna declaración obtenida del demandado puede ser verdaderamente el producto de su libre elección.

(b) El privilegio contra la autoincriminación, que ha tenido un desarrollo histórico extenso y extenso, es el pilar esencial de nuestro sistema adversario y garantiza al individuo el "derecho a guardar silencio a menos que elija hablar en el ejercicio sin restricciones de Su propia voluntad, "durante un período de interrogatorio de custodia. Así como en los tribunales o durante el curso de otras investigaciones oficiales.

¹¹² WILENMAN VON BERNATH, Javier. *El tratamiento del autofavorecimiento del imputado. sobre las consecuencias sustantivas del principio de no autoincriminación*, Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Año 23, N° 1, Chile, 2016, p.119.

(c) La decisión en *Escobedo v. Illinois*, 378 US 478, hizo hincapié en la necesidad de dispositivos de protección para hacer que el proceso de interrogatorio policial se ajuste a los dictados del privilegio.

(d) En ausencia de otras medidas efectivas, deben observarse los siguientes procedimientos para salvaguardar el privilegio de la Quinta Enmienda: la persona bajo custodia debe, antes del interrogatorio, ser informada claramente de que tiene derecho a guardar silencio y que todo lo que dice que será usado contra él en la corte; se le debe informar claramente que tiene derecho a consultar con un abogado y que lo acompañe durante el interrogatorio, y que, si es indigente, se nombrará a un abogado para que lo represente.

(e) Si el individuo indica, antes o durante el interrogatorio, que desea permanecer en silencio, el interrogatorio debe cesar; Si declara que quiere un abogado, el interrogatorio debe cesar hasta que haya un abogado presente.

(f) Cuando se lleva a cabo un interrogatorio sin la presencia de un abogado y se toma una declaración, el Gobierno tiene una pesada carga para demostrar que el acusado renunció a sabiendas e inteligentemente a su derecho a un abogado.

(g) Cuando el individuo responde algunas preguntas durante el interrogatorio bajo custodia, no ha renunciado a su privilegio y puede invocar su derecho a permanecer en silencio a partir de entonces.

(h) Las advertencias requeridas y la exención requerida son, en ausencia de un equivalente totalmente efectivo, requisitos previos para la admisibilidad de cualquier declaración, inculpatória o exculpatória, hecha por un acusado.

2. Las limitaciones en el proceso de interrogación requeridas para la protección de los derechos constitucionales de la persona no deben causar una interferencia indebida con un sistema adecuado de aplicación de la ley, como lo demuestran los procedimientos del FBI y las garantías ofrecidas en otras jurisdicciones.

3. En cada uno de estos casos, las declaraciones se obtuvieron en circunstancias que no cumplían con las normas constitucionales para la protección del privilegio contra la autoincriminación.

El tribunal entiende que el privilegio de la Quinta Enmienda es de naturaleza íntima y personal que prohíbe que el Estado obtenga pruebas de parte del requerido o imputado que impliquen autoinculpación. Pero la enmienda mencionada no alcanza a la información que pudiera incriminarle y que se encuentre en poder de terceros; es decir, solo puede el contribuyente alegar la Quinta enmienda para impedir producir pruebas contra sí mismo, pero no la obtención de datos de un tercero¹¹³.

De igual modo resulta importante tomar en cuenta la regulación en Argentina, la garantía de no autoincriminación en está prevista en el artículo 18 de la Constitución Argentina, como también en el artículo 8.2.g de la Convención Americana de Derechos Humanos (con Jerarquía Constitucional conforme al art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional), y es el derecho que tiene la persona para decidir libremente si declarará, como así también cuál será el contenido de su declaración. Los funcionarios encargados de la persecución penal, con el código vigente no están legitimados para compeler al individuo a declarar y mucho menos, a declarar de una determinada manera.

La doctrina clásica sobre el alcance de la garantía contra la autoincriminación aparece formulada por la Corte Suprema de la siguiente manera: “Desde antiguo esta Corte ha seguido el principio de que lo prohibido por la ley Fundamental es compeler física o moralmente a una persona con el fin de obtener comunicaciones o expresiones que debieran provenir de su libre voluntad.

¹¹³ Corte Suprema de los Estados Unidos. *Miranda v. Arizona*, 384 US 436 (1966) No. 759. Argumentado del 28 de febrero al 1 de marzo de 1966. Decidido el 13 de junio de 1966

CONCLUSIONES

- ✓ Podemos concluir que, desde una perspectiva del encuadramiento del proceso penal dentro del derecho constitucional, resulta incorrecta la oralización de las declaraciones previas del imputado dentro del juicio oral, aun cuando el imputado haya optado por ejercer su derecho a guardar silencio; pues tal situación devendría en el incumplimiento y vulneración de garantías constitucionales que inspiran el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva; además de ser atentatoria desde la noción del derecho penal garantista.

- ✓ El estudio de la estructura del proceso penal ha conllevado a la determinación que existe un esquema garantista que conlleva a un proceso integrado con la categorización de cada una de sus etapas marcadas con independencia, lo cual evita la aplicación de acciones fuera de lugar como es el caso de la oralización de las declaraciones preliminares del imputado, ello con el fin de evitar contaminar la percepción del juzgador, procurando más bien una decisión de carácter objetivo basada en las pruebas que si corresponden oralizar en su etapa.

- ✓ La presunción de inocencia, entendida como aquella poderosísima garantía con la que el Estado se enfrenta cuando pretende perseguir a un ciudadano, proscribiendo todo tipo de arbitrariedad, pues constituye una manifestación de la constitucionalidad del proceso, tal principio

resulta ser contradictorio con la oralización de las declaraciones previas del imputado en juicio oral.

- ✓ La oralización de las declaración previas en juicio oral produce las siguientes implicancias constitucionales: Vulnera la imparcialidad de la que esta revestido el juez, en el sentido que produce que este se forme un criterio débil de la culpabilidad del sujeto activo. Además de ello, la oralización de tales declaraciones deviene en una forma tácita de obligar al imputado a declarar, constituyendo una máscara de la vulneración al principio constitucional de no incriminación, por lo mismo que se advierte que la composición del artículo 376 inciso 1 del Código Procesal Penal se presta para la incorrecta aplicación de las declaraciones previas del imputado como medio probatorio.

RECOMENDACIONES

- ✓ Recomendamos que en aras de lograr la enmarcación del proceso penal dentro del derecho constitucional, se debería rechazar la oralización de las declaraciones previas del imputado dentro del juicio oral; pues solo así se asegurará el estricto cumplimiento y respeto a las garantías constitucionales que inspiran el debido proceso; además que evidenciaría un escenario perfecto para la visión garantista del derecho penal garantista.

- ✓ El estudio de la culpabilidad, entendido como aquel reforzamiento del juicio de responsabilidad que se realiza del sujeto activo del delito, debería ser fundamentado con los mecanismos necesarios que permitan formar convicción en el juez sobre la responsabilidad de determinada persona en la comisión de un delito, dejando de lado la oralización de las declaraciones previas, las cuales no deberían tener ninguna implicancia para formar convicción en el juez.

- ✓ La presunción de inocencia, entendida como aquella poderosísima garantía con la que el Estado se enfrenta cuando pretende perseguir a un ciudadano, proscribiendo todo tipo de arbitrariedad, pues constituye una manifestación de la constitucionalidad del proceso; solo podrá ser enervada con los medios probatorios suficientes que demuestran la culpabilidad del determinada persona.

- ✓ Teniendo en cuenta las graves afectaciones constitucionales que se producen como consecuencia de la oralización de las declaraciones previas en juicio oral proponemos la proscripción de la oralización de las declaraciones previas del imputado; por lo que sería necesario la siguiente modificación al inciso 01, del artículo 376 del Código Procesal Penal: *“Si el acusado se rehúsa a declarar total o parcialmente, el Juez le advertirá que aunque no declare el juicio continuará, quedando prohibido la lectura de las declaraciones anteriores a juicio oral”*

BIBLIOGRAFÍA

Libros:

- ALBRECHT, GA. 1983. Pág. 207. Citado por ROXIN, Claus. "Derecho Penal Parte General". Tomo I. Quinta Edición, Madrid, Thomson Civitas, 2010.
- ARAGONESES ALONSO, P. *Proceso y Derecho Procesal: Introducción*. EDERSA Madrid. 1997.
- ARANA VÁSQUEZ, Luis; FLORES CASTILLO, Jesús Julio. *Límites al Ejercicio del Control Constitucional y su impacto en el Desarrollo de la Jurisdicción Constitucional en el Perú*. Fondo editorial de la Universidad Nacional de Trujillo. La Libertad. Trujillo. 2016.
- AVILA HERRERA, José. *"El Derecho al Debido Proceso Penal en un Estado de Derecho"*, Lima Fondo Editorial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2004.
- BACIGALUPO, E. *Derecho Penal. Parte General* (Segunda ed.). HAMMURABI, Buenos Aires, Argentina, 1999.
- BINDER, Alberto. *Introducción al derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2002.
- BINDER, Alberto M. *Introducción al Derecho Procesal Penal. 1era edición*. Buenos Aires, AD HOC., 1993.
- BRAMONT ARIAS, Luís Alberto. *Derecho Penal Peruano. (Visión Histórica Parte General)*. Ediciones Jurídicas UNIFE. Lima - 2004.
- BUSTOS RAMÍREZ, J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, H. *Lecciones de Derecho Penal*, Vol. I, Madrid, Trotta, 1997.
- CAFFERATA NORES, José. *La prueba en el proceso penal, Sexta Edición*, Argentina Editorial Lexis Nexis, 2008.

- CALAMANDREJ, Piero. Elogio de los jueces escrito por un abogado. Buenos Aires, Ediciones jurídicas Europa-América, 1956.
- CAPURSO, Marisa Paola. "La Imparcialidad del Juzgador. Suplemento de Administración de Justicia y Reformas Judiciales , Buenos Aires, 2004.
- CASTILLO ALVA, José Luis, Principios de Derecho Penal Parte General, Lima, ed. Gaceta jurídica, 1997.
- ESER, Albin. Temas de Derecho penal y procesal penal. Lima, IDEMSA, 1998
- FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, Madrid, Trotta, 2011.
- GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A. Introducción al Derecho Penal: Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces., 2012.
- GONZALES PEREZ, Jesús. El Derecho a la Tutela Jurisdiccional, 2º edición, Madrid, Editorial Civitas, año 1985.
- GARCIA CAVERO, Percy, Derecho Penal Parte General, Segunda Edición, Lima, Editorial Grijley, 2012.
- GARCÍA RAMÍREZ. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada, Décimo Quinta Edición, México, Editorial Porrúa, 2000.
- GOLDSCHMIDT, James; La concepción normativa de la culpabilidad, Buenos Aires; Argentina Editorial De palma.; 1943.
- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, El proceso penal alemán, introducción y normas básicas, Primera Edición, España, Editorial Bosch, 1985.
- HASSEMER, W. Persona, Mundo y Responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal, traducido por MUÑOZ CONDE, F., & DÍAZ PITA, M., Bogotá, Temis, 2001.
- HURTADO POZO, José. Manual de derecho penal. Parte General, Lima IDEMSA, 2011.
- JAKOBS, Günther. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. MARCIAL PONS. España, 1997.

- JAUCHEN, Eduardo M. Derechos del Imputado. Rubinzal -Culzoni. Buenos Aires, 2005.
- JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. "Tratado de Derecho Penal, Parte General". Volumen I. Instituto Pacífico. Duncker u. Humblot 1996.
- LANDA ARROYO, Cesar. El Derecho al Debido Proceso en la Jurisprudencia. Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Tribunal Constitucional del Perú, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Primera Edición ed., Vol. 1. Lima. Academia de la Magistratura. 2012.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Tratado de derecho procesal penal. Cizur Menor, Navarra: Aranzadi Thomson, 2004.
- MEZA MORALES, Fernando, ¿Derecho Penal de culpabilidad? en Temas de Derecho Penal, Segunda Época (1981), Medellín, 2007.
- MIXAN MASS, Florencio. Cuestiones Epistemológicas y teoría de la Investigación y de la Prueba. 1 era Edición. Ediciones BLG, Trujillo, 2005.
- MONTERO AROCA, Juan. Imparcialidad o Incompatibilidad. Sobre la Imparcialidad del Juez y la Incompatibilidad de Funciones Procesales, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 1998.
- MONTON REDONDO, Manuel. Derecho jurisdiccional. Vol. III Proceso Penal. Barcelona, Bosch, 1995
- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes. "Derecho Penal Parte General". Octava edición, Valencia , Tirant lo Blanch libros., 2010.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, El principio de culpabilidad, Perú, Editorial Idemsa, 2005.
- NEYRA FLORES, José Antonio. Manual del Nuevo Proceso Penal y Litigación Oral, Lima – Perú, Editorial IDEMSA, 2010.
- NEYRA FLORES, José. Estudios de Derecho Penal, Primera edición, Madrid, Editorial Fecat, 2002.
- PEREZ FREYRE, Antonio. La garantía en el estado constitucional de derecho, Madrid, Editorial Trotta, 1997.
- QUISPE FARFÁN, Fany Soledad. El Derecho a la no autoincriminación en el Proceso Penal Peruano, Actualidad Jurídica, N° 141, agosto 2005.

- REYNA ALFARO, Luis Miguel. Manual de Derecho Procesal Penal, Instituto Pacífico, febrero 2015.
- ROMEO CASABONA, C. “La insostenible situación del Derecho Penal” en F. HERZOG, Miscelánea sobre la dialéctica, Granada, COMARES, 2000.
- ROY FREIRE, Luís. Una visión moderna de la teoría del delito. Ministerio de Justicia. Lima-Perú 1998.
- ROXÍN, Claus. La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal, Primera Edición , España Editorial Tirant lo Blanch, 2000.
- ROXIN CLAUS. Problemas básicos del derecho penal, Madrid, 2006.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro. Elementos de derecho constitucional. Tomo 2, Buenos Aires, Astrea, 1993.
- SANCHEZ VELARDE, Pablo, Manual de Derecho Procesal Penal. EDITORIAL MORENO. Lima, 2004.
- SAN MARTÍN 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. Lima: Grijley, 2003.
- SPARZA LEIBAR, Iñaki. El principio del proceso debido. Barcelona, Bosch, 1995.
- SILVA FRANCO, A. O juiz e o modelo garantista. IBCCRIM. Sao Paulo. 1998.
- VELÁSQUEZ V. Fernando. La Culpabilidad y el Principio de Culpabilidad. Artículo Jurídico publicado en la Revista de Derecho y Ciencias Políticas, volumen 50, año 1993.
- VILLA STEIN, Javier. La Culpabilidad. EDICIONES JURIDICAS. Lima, 1997.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Código Penal comentado. Grijley. Lima, junio 2002.
- WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán. Parte General; 11ª edición, 4ª edición castellana, traducido por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile; 1993

- ZAFARONI, Eugenio Raúl. "Tratado de Derecho Penal, Parte General IV", Buenos Aires – Argentina, Editorial EDIAR, Año 1999.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. De la causalidad a las teorías de la imputación objetiva. En Imputación objetiva y antijuridicidad. Estudios de Derecho Penal, Primera edición. Editorial Jurídica Bolivariana.

Revistas Jurídicas:

- FERRAJOLI, L. Pasado y futuro del estado de derecho. Revista internacional de filosofía política, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 1998.
- FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal. Trotta. Madrid. 1995.
- GÓMEZ MARTÍNEZ, C. El juez en una sociedad multicultural. Jueces para la Democracia. Información y Debate. Lima. 2004
- MADLENER, Kurt. Derecho Procesal Penal y derechos humanos, México D.F., 1998, p. 203
- MANRIQUE ZEGARRA, César Edmundo. "El Control Constitucional, la Historia y la Política Judicial", Cuaderno de Investigación y Jurisprudencia, N° 5, año 2, julio – setiembre 2004.
- MEZGER, Edmundo. Criminología. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1942.
- RODRIGUEZ HURTADO, Mario Pablo. La constitucionalización del derecho procesal y su repercusión en la reforma de la normatividad ritual (CPP) y el sistema de justicia penal. Artículo Jurídico de la Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, N° 71, 2013.
- BARATTA, A. Criminología y Sistema Penal. Buenos Aires: B de F, 2004.
- BERNAL PULIDO, C. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el Legislador, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014.

Jurisprudencia:

- Sentencia del tribunal Constitucional- Expediente 2045-2000.
- Caso Luis Guillermo Bedoya de Vivanco, EXP. N° 2758-2004-HC/TC (Tribunal Constitucional 23 de Noviembre de 2004).
- Ejecutoria Superior, EXP. N° 00938 - 95 Junín (09 de Julio de 1996).
- STC del 29 de enero de 2008. {CASACIÓN N° 10-2007}. Fundamento SEXTO. Disponible en <http://blog.pucp.edu.pe/blog/nuevoprocesopenal/tag/casacion-n-10-2007/>
- STC del 18 de Mayo del 2005. {Expediente número 2101-2005-HC/TC}. Disponible en; <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02101-2005-HC.html>. Fundamento 04.
- Sentencia de 2 de junio de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. F.J. 171
- Sentencia de 17 de noviembre de 2009 (Fondo, Reparaciones y Costas), caso Barreto Leiva vs Venezuela, f.j. 98. En el plano europeo, es importante la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, sentencias del 26 de octubre de 1984, caso De Cubber y, 1 de octubre de 1982, caso Parsec.

Linkografía:

- BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. "Derechos Fundamentales y Proceso Justo, llamado también Debido Proceso". (s.f.). [ubicado el 19.X 2017]. Obtenido en [la página web: http://www.bustamanteasociados.com/descargas/publicaciones/el_derecho_a_un_proceso_justo.pdf](http://www.bustamanteasociados.com/descargas/publicaciones/el_derecho_a_un_proceso_justo.pdf).
- EIZAGUIRRE, Oscar. "Historia del Control Constitucional en el Perú (1920 - 1993)". 2012. [ubicado el 25.X 2017. Obtenido en: <http://oscar-causasyazares.blogspot.pe/2012/06/historia-del-control-constitucional-en.htm>.
- BUSTAMANTE ALARCON, R. (s.f.). "Derechos Fundamentales y Proceso Justo, llamado también Debido Proceso". Recuperado el 2017 de 06 de 19, de http://www.bustamanteasociados.com/descargas/publicaciones/el_derecho_a_un_proceso_justo.pdf

- EIZAGUIRRE, O. (10 de 06 de 2012). "Historia del Control Constitucional en el Perú (1920 - 1993)". Recuperado el 2017 de 06 de 19, de <http://oscar-causasyazares.blogspot.pe/2012/06/historia-del-control-constitucional-en.html>: <http://oscar-causasyazares.blogspot.pe/2012/06/historia-del-control-constitucional-en.html>
- PELAÉZ VARGAS, Gustavo. "Indicios y Presunción". Obtenido en <file:///C:/Users/ASUS/Downloads/Dialnet-IndiciosYPresunciones-5212322.pdf>
- "DISTORSIONES SOBRE EL PRINCIPIO DE NO AUTOINCRIMINACIÓN" Obtenido en: <http://legis.pe/distorsiones-sobre-el-principio-de-no-autoincriminacion/>
- CAFFERATA NORES, José I. "¿ES CONSTITUCIONALMENTE ACEPTABLE EL INDICIO DE "MALA JUSTIFICACION"?" Obtenido en: <http://www.derecho.unc.edu.ar/acaderc/es-constitucionalmente-aceptable-el-indicio-de-mala-justificacion>.
- MONTERO AROCA (Juan). "Derecho a la imparcialidad judicial" - Obtenido en: <http://www.derechoprocesal.es/articulos/9l.doc>
- BECERRA SUAREZ, Orlando: "El derecho al juez imparcial", Obtenido en <http://blog.pucp.edu.pe/item/180109/el-derecho-aljuez-imparcial>
- NEYRA FLORES, José Antonio. "Garantías en el Nuevo Proceso Penal Peruano". Obtenido en [:///C:/Users/ASUS/Downloads/2399-9306-1-PB.pdf](file:///C:/Users/ASUS/Downloads/2399-9306-1-PB.pdf).
- CASTILLO PARISUAÑA, Marinda Marleny. "El principio de presunción de inocencia, sus significados". Obtenido en <https://trabajadorjudicial.wordpress.com/el-principio-de-presuncion-de-inocencia-sus-significados>
- CAMPOS ASPAJO, Liliana; SALAS PACHAS, Rosa Karina. "Garantía de la No Incriminación- Análisis de su contenido en la legislación peruana y española". Obtenido en: <http://camposaspajo.com/pb/garantia-de-la-no-autoincriminacion-analisis-de-su-contenido-en-la-legislacion-peruana-y-espanola.pdf>

ANEXOS

Proyecto de Ley N°

“PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL
ARTÍCULO 376 INCISO 1, DEL CÓDIGO
PROCESAL PENAL”

La Bachiller en Derecho que suscribe **ALESSANDRA BRIGITE REQUE GRADOS**, ejerciendo el derecho a iniciativa legislativa que le confiere el artículo 107° de la Constitución Política del Perú, presenta el siguiente Proyecto de Ley:

“LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 376 INCISO 1 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL”

I. FÓRMULA LEGAL

Artículo 1°.- Objeto de Ley

La presente Ley tiene por objeto modificar el artículo 376 inciso 1 del Código Procesal Penal, con el fin de garantizar el cumplimiento de un proceso penal respetuoso de los principios que inspiran los parámetros constitucionales, principalmente el principio de presunción de inocencia y el derecho a la no autoincriminación que actualmente provoca la construcción del inciso en mención al permitir la lectura de las declaraciones previas en juicio oral.

Artículo 2°.- De la modificación del inciso 1 del artículo 376 del Código Procesal Penal

Declárese de interés nacional la modificación del inciso 1 del artículo 376 del Código Procesal Penal, toda vez que restringirá la lectura de las declaraciones previas del imputado en juicio oral, cuando éste haya hecho uso de su derecho a guardar silencio,

puesto que permitirá optimizar las garantías del proceso penal en concordancia con los principios constitucionales que manan de la Carga Magna.

Artículo 3°.- Modifíquese el inciso 1 del Artículo 376 del Código Procesal Penal.

El artículo en mención quedará modificado de la siguiente manera:

Art 376.- Declaración del acusado.

1. Si el acusado se rehúsa a declarar total o parcialmente, el Juez le advertirá que aunque no declare el juicio continuará, quedando prohibido la lectura de las declaraciones anteriores a juicio oral.

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA DEROGATORIA

ÚNICA.- Deróguense o déjense sin efecto las disposiciones que se opongan a la presente Ley.

II. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

2.1. ASPECTOS GENERALES

Con el fin de encontrar los parámetros generales que procuren justificar la propuesta que ahora se plantea, es que se debe indicar que existe en la realidad un efecto jurídico social respecto de la lectura de las declaraciones previas del imputado durante la etapa procesal de juicio oral, lo cual constituye una vulneración a su derecho fundamental de presunción de inocencia, además de que contamina al proceso con la ejecución de procedimientos fuera del contexto de los principios constitucionales.

Desde el punto de vista doctrinario resulta importante considerar que con la oralización de tales declaraciones en juicio oral, además de que se vulnera la inmediación procesal que debe tener el juez con las partes, provoca que el juez llegue a conclusiones erradas en tanto a esas declaraciones escritas, y en consecuencia termine por convencerse, y quizás de forma incorrecta, acerca de la culpabilidad del sujeto activo del delito.

Es preciso entonces, que la legislación procesal penal de permita estructurar el proceso penal, los mismos que le dan el carácter garantista, siendo que tales lineamientos son orientados por los principios constitucionales que enrumban el proceso es por ello que se habla de la constitucionalidad del proceso penal; dado esto resulta apropiado entonces dirigir la atención hacia la forma en que se tratan las pruebas y el como se ejecutan en el juicio oral específicamente, es así que sobre las bases antes indicadas se analizará la garantía de los principios del derecho penal garantista cuando se intenta valorar en juicio oral las declaraciones previas del imputado, sin que medie la postulación del fiscal.

Entonces lo establecido por la doctrina jurídica indica que no existe ningún aspecto que terminara siendo resquebrajado o vulnerado por la actuación de las declaraciones iniciales del imputado, desde luego en el caso propuesto de cuando el investigado decide hacer uso del derecho a no declarar; aclaramos una vez más que

esta es sólo una sección del análisis, quedando pendiente la verificación de la posible vulneración de los derechos fundamentales que asisten al imputado.

Es imprescindible que la legislación penal y procesal penal busque la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, en tal sentido esta garantía constitucional, dignidad, adquiere especial importancia en cuanto al tratamiento que recibirá el imputado en un proceso penal, pues por más grave que sea la conducta ilícita que se le imputa cometida, siempre está latente la prohibición de degradar la dignidad de tal individuo, pues la misma es inherente a la persona y nunca se pierde.

2.2. MARCO JURÍDICO

Este proyecto de ley se basa jurídicamente en que la oralización de las declaraciones previas, las mismas que se producen en la etapa del juicio oral a pesar que el imputado ejercita su derecho a no declarar configura la vulneración del debido proceso y del principio de no incriminación, además que dicho silencio no constituye o presume indicio de culpabilidad por el delito que se le esté procesando.

Al respecto el Art. 361 del NCPP 2004 al establecer que "la audiencia se realiza oralmente, pero se documenta en acta (...) toda petición o cuestión propuesta en audiencia será argumentada oralmente, al igual que la recepción de las pruebas y, en general, toda intervención de quienes participan en ella". Por lo tanto, la oralidad resulta ser el mejor medio o mecanismo para la práctica de la prueba, ya que a través de la misma se expresan tanto las partes, como los testigos y peritos. Se tiene que tener en cuenta que la oralidad no significa la mera lectura de escritos, declaraciones, actas y dictámenes, etc., que afectarían la inmediación y el contradictorio. Por el contrario, la oralidad es la declaración sobre la base de la memoria del imputado, víctima, testigos y peritos, que deben ser oídas directamente por las partes y los jueces.

Es entonces que el uso de declaraciones previas devendría en implicancias constitucionales por la vulneración al debido proceso y del principio de no incriminación; debido que en la práctica procesal a pesar del silencio del imputado su declaración previa es oralizada en juicio oral, tomándose la misma como indicio de culpabilidad beligerante. Por lo tanto, la importancia de la proyección radica en evitar la vulneración del debido proceso y del principio de no incriminación como implicancia constitucional debido al uso de las declaraciones previas a pesar que el imputado ha ejercido su derecho a no declarar en etapa de juicio oral.

En tal sentido, la oralización de las declaraciones previas del imputado deviene en una forma tácita de obligar al imputado a declarar, una es decir tal situación es solo una máscara de la vulneración al principio constitucional de no incriminación; además que tal situación implica también una vulneración a la garantía constitucional de dignidad, por lo mismo que el Estado peruano debería tomar cartas en el asunto a fin de establecer políticas que sirvan de garantía al respecto de los principios constitucionales que rigen el proceso penal, siendo así respecto al caso específico debería tenerse en consideración la propuesta de esta investigación, a fin de modificar la composición del artículo 376 del Código Procesal Penal con la intención de evitar este tipo de vulneración, así el inciso 1 de dicha normativa deberá prohibir la lectura de las declaraciones previas del procesado.

2.3. PROBLEMÁTICA EXISTENTE

Una declaración constituye la exteriorización de la voluntad del sujeto investigado mediante el cual intenta transmitir o comunicar un hecho que es materia de investigación. Por consiguiente debe entenderse que la declaración previa es la expresión de la manifestación de voluntad del investigado frente al representante del ministerio público.

La misma que es recepcionada ya sea en la etapa de investigación preliminar o preparatoria, según sea el caso. Con el antiguo modelo la recepción de declaraciones

era casi una actividad exclusiva de la Policía Nacional, sin embargo, hoy en día, esta actividad la realiza -como regla- el Representante del Ministerio Público, por consiguiente es urgente y necesario que este operador, empiece a descubrir, mantener y perfeccionar ciertas habilidades y destrezas en la obtención de información a través de las declaraciones previas.

El problema radica en que las declaraciones previas trasgreden los principios de inmediación y contradicción e imposibilitan a la contraparte examinar al órgano de prueba. En el caso, tratándose de derecho o garantías procesales que integran el debido proceso, no es factible de ellos una interpretación restringida que entable las facultades de defensa y ese sentido autoriza el contra examen con las declaraciones previas, sin hacer distinción alguna, no corresponde hacer distingos que reduzcan o limiten legítimos ejercicios de los derechos reconocidos en la constitución, la ley, y los tratados internacionales vigentes.

Es por ello que este proyecto de ley se basa en la consideración de que el operador debe tener en cuenta ciertas reglas de observancia obligatoria, para dar calidad a su participación y para obtener una información que sea adecuada y pertinente o lo que espera de la misma y que guarde relación dentro del contexto de su caso. Siendo este el objetivo principal del presente aporte.

Asimismo el nuevo modelo acusatorio que adopta el Código Procesal Penal Peruano, (es su máxima expresión) es el Juicio Oral, el proceso penal, no es una de las tres etapas del procedimiento, ni la etapa sucesiva agregada a la etapa de investigación o a la etapa intermedia, tampoco es la oportunidad de simular discusión de pruebas recogidas durante la investigación fiscal.

En virtud de este sistema la prueba únicamente será la producida en juicio, de forma tal que los jueces que van a fallar lo harán de aquello que ocurra en audiencia.

En ese orden de ideas todo lo que ocurre fuera del juicio oral, es estrictamente preparatorio: la información que el fiscal haya reunido durante la investigación no interesa, ni existe, sino solo en cuanto es producida en el juicio oral. Lo que quiere decir que el fiscal tendrá que olvidar aquello de solicitar leer el parte policial u otro documento, o peor aún darlas por leídas. El parte policial como tal no es relevante el juicio, puesto que no se introduce como prueba, en todo caso lo que tendrá que hacer el fiscal es ofrecer como uno de sus testigos de cargo al policía quien declarará en juicio respecto del parte o atestado que elaboró, este nuevo sistema rige para todo tipo de prueba que se desee introducir a debate, es produciéndola en juicio de primera mano, salvo excepciones (Art. 242 del Código Procesal Penal sobre Prueba Anticipada) por cuanto la regla es que la información producida fuera de juicio no existe para el Juzgador.

2.4. PROPUESTA DEL PROYECTO DE LEY

La propuesta de incorporación de modificación del inciso 1 del artículo 376 del Código Procesal Penal, restringiendo la oralización de las declaraciones previas del imputado, por atentar contra el derecho a la no auto incriminación, ello con la intención de conseguir la correcta secuencia del debido proceso y el respeto de los principios rectores del Derecho Penal garantista, procurando la seguridad jurídica del imputado en aras de un proceso penal optimizados bajos los parámetros de la constitucionalización.

2.5. CONCORDANCIA CON EL ACUERDO NACIONAL

El presente proyecto de Ley puede advertirse en concordancia con el acuerdo nacional proyectado del año 2016 al 2021, puesto que se condice con los objetivos planteados respecto a la política criminal referida específicamente a la garantía de los principios constitucionales y el respeto de debido proceso en aras de una justicia equilibrada.

III. EFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

IV. ANÁLISIS COSTO – BENEFICIO

El proyecto de ley no ocasiona gastos al Estado, debido a que no generará un presupuesto adicional a ninguna entidad, puesto que su aplicación dependerá de la ejecución por parte de los magistrados del Poder Judicial.