

CONSTITUCION Y PROCESO PENAL

Richard Llacsahuanga Chávez*

1. A manera de introducción: los derechos humanos y la constitucionalización del proceso penal.

El auge que ha cobrado actualmente los derechos humanos en el ámbito internacional, con su consagración en diversos instrumentos internacionales, ha generado un proceso, con dificultades, pero creemos irreversible, que la doctrina denomina como la internacionalización de los derechos humanos, tendencia universal que ha impactado significativamente en los ordenamientos internos de los Estados, el cual se expresa en lo que algunos tratadistas denominan como la constitucionalización de los derechos humanos. Este impacto normativo se expresa en la positivización de los derechos fundamentales en las Constituciones de los Estados.¹

Pero la importancia de los derechos humanos no solo se expresa en su reconocimiento y consagración normativa, sino también en el necesario replanteamiento de instituciones y categorías jurídicas con la finalidad de hacer efectivo la protección de estos derechos fundamentales.

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.² 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

* Profesor Ordinario de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario y Jefe del Departamento Académico de Ciencias Jurídicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga – Ayacucho – Perú.

¹ El Perú se adscribe a esta tendencia universal al adecuar su marco constitucional a los estándares internacionales de derechos humanos, consagrando todo un catálogo de derechos fundamentales y estableciendo mecanismos de garantías para su protección, ello se hizo con la Constitución de 1979 y se continúa con la actual Constitución de 1993.

² Bacigalupo, Enrique. Principios Constitucionales de Derecho Penal. Editorial Hammurabi. Buenos Aires-Argentina, 1999, p. 13.

respetar y garantizar en su ejercicio.³ Para este autor, la legitimación del Derecho penal tiene un doble aspecto: *la legitimación extrínseca* proveniente del marco o modelo establecido por la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos; y *la legitimación intrínseca* del propio instrumento jurídico punitivo, que estaría representada por los principios específicos que limitan la actuación o poder punitivo del Estado.

Lo mismo ha ocurrido con el derecho procesal penal, en donde la noción de proceso penal está en relación con el grado de efectividad en la protección de los derechos fundamentales. En este sentido, es común leer en la doctrina procesal penal, tanto europea como iberoamericana, la cita del gran procesalista alemán James Goldschmidt, quien ya desde el año 1935 señalaba que: "Se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución"⁴, o en las referencias a lo señalado por Roxin en su obra *Derecho Procesal Penal*, quien caracterizó al "Derecho procesal penal como sismógrafo de la Constitución del Estado."⁵

Esto significa que existe una relación indesligable entre derecho constitucional y derecho procesal penal y entre Constitución y proceso penal, lo cual se expresa en la llamada constitucionalización del proceso penal, es decir, en la consagración de principios constitucionales del proceso penal, el cual nos debe llevar a redefinir la noción de proceso penal en relación al marco constitucional.

Juan Montero Aroca señala que "el proceso penal debe dejar de ser concebido como mero instrumento para la aplicación del Derecho penal y debe lograr ser entendido como garantía, como medio para garantizar el derecho a la libertad de los ciudadanos ante o frente a la aplicación de ese Derecho."⁶

Es así como la necesidad de configurar un Estado Democrático en el que se garantice la vigencia, respeto y protección de los derechos fundamentales, conlleva a establecer estos mismos derechos como límites del ejercicio del poder estatal. Generando a su vez, la tendencia a fijar en la Constitución, las reglas mínimas de un debido proceso penal, o como señala Alberto Binder, un diseño constitucional del proceso penal,⁷ que sirva como marco fundamental para la garantía de estos derechos.

En el caso peruano, el diseño constitucional del proceso penal tiene como marco jurídico fundamental lo establecido en el artículo 1 de la Constitución

³ Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*. 5ª edición, revisada y puesta al día. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia-España, 2002, p.70.

⁴ Citado por Juan Montero Aroca, *Proceso Penal y Libertad*. Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal. Editorial Thomson – Civitas. Primera Edición. España, 2008, p.20.

⁵ 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.

⁶ Montero Aroca, Juan. Ob. Cit. p.23.

⁷ Burgos Mariños, Víctor. *Principios rectores del nuevo código proceso penal*, pp.48. En Víctor Cubas Villanueva, Yolanda Doig Díaz y Fany Soledad Quispe Farfán (Coordinadores). *El nuevo proceso penal*. Estudios Fundamentales. Editorial Palestra. Lima-Perú, 2005.

Política del Estado, donde se señala que “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.”

De esto se desprende que la potestad de administrar justicia debe estar enmarcada dentro de los cauces constitucionales, como son la observancia de los principios, valores y derechos fundamentales que la Constitución consagra y reconoce, los cuales están delineados en el artículo 1 de la Carta política, como son “la defensa de la persona” y “el respeto de su dignidad”, los cuales se constituyen en valores fundamentales de la sociedad, del Estado y del Derecho.⁸

Esta concepción ha sido recogida de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos de los que el Perú es parte, como son propiamente la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos, entre otros instrumentos garantistas, los cuales forman parte del derecho nacional en conformidad de la clausula de incorporación del derecho internacional consagrado en el artículo 55 de la Constitución.⁹

Así, la Constitución define una concepción de la administración de justicia penal en donde se consagra la limitación de las funciones persecutoria y jurisdiccional en garantía de los derechos fundamentales, los cuales resultan de obligatoria observancia para el proceso penal.

Esta perspectiva constitucional ha sido recogida en el Nuevo Código Procesal Penal del 2004, cuyo Título Preliminar ha recogido los principios y derechos constitucionales que la Constitución prevé y que son de aplicación al proceso penal.¹⁰ Esta postura ha sido expresada en la Exposición de Motivos del Nuevo Código Procesal Penal, al afirmarse: “...la estructura del nuevo proceso penal así como sus instituciones allí contenidas se edifican sobre la base del modelo acusatorio de proceso penal cuyas grandes líneas rectoras son: separación de funciones de investigación y de juzgamiento; el Juez no procede de oficio; el Juez no puede condenar ni a persona distinta de la acusada, ni por hechos distintos de los imputados; el proceso se desarrolla conforme a los principios de contradicción e igualdad; la garantía de la oralidad es la esencia misma del juzgamiento y; la libertad del imputado es la regla durante todo el proceso.”

Aquí se consagran algunos de los principios fundamentales que van a modelar el nuevo sistema procesal penal peruano, del cual mencionaremos los más importantes, no sin antes desarrollar los estándares establecidos en los tratados internacionales de derechos humanos.

⁸ Landa Arroyo, César. Bases Constitucionales del nuevo código procesal penal peruano. En César Landa Arroyo. Constitución y fuentes del derecho. Editorial Palestra. Primera edición. Lima, 2006, p.54.

⁹ Constitución Política del Perú: “Art.55.- Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”.

¹⁰ Landa Arroyo, César. Ob. Cit. p.54.

2. Los tratados internacionales de derechos humanos y el proceso penal.

La institucionalización de los tratados internacionales de derechos humanos, no solo ha servido para consagrar un catálogo de estos derechos, sino que también permiten delinear y forjar un Estado Constitucional, como base fundamental para la vigencia y protección de los mismos. Es así como en el Estado Social y Democrático de Derecho¹¹ van exigir de manera consustancial el respeto y vigencia de los derechos y garantías de carácter penal y procesal penal.

Este marco jurídico internacional se constituye en una de las bases para los cambios estructurales de la reforma procesal penal en marcha en nuestro país,¹² ya que exige la incorporación de los estándares jurídicos de respeto a los derechos, principios y garantías de los sujetos procesales.¹³

La ***Declaración Universal de Derechos Humanos*** (1948),¹⁴ concluye una etapa en la lucha por la positivización de los derechos humanos a escala mundial, consagrando la universalidad de estos derechos y la protección internacional de los mismos. El maestro de Turín señalaba al respecto que, “Con la Declaración de 1948 comienza una tercera y última fase en la que la afirmación de los derechos es a la vez universal y positiva: universal en el sentido de que destinatarios de los principios allí contenidos no son ya solamente los ciudadanos de tal o cual estado, sino todos los hombres; positiva en el sentido de que pone en marcha un proceso en cuya culminación los derechos humanos no sólo serían proclamados o idealmente reconocidos, sino efectivamente protegidos incluso contra el propio Estado que los viola. En la culminación de este proceso, los derechos del ciudadano se habrán transformado realmente, positivamente, en los derechos del hombre.”¹⁵

La declaración universal va reconocer en su parte preambular a la dignidad humana como intrínseca del ser humano, la cual se constituye en la base de la

¹¹ “...el Estado social y democrático de Derecho representa un estadio en el que, a la vieja aspiración de la limitación jurídica del poder (tesis), se le unió la de que, sin embargo, ese poder actuara e incidiera en la sociedad para remodelarla (antítesis), lo que sólo puede hacer lícitamente ese poder (síntesis) si está legitimado democráticamente, si respeta los procedimientos jurídicos, si garantiza los derechos y libertades, si es responsable de su actuación y si no bloquea los mecanismos de reversibilidad de sus opciones políticas democráticas.” Vicente Gimeno Sendra, Pablo Morenilla Allard, Antonio Torres del Moral y Manuel Días Martínez. “Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional”. Editorial Colex. Madrid, 2007, p.43.

¹² El proceso de implementación de un nuevo sistema procesal penal peruano forma parte del proceso de reforma en Iberoamérica, cuyos antecedentes inmediatos son el Proyecto de Código Procesal Penal tipo para Iberoamérica de 1988, en el cual se han inspirado los Códigos de Costa Rica, Chile, Colombia y ahora Perú, sin dejar de mencionar la importancia de la Ordenanza Procesal Penal (OPP) de Alemania y el Código de Procedimiento Penal de Italia.

¹³ Rosas Yataco, Jorge. Derecho Procesal Penal. Con aplicación al Nuevo Proceso Penal Decreto Legislativo N° 957. Editorial Jurista Editores. Primera Edición. Lima-Perú, 2009, pp.64.

¹⁴ Adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), del 10 de diciembre de 1948. Aprobada por Resolución Legislativa N° 13282 del 15 de diciembre de 1959.

¹⁵ Bobbio, Norberto. Presente y porvenir de los derechos humanos, p.68. En Norberto Bobbio. “El tiempo de los derechos”. Traducción de Rafael de Asís Roig. Editorial Sistema. Madrid, 1991.

libertad, la justicia y la paz; y hablándonos de la importancia y relación entre Derechos Humanos y Estado de Derecho, considera de manera esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, es decir por un Estado democrático de Derecho.

Bajo estas bases filosóficas y políticas, no solo se va consagrar positivamente los derechos fundamentales, sino que se avanzará en establecer garantías mínimas para su efectividad, delineando las bases para un proceso penal democrático, como parte del contenido esencial del derecho a las llamadas garantías judiciales,¹⁶ estableciendo entre otros los siguientes:

- a) Consagra que todo ser humano tiene derecho a la libertad y la seguridad de su persona (art.3);
- b) Proscribe la tortura, penas y los tratos crueles, inhumanos y degradantes (art.5) ya que estas constituyen graves afectaciones a la dignidad humana;
- c) Consagra la igualdad de todos ante la ley, por lo que toda forma de discriminación es rechazada (art.7);
- d) Esta igualdad permite consagrar que todos tienen derecho a un recurso efectivo para la protección de sus derechos fundamentales (art.8);
- e) Establece que nadie puede ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado (art.9);
- f) También establece que todos tienen derecho a ser oído públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial frente a cualquier acusación en materia penal (art.10);
- g) Se garantiza la presunción de inocencia y el derecho de defensa, así como el principio de legalidad (art.11); y
- h) Proscribe las injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia o su correspondencia.

El **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** (1966)¹⁷ desarrolla los postulados, derechos y garantías contenidas en la declaración universal, estableciendo entre otras las siguientes:

- a) Consagra la proscripción de la tortura, las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art.7),
- b) Establece garantías frente a la detención o prisión arbitraria, consagrando que nadie deberá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ella (art.9.1),
- c) Establece el derecho a ser informado de las razones y motivos de su detención, y de la notificación sin demora de la acusación formulada en su contra (art.9.2);

¹⁶ Según interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-9/87, en la que interpreta el derecho a las garantías judiciales del artículo 8 de la Convención Americana, señala que la expresión más exacta es la de “debido proceso legal”, ya que la expresión “garantías judiciales”, strictu sensu, se refiere a los medios procesales que “sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o ejercicio de un derecho(...) vale decir, los medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en toda circunstancia.”

¹⁷ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución N° 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Aprobado por Decreto Ley N° 22128 del 28 de marzo de 1978. Instrumento de adhesión de 12 de abril de 1978. Depositado el 28 de abril de 1978. Fecha de entrada en vigencia el 28 de julio de 1978.

- d) En caso de una detención, el derecho a ser puesto de manera inmediata ante el funcionario o juez competente y el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, se consagra la libertad en juicio como regla y la detención preventiva como excepción (9.3);
- e) El derecho a recurrir ante un tribunal competente independiente e imparcial (art.9.4);
- f) El derecho a indemnización frente a una detención ilegal (art.9.5);
- g) También se consagra el derecho de toda persona detenida a ser tratada humanamente y con respeto a su dignidad (art.10.1),
- h) Insta a la separación de los procesados de los condenados y sometidos a un tratamiento distinto de acuerdo a su condición (art.10.2.a);
- i) Consagra un régimen penitenciario cuya finalidad sea la reforma y la readaptación social de los condenados (art.10.3);
- j) El derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, frente a una acusación formulada (art.14.1);
- k) El derecho a la presunción de inocencia mientras no se demuestre su culpabilidad conforme a ley (14.2);
- l) Como garantías mínimas durante el proceso, consagra el derecho a ser informado en su idioma de la naturaleza y causa de la acusación formulada (art.14.3.a); a disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección (art.14.3.b); a ser juzgado sin dilaciones indebidas (art.14.3.c); a hallarse presente en el proceso y ser asistido por un defensor de su elección o de oficio en caso careciera de los medios suficientes (art.14.3.d); a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo (art.14.3.e); a ser asistido gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal (art.14.3.f); a no ser obligado a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable (art.14.3.g);
- m) Se consagra el derecho a la impugnación frente a una sentencia condenatoria (art.14.5);
- n) El derecho a la indemnización frente a los errores judiciales (art.14.6);
- o) Así como la cosa juzgada (art.14.7).
- p) También se consagra el principio de legalidad de los delitos y las penas (art.15);
- q) La proscripción de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida, su familia, su domicilio o su correspondencia (art.17).

En cuanto a la normatividad del sistema interamericano, **la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre** (1948),¹⁸ reconoció en su parte considerativa que los derechos esenciales del hombre tienen como fundamento los atributos de la persona humana y que su protección debe ser guía principalísima del derecho americano en evolución.¹⁹

¹⁸ Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948.

¹⁹ Es de resaltar que este instrumento normativo fue dado meses antes que la Declaración Universal de Derechos Humanos (diciembre, 1948), sin embargo, es de resaltar la significativa coincidencia entre ambas, sobre la concepción de los derechos como atributos de la persona humana.

La Declaración Americana entre otros derechos y garantías consagra las siguientes:

- a) Se consagra el derecho a la libertad y la seguridad personal (art.1);
- b) El derecho a la igualdad (art.2);
- c) El derecho a la inviolabilidad de su domicilio (art.9);
- d) El derecho a la inviolabilidad y circulación de su correspondencia (art.10);
- e) El derecho a recurrir a tribunales para hacer valer sus derechos y disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad sus derechos fundamentales consagrados constitucionalmente (art.18);
- f) Se establece que nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes, el derecho a ser juzgado sin dilación injustificada y a un tratamiento humano durante la privación de su libertad (art.25);
- g) Consagra la presunción de inocencia hasta que se prueba su culpabilidad, y el derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgado por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes, y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas (art.26).

La **Convención Americana sobre Derechos Humanos** (1969),²⁰ como instrumento regional desarrolla los derechos y garantías de la Declaración Americana, en la forma siguiente:

- a) Consagra el derecho de toda persona a su integridad física, psíquica y moral (art.5.1),
- b) Establece que nadie puede ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art.5.2),
- c) Los procesados deben estar separados de los condenados (art.5.4),
- d) Las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados (art.5.6);
- e) El derecho a la libertad y la seguridad personal (art.7.1),
- f) El derecho a no ser privado de la libertad sino por los motivos establecidos en la Constitución (art.7.2),
- g) La proscripción de la detención arbitraria (art.7.3),
- h) El derecho a ser informado de las razones de su detención y de la notificación de los cargos formulados contra ella (art.7.4),
- i) El derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable (art.7.5),
- j) El derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente (art.7.6).
- k) También se consagra el derecho a las garantías judiciales como: a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y

²⁰ Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Aprobado por Decreto Ley N° 22231 del 11 de julio de 1978. Instrumento de Ratificación de 12 de julio de 1978. Depositado el 28 de julio de 1978. Entrada en vigencia el 28 de julio de 1978.

obligaciones (art.8.1), el derecho de presunción de inocencia (art.8.2), el derecho a un traductor o interprete si no comprende o habla el idioma del juzgado o tribunal (art.8.2.a), derecho a la comunicación previa y detallada de la acusación formulada (art.8.2.b), concesión del tiempo y de los medios para preparar su defensa (art.8.2.c), derecho a ejercitar su defensa material o de ser asistido por un defensor de su elección (art.8.2.d), derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado (art.8.2.e), derecho de interrogar a los testigos, así como ofrecer testigos y peritos (art.8.2.f), derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable (art.8.2.g), derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior (art.8.2.h), la validez de la confesión si es realizada sin coacción (art.8.3), la cosa juzgada (art.8.4), la naturaleza pública del proceso penal (art.8.5);

- l) El principio de legalidad del delito y de las penas, así como la retroactividad benigna en materia penal (art.9);
- m) El derecho a indemnización por errores judiciales (art.10);
- n) La proscripción de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en su familia, en su familia o en su correspondencia (art.11);
- o) Se consagra el derecho de igualdad ante la ley (art.24).
- p) También se consagra el derecho a la protección judicial, como son: el derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo ante los jueces o tribunales competentes (art.25.1).

Cabe precisar que según la actual “Constitución de 1993 establece la incorporación de los tratados internacionales a través de una cláusula expresa de incorporación, que se encuentra en el artículo 55 que dice: “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”,²¹ de esta manera la incorporación del derecho internacional de derechos humanos permite la aplicación inmediata de los tratados internacionales sobre derechos humanos por parte de los órganos jurisdiccionales, los cuales han adquirido jerarquía constitucional a través de la interpretación jurisdiccional por el máximo interprete de la Constitución como es el Tribunal Constitucional, en razón al artículo 3 de la norma fundamental, basado específicamente en la dignidad humana y en otros derechos análogos los cuales están contenidos en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, en concordancia con la cuarta disposición final y transitoria, referida a la interpretación de los derechos y libertades fundamentales en conformidad con la Declaración Universal y los tratados de derechos humanos ratificados por el Perú.²²

Como señala el profesor César Landa Arroyo, “Bajo este criterio hermenéutico, los tratados internacionales son normas jurídicas de aplicación directa e inmediata –*self executing*–; es decir, que no son meros derechos morales de naturaleza ética, a la cual se encuentran sometidos residualmente quienes

²¹ Llacsahuanga Chávez, Richard y Aburto Garavito, Jhousy Margot. Las declaraciones de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico interno, p.22, en Libro Homenaje al 60 Aniversario de las Declaraciones de Derechos, edición a cargo del Colegio de Abogados de Lima (versión electrónica). Lima, 2008.

²² Llacsahuanga Chávez, Richard y Aburto Garavito, Jhousy Margot (2008), Ob. Cit. p.24

interpreten y apliquen los derechos fundamentales de la Constitución; sino, que son normas jurídicas vinculantes y de aplicación inmediata por los poderes públicos y de respeto por los poderes privados, en la medida que contengan normas más favorables a los derechos fundamentales de la persona demanda, que las contenidas en la Constitución.”²³

En consecuencia, los tratados internacionales de derechos humanos no solo van a consagrar un catalogo de derechos, sino que van a establecer los estándares mínimos para la configuración de un proceso penal público y garantista de estos derechos, consagrando principios, derechos y garantías del proceso legal, los cuales también van a ser recogidos en las constituciones de los Estados,²⁴ conforme veremos en el acápite siguiente sobre el caso peruano.

3. Marco constitucional del proceso penal peruano.

Debemos tener en cuenta, que la Constitución es el instrumento jurídico por la cual se constituye y organiza un Estado democrático de Derecho, lo cual es fundamental para el correcto ejercicio de la función penal del Estado (función penal garantista) que excluya la arbitrariedad y las violaciones de derechos fundamentales. De ahí que la Constitución se convierta en el instrumento determinante para la validez jurídica y política de un Estado contemporáneo.

Como afirma el profesor César Landa Arroyo, “...el proceso judicial, en general, y el proceso penal, en particular, en nuestro medio, siempre ha sido analizado desde la perspectiva estrictamente procesal, soslayando, de esta manera, sus bases constitucionales.”²⁵ Esta tendencia ha venido paulatinamente revirtiéndose, y ahora la mayoría de la doctrina procesal peruana parte por establecer el marco constitucional del nuevo proceso penal peruano, la necesidad de la configuración de un Estado constitucional y la protección y garantía de los derechos fundamentales en un proceso penal.

Conforme menciona la Fiscal de la Nación de Perú, Gladys Echaiz Ramos, “Fue en la Constitución Política de 1979, donde, finalmente, se introdujeron un conjunto de normas, que diseñaron una nueva política criminal del Estado, y con ello, el gran cambio y transformación que fue reafirmado y consolidado en la Constitución Política de 1993”, donde “además de garantizarse los derechos

²³ Landa Arroyo, César. Implementación de las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos en el ordenamiento constitucional peruano, en César Landa Arroyo. Constitución y Fuentes del Derecho. Editorial Palestra. Primera edición. Lima, 2006, p.123.

²⁴ A este respecto es de resaltar la constatación efectuada por Aníbal Quiroga León, quien señala “...la historia reciente del derecho internacional de los derechos humanos exhibe un recorrido inverso que marca su peculiaridad: desde el derecho internacional “desciende” paulatinamente hacia los diversos ordenamiento internos, en distintos tiempos, en diferentes fases en sus propios momentos históricos hasta que, de pronto, logran hacer un común denominador de mínimos inquebrantables o de derechos básicos inalienables e inderogables, formando parte de los cimientos del ordenamiento fundamental o constitucional de una determinada nación.” (La protección de los derechos fundamentales en el marco de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno, en Aníbal Quiroga León, Derecho Procesal Constitucional y el Código Procesal Constitucional. Editorial ARA Editores, Lima, 2005, p.294.

²⁵ Landa Arroyo, César. Bases constitucionales del nuevo código procesal penal peruano. Ob. Cit. p.54.

de la persona, se diseñó el modelo acusatorio como forma de proceso, cuya esencial principio, es que “No hay juicio, sin acusación”.²⁶

Efectivamente, la **Constitución de 1979** crea al Ministerio Público como órgano constitucional autónomo e independiente del Poder Judicial, estableciéndose como su atribución constitucional la titularidad del ejercicio de la acción penal y la dirección de la investigación desde la fase preliminar, sin embargo, a pesar de esta importante reforma constitucional, aún no se va tener la claridad del rol protagónico que debe cumplir el Ministerio Público en el proceso penal y en la lucha contra la criminalidad, ya que se va restringir el rol a solo “vigilar e intervenir en la investigación del delito desde la etapa policial”,²⁷ conforme se menciona en la propia carta fundamental.

Creemos que esto es producto aún del resabio cultural inquisitivo fuertemente estructurado en todos los operadores del derecho, la restricción del importante rol del Ministerio Público en la persecución del delito, se constata mejor y claramente en la propia Ley Orgánica del Ministerio Público,²⁸ en cuyo artículo 9 se señala textualmente:

“Artículo 9.- El Ministerio Público, conforme al inciso 5) del Artículo 250 de la Constitución Política, vigila e interviene en la investigación del delito desde la etapa policial. Con ese objeto las Fuerzas Policiales realizan la investigación. El Ministerio Público interviene en ella orientándola en cuanto a las pruebas que sean menester actuar y la supervigila para que se cumplan las disposiciones legales pertinentes para el ejercicio oportuno de la acción penal.” (el subrayado es nuestro)

De esta manera se renunció a la real dirección de la investigación del delito por parte del Ministerio Público, y en la práctica fue y sigue siendo con la legislación vigente, que las Fuerzas Policiales son las que realizan la investigación, en donde la participación del Ministerio Público es de solo vigilancia y orientación, y en el peor de los casos, de nula participación, salvo el esfuerzo de algunos Fiscales identificados y conocedores del verdadero rol del Ministerio Público.

A este respecto es pertinente citar las palabras del profesor Víctor Cubas Villanueva quien señala que “En la práctica el Ministerio Público es Mesa de Partes de la Policía Nacional, legitima el trabajo de ésta y formaliza denuncia por el mérito de lo actuado a nivel policial, omitiendo ejercer las facultades que le permiten seleccionar los casos que debe llevar ante el órgano jurisdiccional”²⁹

(*) Se refiere a la Constitución de 1979. Con la actual Constitución art. 159 inc. 4) y 5)

²⁶ Ver la Presentación al Manual de Derecho Procesal Penal con aplicación al Nuevo Proceso Penal de Jorge Rosas Yataco.

²⁷ Artículo 250 inciso 5 de la Constitución Política del Perú de 1979.

²⁸ Se refiere al Artículo 9 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, dada por Decreto Legislativo N° 052 del 10 de marzo de 1981.

²⁹ Cubas Villanueva, Víctor, “El Ministerio Público y la Investigación Preparatoria”, p. 233, en AA.VV., El Nuevo Proceso Penal. Estudios Fundamentales. Editorial Palestra. Primera Edición. Lima, 2005.

A pesar de esta realidad, el marco constitucional ideado por la Carta de 1979 constituyó un avance importante para distinguir las funciones de acusación de la función jurisdiccional, a través de sus propios órganos competentes, el Ministerio Público y el Poder Judicial.

Otro aporte que trae la Constitución de 1979, en cuanto a los derechos fundamentales se refiere, y específicamente a los principios constitucionales penales y procesales, es la configuración de las garantías mínimas de protección judicial, en conformidad a los estándares internacionales establecidos por los tratados internacionales de derechos humanos, como son los siguientes:

- a) Establece la publicidad de los juicios penales (art.233.3), consagrando de esta manera el principio de publicidad como uno de los principios o características fundamentales del proceso penal garantista;
- b) Consagra como derecho fundamental y garantía constitucional procesal a la vez, el principio de la motivación escrita de las resoluciones, en todas las instancias, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos en que se sustentan (art.233.4);
- c) Establece el derecho a la indemnización por los errores judiciales cometidos en los procesos penales (art.233.5);
- d) Consagración del principio del indubio pro reo, es decir, la aplicación de lo más favorable al reo en caso de duda o de conflicto en el tiempo de leyes penales (art.233.6);
- e) La inaplicabilidad de la analogía en materia penal (art.233.7);
- f) El derecho de defensa y a un juicio previo (art.233.9);
- g) La proscripción de la condena en ausencia (art.233.10);
- h) La cosa juzgada (art.233.11);
- i) La invalidez de las pruebas obtenidas en contravención de derechos fundamentales (art.233.12);
- j) El derecho a gozar de un interprete y hacer uso de su propio idioma (art.233.15);
- k) La indemnización por detenciones arbitrarias (art.233.16);
- l) El derecho a la instancia plural (art.233.18);
- m) El derecho de los reclusos sentenciados a ocupar establecimientos penitenciarios sanos y convenientes (art.233.19);
- n) La proscripción de la tortura o tratos inhumanos o humillantes (art.234 primer párrafo).

Lamentablemente la consagración de estas garantías mínimas no fue aparejada de la reforma del proceso penal, aun siguió y sigue rigiendo el Código de Procedimientos Penales, en donde el modelo proceso penal mixto, con arraigada cultura inquisitiva, no será garantía ni del debido proceso, ni de la protección de los derechos fundamentales en juicio.

Será con la **Constitución de 1993** que se establece las bases formales para un proceso penal democrático, donde en consonancia con las tendencias modernas se perfila un modelo constitucional del proceso penal, en la que se diferencian la función acusatoria de la función de juzgamiento, siguiendo de esta manera la tendencia establecida por el Código procesal Penal modelo

para Iberoamérica de 1988 que, “en su objetivo de “acentuar la forma acusatoria del proceso penal”, han querido reemplazar al juez instructor, por una preocupación central y lógica: “No es susceptible de ser pensado que una misma persona se transforme en un investigador eficiente y, al mismo tiempo, en un guardián celoso de la seguridad individual; el buen inquisidor mata al buen juez o, por el contrario, el buen juez destierra al inquisidor..”³⁰

La carta fundamental de 1993 precisa una nueva atribución constitucional del Ministerio Público, por un lado, en el artículo 159 se ratifica sus funciones de persecutoria del delito, y por otro lado, se redefine el rol del fiscal en la investigación, disponiéndose en el inciso 4) lo siguiente:

“Conducir desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función.”

Esta nueva función constitucional será desarrollada en el **Nuevo Código Procesal Penal del 2004**, estableciendo el artículo 60.2 que:

“El Fiscal conduce desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función.”

Y el artículo 61.2 se precisar este rol de la siguiente manera:

“Conduce la Investigación Preparatoria. Practicará u ordenará practicar los actos de investigación que corresponda, indagando no sólo las circunstancias que permitan comprobar la imputación, sino también las que sirvan para eximir o atenuar la responsabilidad del imputado. Solicitará al Juez las medidas que considere necesarias, cuando corresponda hacerlo.” (el subrayado es nuestro).

De esta manera no solo se establece una nueva función constitucional del Ministerio Público, sino que se redefine el rol del fiscal, al otorgarle un verdadero rol protagónico en el proceso penal, como es la “conducción” de la investigación del delito. Así también, se redefine las etapas del proceso penal, estableciéndose la etapa de la investigación preparatoria la cual estará a cargo del Fiscal.

Bajo esta misma orientación, el Profesor Pedro Angulo Arana afirma que:

“...la actividad que ahora se encomienda al fiscal resulta netamente nueva; puesto que antes, lo que se denominaba investigación fiscal, dentro de la actividad indagatoria, constituía apenas una actividad de averiguación elemental, para proveer fundamentos razonables a la formalización de la denuncia. Ello quería decir, simplemente, comprobar la veracidad del hecho y sus características de delito. Luego, la

³⁰ Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1989, p.21 a 23, citado en Pedro Angulo Arana, “La Función del Fiscal” (2007), Jurista Editores, p. 290.

responsabilidad por la investigación formal en sí, pasaba al juez. (...) Ahora en cambio, el fiscal aparece responsabilizado de dirigir la actividad policial de investigación de los delitos, lo cual supone ejercer un vasto control de una actividad cada vez más técnica, que posee sus propias dificultades y aristas y que es realizada por integrantes de otra institución. Por otro lado, el fiscal tiene especial interés en el accionar policial, específicamente en relación a la adquisición de prueba y al respeto a los derechos fundamentales del justiciable.”³¹

El Profesor Víctor Cubas Villanueva, resumiendo la evolución de las funciones y atribuciones del Ministerio Público señala:

“Como podemos apreciar en nuestro país, las funciones y atribuciones del Ministerio Público han evolucionado desde una intervención puramente pasiva, limitada a emitir dictámenes ilustrativos previos a las resoluciones judiciales, conforme al Código de Procedimientos Penales de 1940; pasando por la de supervigilar la investigación del delito desde la etapa policial, que le asignó la Constitución de 1979 hasta la de conducir la investigación del delito con plenitud de iniciativa y autonomía, que le impone la Constitución vigente y el Código Procesal Penal del 2004 decreto legislativo 957 convirtiendo así al Fiscal en Investigador. Con esto se superan los problemas de supuesta inconstitucionalidad del modelo procesal propuesto en 1991 y se ratifica la voluntad del legislador de implementar un nuevo modelo procesal penal, que el Dr. Florencio Mixán denomina “acusatorio garantista.”³²

En cuanto a las garantías constitucionales, la Constitución de 1993 utiliza la expresión de principios y derechos de la función jurisdiccional, los cuales están establecidos en el artículo 139, y para efectos del proceso penal son los siguientes:

- a) La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional (139.1);
- b) La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional (139.2);
- c) La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional (139.3);
- d) La publicidad de los procesos (139.4);
- e) La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias (139.5);
- f) La pluralidad de la instancia (139.6);
- g) La indemnización por errores judiciales en los procesos penales y por las detenciones arbitrarias (139.7);
- h) El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley (139.8);
- i) El principio de la inaplicabilidad de la analogía en materia penal (139.9);
- j) El principio de no ser penado sin proceso judicial (139.10);
- k) El principio de lo más favorable al procesado (139.11);

³¹ Angulo Arana, Pedro. La Función del Fiscal. Estudio comparado y aplicación al caso peruano. El Fiscal en el nuevo proceso penal. Jurista Editores. Primera edición. Lima, 2007, p.577-578.

³² Cubas Villanueva, Víctor, “El Ministerio Público y la investigación preparatoria”. En AAVV, El nuevo Proceso Penal. Estudios Fundamentales. Editorial Palestra, primera edición. Lima, 2005, p.235.

- l) El principio de no ser condenado en ausencia (139.12);
- m) La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada (139.13);
- n) El principio de inviolabilidad del derecho de defensa (139.14);
- o) El principio de ser informado, inmediatamente y por escrito, de las causas o razones de su detención (139.15);
- p) El derecho de los reclusos y sentenciados de ocupar establecimientos adecuados (139.21);
- q) El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (139.22).

Estos principios hay que conjugarlos con la protección de los derechos fundamentales establecidos en el artículo 2 y el artículo 3 de la norma fundamental, con los cuales se modela un proceso penal garantista y protector de derechos fundamentales, siguiendo los estándares internacionales de protección de derechos humanos.

En consecuencia, la reconfiguración del rol del Fiscal en el proceso penal va en consonancia con la reforma procesal penal que se viene dando en Iberoamérica, donde se configura un nuevo modelo procesal penal denominado “*acusatoria garantista*” o “*acusatorio adversarial*” o “*con rasgos adversariales*”, cuya característica más resaltante son:

- a) El replanteamiento de los roles institucionales, donde el Ministerio Público es el órgano persecutor del delito y titular del ejercicio de la acción penal pública, para ello conduce la investigación preparatoria y cumple la función acusatoria; la Policía Nacional se constituye en un órgano técnico de apoyo obligado a cumplir los mandatos del Ministerio Público; el Poder Judicial le corresponde la función decisoria, es decir, la función de juzgamiento, además ejercerá la función de control de la investigación preparatoria, a fin de garantizar en esta etapa los derechos fundamentales de los sujetos procesales.
- b) Se consagran principios fundamentales del proceso penal, como son: el principio acusatorio (Art.356.1), el principio de contradicción (Art.I.2 y 356), el principio de igualdad de armas (Art.I.3), el principio de inviolabilidad del derecho de defensa (Art.IX), principio de la presunción de inocencia (Art.II), el principio de la publicidad del juicio (Art.I.2 y 357), el principio de oralidad (Art.I.2 y 356.1), el principio de inmediación (Art. 356.1), el principio de identidad personal (Art.356.1), el principio de unidad y concentración (Art.356.1).
- c) La flexibilización del proceso penal estableciendo facultades discrecionales para el Ministerio Público de abstenerse de ejercitar la acción penal basado en la aplicación de criterios de oportunidad, aplicando el principio de oportunidad (Art.2), así como solicitar al juez la terminación anticipada del proceso (Art.468), también podrá solicitar la conclusión anticipada del juicio (Art.372) y el retiro de la acusación (Art.387.4).

4. Conclusiones.

Sin bien es cierto es un avance significativo en la protección de derechos fundamentales con el diseño de este nuevo modelo procesal penal, propia de un Estado democrático de Derecho, sin embargo, creemos que existen dos grandes amenazas para la implementación de este proceso:

- a) Por un lado la resistencia al cambio, la resistencia de carácter político, a pesar de los esfuerzos institucionales de las instituciones comprometidas con este cambio.
- b) Y por otro lado, la fuerte cultura inquisitiva arraigada, no solo en jueces, fiscales, policías, abogados, sino también en la propia ciudadanía, que “provocan que el proceso penal, en la práctica, resulte un terreno minado para la violación de los derechos fundamentales”³³

Sin embargo, estas mismas amenazas constituyen un gran reto para todos los operadores del derecho en “su esfuerzo por humanizar el proceso, por hacerlo más racional”³⁴, que son las grandes aspiraciones de todos aquellos que estamos por consolidar un Estado constitucional y un derecho penal y procesal penal garantista y democrático.

BIBLIOGRAFIA

- Angulo Arana, Pedro. La Función del Fiscal. Estudio comparado y aplicación al caso peruano. El Fiscal en el nuevo proceso penal. Jurista Editores. Primera edición. Lima, 2007.
- Bacigalupo, Enrique. Principios Constitucionales de Derecho Penal. Editorial Hammurabi. Buenos Aires-Argentina, 1999.
- Bobbio, Norberto. Presente y porvenir de los derechos humanos. En Norberto Bobbio. “El tiempo de los derechos”. Traducción de Rafael de Asís Roig. Editorial Sistema. Madrid, 1991.
- Burgos Mariños, Víctor. “Principios rectores del nuevo código proceso penal”. En Víctor Cubas Villanueva, Yolanda Doig Días y Fany Soledad Quispe Farfán (Coordinadores). El nuevo proceso penal. Estudios Fundamentales. Editorial Palestra. Lima-Perú, 2005.
- Cubas Villanueva, Víctor, “El Ministerio Público y la Investigación Preparatoria”. En Víctor Cubas Villanueva, Yolanda Doig Días y Fany Soledad Quispe Farfán (Coordinadores). El Nuevo Proceso Penal. Estudios Fundamentales. Editorial Palestra. Primera Edición. Lima, 2005.
- Cubas Villanueva, Víctor. El nuevo proceso penal. Teoría y práctica de su implementación. Editorial Palestra. Primera Edición. Lima, 2009.
- Cubas Villanueva, Víctor. El Nuevo Código Procesal: ¿Revolución Penal? Instituto de Defensa Legal. Lima, 2004.
- Cubas Villanueva, Víctor. Aportes para una reforma urgente del Ministerio Público. Instituto de Defensa Legal. Lima, 2003.

³³ Reyna Alfaro, Luis Miguel. El proceso penal aplicado. Guía de interpretación y aplicación de las normas del proceso penal para jueces y abogados litigantes. Editorial Gaceta Jurídica. Primera edición. Lima, 2006, p.27.

³⁴ Cubas Villanueva, Víctor. El nuevo proceso penal peruano, p.33.

- Gimeno Sendra Vicente, Pablo Morenilla Allard, Antonio Torres del Moral y Manuel Días Martínez. “Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional”. Editorial Colex. Madrid, 2007.
- Landa Arroyo, César. Bases Constitucionales del nuevo código procesal penal peruano. En César Landa Arroyo. Constitución y fuentes del derecho. Editorial Palestra. Primera edición. Lima, 2006.
- Landa Arroyo, César. Implementación de las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos en el ordenamiento constitucional peruano, en César Landa Arroyo. Constitución y Fuentes del Derecho. Editorial Palestra. Primera edición. Lima, 2006.
- Llacsahuanga Chávez, Richard y Aburto Garavito, Jhousy Margot. Las declaraciones de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico interno, en Libro Homenaje al 60 Aniversario de las Declaraciones de Derechos. Edición a cargo del Colegio de Abogados de Lima (versión electrónica). Lima, 2008
- Montero Aroca, Juan. Proceso Penal y Libertad. Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal. Editorial Thomson – Civitas. Primera Edición. España, 2008.
- Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. Derecho Penal. Parte General. 5º edición, revisada y puesta al día. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia-España, 2002.
- Quiroga León, Aníbal. Derecho Procesal Constitucional y el Código Procesal Constitucional. Editorial ARA Editores, Lima, 2005.
- Rosas Yataco, Jorge. Derecho Procesal Penal. Con aplicación al Nuevo Proceso Penal Decreto Legislativo N° 957. Editorial Jurista Editores. Primera Edición. Lima-Perú, 2009.
- Roxin, Claus. Derecho Procesal Penal. Editores del Puerto S.R.L. Edición en castellano. Traducción de la 25º edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B. J. Maier. Buenos Aires, 2000.
- Roxin, Claus. Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal. Colección Autores de Derecho Penal dirigido por Edgardo Alberto Donna. Editorial Rubinzal – Culzoni. Versión castellana de Oscar Julián Guerrero Peralta. Bogotá-Colombia 2004.
- Reyna Alfaro, Luis Miguel. El proceso penal aplicado. Guía de interpretación y aplicación de las normas del proceso penal para jueces y abogados litigantes. Editorial Gaceta Jurídica. Primera edición. Lima, 2006.