



*Universidad Nacional
"Pedro Ruiz Gallo"*



**ESCUELA DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO**

**"EL DERECHO A LA NO INCRIMINACIÓN Y LA TUTELA DE
LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS COMISARIAS
DE LIMA CENTRO"**

TESIS

**PRESENTADA PARA OBTENER EL GRADO DE MAESTRA EN DERECHO
CON MENCIÓN EN CONSTITUCIONAL Y GOBERNABILIDAD**

**PRESENTADA POR:
ISELA IRENE GONZÁLES TORRES**

**ASESOR
Dr. FREDY WIDMAR HERNÁNDEZ RENGIFO**

**LAMBAYEQUE - PERÚ
2017**

**“EL DERECHO A LA NO INCRIMINACIÓN Y LA TUTELA DE LOS
DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS COMISARIAS DE LIMA CENTRO”**

Abog. ISELA IRENE GONZÁLES TORRES
AUTOR

M.Sc. FREDDY WIDMAR HERNANDEZ RENGIFO
ASESOR

Presentada a la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. Para optar el Grado de: MAESTRA EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO CONSTITUCIONAL Y GOBERNABILIDAD

APROBADO POR:

DR. VICTOR ANACLETO GUERRERO
PRESIDENTE DEL JURADO

M. Sc. CARLOS CEVALLOS DE BARRENECHEA
SECRETARIO DEL JURADO

M. Sc. OSCAR VILCHEZ VELEZ
VOCAL DEL JURADO

Lambayeque, junio de 2017

DEDICATORIA:

Dedico esta tesis a mi pequeño hijo **Joaquín Delgado Gonzáles**, quién pese a no encontrarse físicamente a mi lado, su recuerdo me permitió obtener las fuerzas necesarias que condujo a la culminación de mi trabajo de investigación, teniendo la certeza de que, cada paso y etapa por la cual tenga que atravesar, estaré bendecida por su luz que solo Él desde el cielo a lado de Dios me proporcionan aquí en la tierra.

AGRADECIMIENTO:

Gracias a Dios por la vida que me otorga para cumplir una meta más, gracias a mis padres y hermanos por ser el motor de mi vida y parte muy importante de lo que hoy puedo presentar como tesis, gracias a mi esposo por su experiencia y por cada palabra de apoyo.

A mi asesor por su dedicación y guía, aspectos que permitieron ir perfeccionando mi trabajo de investigación y que hoy me permite compartirlo.

CONTENIDO

I.	ANÁLISIS DE OBJETO DE ESTUDIO.....	12
1.1.	UBICACIÓN.....	12
1.2.	CÓMO SURGE EL PROBLEMA.....	12
1.3.	CARACTERÍSTICAS DEL PROBLEMA.....	13
1.4.	PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	14
1.5.	JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO.....	14
1.6.	OBJETIVOS.....	15
1.6.1.	OBJETIVO GENERAL.....	15
1.6.2.	OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	15
1.7.	HIPÓTESIS.....	16
1.8.	VARIABLES.....	16
1.8.1.	VARIABLE INDEPENDIENTE.....	16
1.8.2.	VARIABLE DEPENDIENTE.....	16
II.	EL DERECHO A LA NO INCRIMINACIÓN	18
2.1.	ANTECEDENTES DEL PROBLEMA.....	18
2.1.1.	TESIS Y TRABAJOS NACIONALES.....	18
2.1.2.	TESIS Y TRABAJOS INTERNACIONALES.....	19
2.1.3.	EL DERECHO A LA NO AUTOCRIMACIÓN.....	20
III.	DERCHOS FUNDAMENTALES.....	30
3.1.	ANTECEDENTES.....	30
3.2.	DEFINICIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	31
3.3.	FASES HISTÓRICAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES.....	37
3.4.	LOS DERECHO FUNDAMENTALES EN EL ORDEN CONSTITUCIONAL (PERÚ)	44
3.5.	EL VALOR POSITIVO Y AXIOLÓGICO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	45
3.6.	CONTENIDO ESENCIAL.....	46
3.7.	ESTRUCTURA	46

3.8.	TITULARIDAD.....	47
3.9.	DIMENSIONES.....	48
3.10.	EFICACIA.....	48
3.11.	DIFERENCIA ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES Y DERECHOS PATRIMONIALES	50
3.12.	REFLEXIONES FINALES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	52
IV.	POLICIA NACIONAL DEL PERÚ	
4.1.	ROL DE LA POLICIA	53
4.2	ATRIBUCIONES DE LA POLICIA NACIONAL DEL PERÚ	54
4.3	ACTUACIÓN DE LA POLICIA NACIONAL EN LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR.....	59
V.	RESULTADOS Y DISCUSIÓN.....	71
5.1.	DISEÑO DE CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS	71
5.2.	POBLACIÓN Y MUESTRA.....	71
5.3.	MATERIALES, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.....	73
5.4.	TÉCNICAS	74
5.5.	INSTRUMENTOS.....	74
5.6.	ANÁLISIS ESTADÍSTICOS DE LOS DATOS	74
5.7.	ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS DATOS	74
	CONCLUSIONES	83
	RECOMENDACIONES	85
	REFERENCIAS BIBLIOGRAFÍAS	86
V.	ANEXOS.....	93
	ENCUESTA	93

RESUMEN

Las grandes manifestaciones del derecho a la presunción de inocencia es el derecho del ciudadano, en virtud de esa presunción, de no colaborar con su propia condena o más precisamente a decidir si desea voluntariamente introducir alguna información al proceso. Esta posibilidad de optar libremente no es otra cosa que el ejercicio de su derecho a declarar.

La presunción de inocencia que presupone un desplazamiento de la carga de la prueba hacia quien acusa, impide que se puede hacer recaer en el inculpado la obligación de declarar o de aportar elementos de prueba que lo lleven a su propia incriminación.

Puede decirse entonces que el derecho fundamental de presunción de inocencia junto al derecho de defensa, son los que dan origen al derecho a la no incriminación. No está demás remarcar que el fundamento de todos estos derechos se basan en la dignidad de la persona y su ubicación en un Estado Constitucional, todo lo cual caracteriza a los sistemas procesales garantistas.

Este derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable o simplemente el "derecho a la no incriminación" se presenta además como expresión del derecho de defensa: el imputado como sujeto del proceso tiene el derecho a defenderse y hacerse oír. El interrogatorio del procesado, es uno de los momentos procesales importantes, donde el imputado se enfrenta a la administración de justicia y todo lo que quiera o no quiera declarar debe ser tomado como un acto de autodefensa.

La no incriminación es una modalidad de autodefensa pasiva, es decir "la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede

recaer una imputación, quien, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguna a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable".

La prohibición de cualquier acto que perturbe o vicie esa voluntad de declarar o de no hacerlo y las salvaguardas necesarias para cautelar esta libertad es lo que se conoce como la garantía y/o derecho a la no incriminación.

Visto así, "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".

Una mirada analítica nos obliga además enmarcar el derecho a la no incriminación dentro de la libertad a declarar del ciudadano. Esta libertad tiene dos expresiones, una negativa y otra positiva, esto es, la libertad de declarar y de no hacerlo ⁴. Este último es lo que se conoce como el derecho a guardar silencio.

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".

Una declaración voluntaria que realice el inculpaado en su contra no infringe el derecho a la no incriminación, esta declaración es la confesión, que como sabemos tiene una importancia que no es "concluyente ni excluyente" en lo que actividad probatoria se refiere.

Si bien, algunos han señalado que el derecho a la no incriminación tiene la particularidad de ser un derecho renunciable. Esta renuncia está supeditada indefectiblemente a la voluntad de quien declara en su contra, es decir de quien confiesa libre y voluntariamente. El derecho a la no incriminación es el derecho que tiene una persona a no ser obligado a declarar, por lo cual al declarar libremente no existe el elemento de "obligatoriedad" que lo lleva a autoincriminarse, por lo que en estricto y en teoría nos encontramos fuera del ámbito de vulneración de este derecho, ya que el otro extremo, consentir a ser obligado a declarar es inadmisibile.

Sin embargo el tema de la libertad presenta múltiples aristas. El derecho a la no incriminación requiere de una libertad sin condicionantes de ningún tipo. Precisemos que la libertad no sólo se encuentra condicionada por la coacción física o moral.

Hoy, la tendencia del Derecho procesal Penal a inclinarse a un criterio de eficiencia ha llevado a formular los llamadas acuerdos de conformidad y de colaboración eficaz, que condicionan la libertad con la promesa de menor pena e incluso de exención. A ello hay que agregar que la coyuntura propia de un espacio amenazador, léase el oscuro cuarto de interrogatorio de una dependencia policial o militar, las intervenciones de las comunicaciones, etc., también limitan la capacidad de decidir.

KIRSCH ha sido claro al respecto al señalar que una política criminal dirigida a buscar la eficacia, "conducirá tarde o temprano a la desaparición del principio de la libertad e autoinculparse, que se perderá en el túnel de la historia jurídica para nunca más volver"

INTRODUCCIÓN

El ejercicio del derecho a declarar manifestado en un primer momento a través de lo que en nuestro medio se conoce como "declaración instructiva" o simplemente "declaración del imputado", según la nueva terminología del Código Procesal Penal, y posteriormente a lo largo del juicio oral, ha llevado a preguntarse cuál es su naturaleza y su tratamiento por parte del Juzgador.

Algunos autores defienden la posición de que es incompatible considerar a la declaración como medio de prueba, pues este tratamiento sólo es acorde con sistemas inquisitivos. "Justamente, si se reconoce al imputado su calidad de parte, no es lógico que puede sostenerse que sus declaraciones constituyan medios de prueba porque resulta que éstas son fuentes de conocimiento de los hechos ajenos a las partes. En cambio las declaraciones de los litigantes, siempre manifiestan un punto de vista parcial, concordantes con sus intereses, sin que naturalmente se les pueda exigir otra conducta, Por ende, tales deposiciones podrán ser objeto de análisis y prueba por el tribunal, pero por sí mismas, desde el momento que emanan de la parte interesada, nunca serían idóneos para formar el convencimiento del juzgador, ni en su favor ni en su contra, es decir, nunca podrán estimarse medios de pruebas."

No se puede dejar de lado que, según lo ha establecido la doctrina de la mínima actividad probatoria, para que las declaraciones policiales como sumariales adquieran un valor probatorio deben ser ratificadas en el juicio oral y si además, esa declaración es inculpativa, se exige que existan otros elementos de prueba que formen convicción sobre la participación.

Considerar a la declaración de aquella persona que se enfrenta al aparato punitivo del Estado principalmente como manifestación de derecho de autodefensa y no como un modo de probar la imputación trae como consecuencia una nueva actitud a la hora de interrogar a fin de no coactar la libertad de declarar. Tal como enseñaba CARRARA se debe preguntar no desde lo que se conoce sino que se debe preguntar "como si no supiera lo que sabe".

Sin embargo ello no significa desconocer que las declaraciones del inculpado "aparecen como dato trascendente para el conocimiento de la verdad. Bien entendido que ello precisa de garantías suficientes para preservar sus derechos constitucionales y asegurar, en lo posible, la autenticidad de lo declarado".

Este es el modo como nos alejamos de la concepción inquisitiva de búsqueda de la verdad, que justifica su accionar considerando a la confesión como el medio de prueba más eficaz a estos fines.

Actualmente considerar a la declaración como un acto de autodefensa es lo que resulta más compatible con la concepción garantista y personalista del proceso penal

CAPITULO I

ANÁLISIS DE OBJETO DE ESTUDIO

1. UBICACIÓN.

Distrito Fiscal de Lima.

2. CÓMO SURGE EL PROBLEMA.

El derecho a la no incriminación se encuentra reconocido en los Tratados Internacionales que nuestro país ha suscrito tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos.

En nuestro país, este derecho lo podíamos encontrar en la Constitución Política de 1979 en el artículo 2º inciso 20 numeral K; sin embargo este derecho no fue reconocido expresamente en la Constitución de 1993, limitando su contenido en su artículo 2º inciso 24 numeral G, a la prohibición de violencia física o moral.

En la actualidad muchos abogados e inclusive jueces y fiscales desconocen cómo aplicar tal derecho a pesar de encontrarse positivizado tanto a nivel constitucional y en la legislación procesal.

Este escenario se ha vuelto común sobre todo con los acontecimientos vividos en nuestro país en los últimos años donde se develó la existencia de la red de corrupción fujimontesinista difundándose a través de medios de comunicación los juicios de estos casos y el trabajo de las comisiones investigadoras del Congreso de la República.

En estos procesos se cuestionó públicamente el silencio de algunos investigados o su renuencia a colaborar con las investigaciones. Silencio que si bien puede ser éticamente

reprochable por la naturaleza de la acusación, es jurídicamente permitido.

Desde ese punto de vista, se puede apreciar en los tribunales a muchos jueces que sustentan sus resoluciones judiciales condenatorias con frases como "...teniendo en cuenta, que el procesado estuvo renuente a colaborar con la justicia a pesar de ser debidamente exhortado...", lo que evidencia un desconocimiento del derecho a la no incriminación.

En nuestra legislación procesal, la Ley ordenaba valorar los atestados policiales realizados en dependencias donde no se emplean mecanismos procesales tendientes a garantizar el ejercicio de este derecho.

Desde ese punto de vista, el derecho a la no incriminación se puede entender como el derecho que tiene el procesado de introducir en el proceso la información que considere conveniente.

3. CÓMO SE MANIFIESTA Y QUÉ CARACTERÍSTICAS TIENE EL PROBLEMA.

Este derecho, conocido también como el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable se presenta además como expresión del derecho de defensa: el imputado como sujeto del proceso tiene el derecho a defenderse y hacerse oír. El interrogatorio del procesado, es uno de los momentos procesales más importantes, donde el imputado se enfrenta a la administración de justicia y todo lo que quiera o no quiera declarar debe ser tomado como un acto de autodefensa.

El problema surge en que este derecho no ha sido desarrollado ampliamente en nuestro país, de tal forma que comúnmente se

obliga al imputado a cooperar en la formación de la convicción sobre sí mismo.

Muchos magistrados consideran aún vigente el art. 127 del código de Procedimientos Penales que señala “el juez le manifestará que su silencio puede ser tomado como indicio de culpabilidad” regulación coherente con el sistema inquisitivo que parte de una premisa de presunción de culpabilidad y que ha sido derogada tácitamente por la Constitución Política del Perú que establece la presunción de inocencia.

En nuestro país numerosas sentencias judiciales se sustentan en declaraciones bajo exhortación o en la presunción de culpabilidad del silencio del procesado, por lo cual a mi entender, devienen en inconstitucionales al violentar el derecho de no incriminación de los procesados.

4. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

¿En qué medida la aplicación del derecho a la no incriminación influyen en la tutela de los derechos fundamentales en las Comisarias de Lima Centro?.

5. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO.

Este derecho fundamental exige la prevalencia de la libertad y el necesario respeto a los derechos y garantías constitucionales del declarante, tanto en cuanto al hecho de declarar como al contenido de sus declaraciones; de tal forma que para Montón (1995)ⁱ, supone la invalidez de lo obtenido por vías directa o indirectamente vulneratorias.

Una declaración voluntaria que realice el inculpaado en su contra no infringe el derecho a la no incriminación, esta declaración es la confesión, que como sabemos tiene una importancia que no es "concluyente ni excluyente" en lo que actividad probatoria se refiere.

Para Binder (1993), la declaración del imputado no debe considerarse como fuente de prueba en sentido incriminatorio sino como expresión del derecho de defenderse; en otras palabras, el irrestricto respeto por el sistema garantista, implica que la declaración del imputado no pueda utilizarse en su contra; sus propios dichos deben de ser valorados de acuerdo a su posición adversarial, como un medio de defensa, cuestión distinta es que el imputado haciendo uso de su mejor derecho decida confesar su culpabilidad.

6. OBJETIVOS.

6.1.- OBJETIVO GENERAL.

Determinar en qué medida la aplicación del derecho a la no incriminación influyen en la tutela de los derechos fundamentales en las Comisarias de Lima Centro.

6.2.- OBJETIVOS ESPECÍFICOS.

- Desarrollar los fundamentos y alcances del derecho a la no incriminación desde los ámbitos constitucional y procesal penal.
- Identificar los problemas que presenta este Derecho tanto a nivel teórico como práctico.

- Proponer los mecanismos procesales que garanticen el respeto a este derecho, según la experiencia del Derecho Comparado.

7.- HIPÓTESIS.

Si, se aplica el derecho a la no incriminación según los nuevos paradigmas del Derecho Constitucional y del Derecho Procesal Penal en nuestro ordenamiento jurídico; entonces, se influiría significativamente en la tutela de los derechos fundamentales en las Comisarias de Lima Centro.

8.- VARIABLES.

8.1.- VARIABLE INDEPENDIENTE.

X = El derecho a la no incriminación

Indicadores e Índices

INDICADORES		ÍNDICES
X ₁	Mecanismos procesales de protección	Contenido del Derecho
		Características
		Aspectos problemáticos de su aplicación
		Nivel de aplicación en la realidad peruana

8.2.- VARIABLE DEPENDIENTE.

Y = Tutela de los Derechos Fundamentales en las Comisarias de Lima Centro en el periodo 2014.

Indicadores e Índices

INDICADORES	ÍNDICES
-------------	---------

Y ₁	Derechos Fundamentales	Nivel de reconocimiento de los Derechos en las Comisarías
		Casos en los que se vulneran derechos
		Derechos vulnerados
Y ₂	Labor Policial	Funciones
		Características
		Alcances

CAPÍTULO II

EL DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN

1. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA.

Con relación a la temática estudiada, se ha procedido a investigar las publicaciones existentes, consultando fuentes de información primaria, secundaria. Al respecto se han encontrado los siguientes trabajos:

1.1.- TESIS Y TRABAJOS NACIONALES.

- Tesis: El Derecho a la no incriminación y su aplicación en el Perú. Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho Penal en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Autor: Fany Soledad Quispe Farfán

Resumen: El derecho a declarar y el derecho a la no incriminación se fundamenta en la dignidad de la persona, al ser reconocido como sujeto del proceso. Es un derecho específico que se desprende del derecho de defensa y la presunción de inocencia, comprende el derecho a ser oído, es decir de incorporar libremente al proceso la información que se estime conveniente y el derecho a guardar silencio, esto es que su negativa a declarar no será tomado como un indicio de culpabilidad.

El derecho de no incriminación implica que la declaración del inculpado no debe ser considerada como un medio de prueba sino como un acto de autodefensa. La presencia de un abogado defensor al momento de declarar es el complemento necesario para cautelar este derecho.

Conclusión: Si bien la expresión mínima del derecho a la no incriminación que no requiere mayor discusión, es la

prohibición de violencia o tortura contra las personas a fin de obtener una declaración, se ha demostrado que las autoridades policiales aún siguen recurriendo a estos mecanismos a fin de obtener una confesión, ello debido a la desinformación sobre este derecho, la ausencia de un abogado defensor y a la falta de obligación de informar de que se goza de este derecho.

1.2.- TESIS Y TRABAJOS INTERNACIONALES.

- Tesis: Análisis jurídico del derecho del imputado a la no incriminación y su comparación al Art. 81 del Código de Procedimiento Penal. Tesis para optar el grado de abogado de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador en la Universidad Técnica de Machala.

Autor: Miguel Ángel Garzón Villacrés, Francisco Genaro Suarez León, Hamilton Edwin Aguilar Yunga

Resumen: El derecho a la no incriminación se encuentra reconocido en Tratados Internacionales tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos, nuestra Constitución Política del Estado, y nuestro nuevo Código de Procedimiento Penal: el Contenido del derecho a la no incriminación es la prohibición de violencia física o moral.

A pesar de ello y de encontrarse positivizado tanto a nivel constitucional, en la legislación procesal, pero existe en la práctica cotidiana un desconocimiento del contenido de este derecho.

Esta situación ha sido puesta de relieve con los últimos acontecimientos que ha vivido nuestro País que develaron la

existencia de la red de corrupción como el caso Cabrera y la difusión por medios de comunicación tanto de juicios por estos casos como por el trabajo de las comisiones investigadoras del Congreso de la República.

En estos procesos se ha cuestionado públicamente el silencio de algunos de los investigados o su renuencia a colaborar con las investigaciones. El silencio que si bien puede ser éticamente reprochable por la naturaleza de la acusación es jurídicamente permitido.

Conclusión: El derecho a declarar y el derecho a la no incriminación se fundamenta en la dignidad de la persona, al ser reconocido como sujeto del proceso. Es un derecho específico que se desprende del derecho de defensa y la presunción de inocencia, comprende el derecho a ser oído, es decir de incorporar libremente al proceso la información que se estime conveniente y el derecho a guardar silencio, esto es que su negativa a declarar no será tomado como un indicio de culpabilidad.

2. EL DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN.

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. El imputado es un sujeto del proceso, y como tal, debe ser tratado de conformidad con el principio acusatorio.

La declaración del imputado no puede considerarse como fuente de prueba en sentido incriminatorio sino como expresión del

derecho de defenderse; en otras palabras, el irrestricto respeto por el sistema garantista, implica que la declaración del imputado no pueda utilizarse en su contra; sus propios dichos deben de ser valorados de acuerdo a su posición adversarial, como un medio de defensa, cuestión distinta es que el imputado haciendo uso de su mejor derecho decida confesar su culpabilidad.

El derecho a la no incriminación deriva del respeto a la dignidad de la persona, que constituye una parte esencial del proceso en un Estado de Derecho; se configura como una de las manifestaciones del derecho de defensa, y en particular, es el deber que impone la norma de no emplear ciertas formas de coerción para privar al imputado de su libertad de decisión como informante o transmisor de conocimientos en su propio caso; reside, por último, en evitar que una declaración coactada del imputado pueda ser valorada como elemento de cargo en su contra. Si resultara externo y coactivo el estímulo que consiguiera afectar y forzar la declaración del imputado, éste adolecerá de nulidad absoluta. Puede decirse que el derecho a no autoincriminarse tiene como fundamento el derecho natural que toda persona posee de intentar ocultar sus faltas, pues no podría exigírsele al ciudadano que vulnere su propia esfera jurídica a través de la declaración en su contra.

El derecho a la no autoincriminación cuenta con diversas expresiones:

2.1. La exhortación como salvedad al derecho a la no autoincriminación.

La exhortación aparece definida en el diccionario de la lengua española como el acto de mover o estimular a alguien, con palabras, razones y ruegos a que haga o deje de hacer algo.

Antes de comenzar la declaración del imputado se le advertirá que tiene derecho a abstenerse de declarar y que ésta decisión no

podrá ser utilizada en su perjuicio. Lo dicho concuerda con lo señalado en el artículo 71º inciso 2 del Código Procesal Penal, referido al nemo tenetur se ipso accusare (derecho a no autoinculparse) que implica la facultad del imputado de abstenerse de declarar; esto quiere decir que la voluntariedad de la declaración del imputado no puede ser eliminada por medio alguno, y que su libertad de decisión durante su declaración no puede ser coactada por ningún acto o situación de coacción física o moral, por la promesa ilegítima de una ventaja o por el engaño.

No obstante ser obligatorio informar al imputado de estas prevenciones, se subentiende que éste puede renunciar a ellas voluntariamente en cualquier momento, y puede declarar en el caso de que esté guardando silencio, o puede guardar silencio en el caso de que se encuentre declarando.

El principio de Estado de Derecho plantea la asunción de un rol garante respecto a la tutela de este derecho en el propio Estado, evitando de que el ciudadano imputado se autoinculpe sin haber sido debidamente instruido de los derechos procesales que le asisten, dentro de ellos, la ausencia de efectos negativos por el ejercicio de su derecho a no declarar.

Las exhortaciones que pueden efectuar el fiscal y/o el juez, son admisibles porque el sistema ha generado un Derecho penal premial no solo favorable a la sociedad, sino al justiciable mismo; también porque nuestro sistema jurídico posee una política criminal propiciatoria del arrepentimiento y la colaboración.

En principio, así como se establece la obligación de informar de los derechos beneficiosos a la situación del justiciable, resulta lógico y razonable que se le informe también de los beneficios que, considerados en la ley, le podrían favorecer en el caso de expresar la verdad o manifestar su confesión o, mejor aún, actuar como colaborador de la justicia.

Probablemente tal exposición de derechos y premios sería ociosa o constituiría una presión inaceptable en ciertas condiciones lógicas; por ejemplo, si se tratara de un imputado cuya inocencia aparece clara o de otra persona contra la cual no existen más que indicios de su responsabilidad sin mayor corroboración.

El inciso 4 del artículo 87º del Código Procesal Penal peruano prescribe que solo el juez y el fiscal, precisamente durante la investigación preparatoria, son las únicas autoridades que podrán hacerle ver al imputado los beneficios legales que podría obtener si coopera al pronto esclarecimiento de los hechos delictivos.

2.2. Prohibición de realización de preguntas capciosas.

Una pregunta capciosa constituye una fórmula engañosa diseñada para arrancar al declarante o deponente una respuesta que lo compromete o le causa perjuicio; o que si hubiera sido clara, no hubiera tenido el mismo resultado; si lo respondido y que puede ser incriminante no habría sido espontáneo ni voluntario carecería de legitimidad.

En el interrogatorio, las preguntas tienen que ser claras y precisas, no podrán formularse preguntas ambiguas, capciosas o sugestivas; no podrá coactarse de modo alguno al imputado, ni inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad, no se le harán cargos o reconvenciones tendientes a obtener la confesión, tal como lo prohíbe el inciso 4 del artículo 88º del Nuevo Código Procesal Penal. Las preguntas que se dirijan al imputado, deben ser pertinentes, relevantes o importantes, esto es, referidas exclusivamente al hecho punible; en otras palabras, al objeto del procedimiento y sus circunstancias concomitantes, de conformidad con los fines del proceso penal. En tal medida, la declaración del imputado debe prestarse en un ambiente de plena libertad, pues, su declaración no puede ser objeto de presión, coacción o de cualquier otro método vedado que perturbe su

normal desarrollo, y si el imputado se niega a declarar total o parcialmente, se hará constar en el acta correspondiente.

Se encuentran prohibidas las inducciones y sugerencias que tuerzan la voluntad del procesado, quien resultaría constreñido o presionado, en tanto lo obtenido resultaría ser producto de la instigación de tercero; ahora bien, en este punto, consideramos que el límite es lo que se considera coactivo y, por ende, no toda persuasión debe considerarse prohibida como lo hemos expresado en el punto anterior.

2.3. El derecho a guardar silencio.

Otra manifestación del derecho a la no autoincriminación es el derecho a mantenerse silente. El imputado tiene derecho a no declarar sin que de aquello puedan extraerse consecuencias negativas en su contra; esto constituye un derecho razonable que se colige de la prohibición de autoincriminación, nacida originalmente para evitar la tortura. Si el imputado decide guardar silencio, no puede, a partir de ello, concluirse su culpabilidad, puesto que lo que ejerce es un derecho (reconocido por el inciso 2 del artículo 87º del Código Procesal Penal) que desde un inicio debe ser informado al justiciable por la policía o el representante del Ministerio Público, ya que el común de las personas ignoran que pueden usar del silencio como defensa y que ello no les causará perjuicio alguno.

El derecho a mantenerse silente puede ser ejercido de modo absoluto (no se declara) o parcial (negativa a declarar respecto a determinado aspecto) y es de carácter disponible, de modo tal que si –luego de producida la negativa- el imputado desea declarar, podrá hacerlo sin ninguna restricción.

El derecho a la presunción de inocencia importó la abrogación del artículo 127º del Código de Procedimientos Penales de 1940 que entendía que el silencio del imputado podía ser tomado como

indicio de culpabilidad, esto implica que al existir un equilibrio entre el interés de la sociedad y del individuo, el juzgador como instrumento del derecho tiene el deber de hacer justicia y no meramente condenar, pues busca la verdad de los hechos sin tener que violentar los derechos de la persona, es por eso que en la actualidad la presunción de la inocencia “esta reconducida exclusivamente a la actividad probatoria y dentro de ella, fundamentalmente a la libre valoración de la prueba, en donde adquiere una singular relevancia práctica”.

El silencio es neutro, es decir, no es la afirmación ni la negación de lo que se preguntó; esto no significa que el juzgador esté impedido a indagar el motivo por el cual el imputado calla, ya que esto podría revelar algo.

El juez debe de evaluar el interrogatorio en su integridad, porque puede darse el caso de que el procesado sólo haya guardado silencio en algunas de las preguntas que se le formularon.

La estimación sobre el silencio del imputado debe ser apreciado durante el transcurso del proceso y antes de que se expida la sentencia. El sujeto puede hacer valer su derecho incluso ante una pregunta que le formule la policía y que tuviere por objeto determinar su responsabilidad en la comisión de un hecho punible.

En la legislación procesal penal peruana se observa un implícito reconocimiento a este derecho en los artículos 127º, 132º y 245º del Código de Procedimientos Penales. Los artículos 127º y 245º plantean la posibilidad de dejar constancia del silencio del acusado en su declaración instructiva o en el debate oral, sin establecer consecuencias negativas a tal silencio; mientras el artículo 132º prohíbe el empleo de promesas amenazas u otros medios de coacción contra el inculpado; el Juez –dice el artículo en mención-, debe exhortar al inculpado para que diga la verdad, pero no podrá exigirle juramento ni promesa de honor.

El tema de 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 autoinculpatorio.

Quienes defienden el derecho a la adecuada defensa sostienen que no se debe constreñir este derecho, que constituye en realidad, una modalidad o una manifestación de la legítima defensa, que está estrechamente vinculado con otro, el de la presunción de defensa. Si al inculpado se le impusiera el deber de decir la verdad, renunciaría entonces a su defensa en razón de la verdad, y no en razón de su libertad, y para él, como para cualquiera estos dos valores están por encima de cualquier otro, por eso se afirma que al inculpado no se le debe convertir en fuente de prueba contra sí mismo.

Según esta posición, el juez, no podría ni debería inferir consideración alguna sobre el silencio del inculpado, porque el derecho de guardar silencio en la averiguación previa o en el proceso está resguardado por la Constitución Política; este derecho pertenece a la estrategia de defensa adecuada, y por tanto, no debería dársele valor alguno, y menos uno indiciario para formar la presunción de culpabilidad; el inculpado, bajo ese resguardo constitucional, podrá consultar con su abogado si, para los efectos de la estrategia de la defensa, le es conveniente no declarar o inclusive mentir.

Existe una segunda posición que considera que sí debe dársele al silencio el valor de indicio para formar presunción de su culpabilidad; esta posición es contraria a la garantía del derecho a la defensa, pues presiona al inculpado a declarar, lo que constituye una coacción a su voluntad; esta tendencia señala

además que sería posible otorgarle valor al silencio del imputado, considerándolo como un antecedente que serviría a los jueces para determinar la culpabilidad del imputado, ya que, si se lo ha sometido a un procedimiento que, evidentemente, restringe bastante sus derechos, no es lógico que un individuo decida mantener reserva respecto de las posibles explicaciones de los hechos que se le imputan; por lo que sería lógico asumir que el silencio importaría, en cierta medida, una imposibilidad de explicación; en consecuencia, responsabilidad en la comisión de los hechos imputados.

En la práctica, son pocos los abogados que se atreven a proponer a sus patrocinados que utilicen su derecho al silencio, pues se considera que será tomado por el juez de manera negativa y que sembraría en su ánimo el escrúpulo de la culpabilidad del inculpado; por otra parte, algunos jueces, si bien no le dan en apariencia ningún valor probatorio al silencio o a la negativa de colaborar con las autoridades por parte del imputado, consideran que tal proceder no es el correcto, pues si se considerara inocente el inculpado no tendría nada que ocultar, y si bien, en las sentencias no hacen alusión alguna a esta consideración, muchos jueces le dan mayor valor a otras pruebas, sin que en realidad las tengan, para fundamentar su convicción de la responsabilidad del inculpado.

2.4. El denominado derecho a mentir.

Si bien la declaración es expresión del derecho de defensa, también lo es el guardar silencio y ambas posibilidades son igualmente legítimas, inclusive, matizar entre las dos, o sea responder algunas preguntas y no otras podría ser admisible; la mentira, en cambio, aparece como algo torcido y malsano, fundamentalmente atentatorio contra el modelo, pues destruye la confianza en el mismo e introduce el descreimiento en la buena fe. Por ello mal puede hablarse de un derecho a mentir y, peor aún,

que sean los magistrados quienes sacralicen tan incoherente posibilidad.

El denominado derecho a mentir derivado del derecho a la no incriminación, es defendible fundamentándose esta postura en el derecho a la inviolabilidad de la personalidad, a la defensa y a la libertad.

Aunque la existencia de un “derecho a mentir” es problemática y su admisión es discutida en la doctrina; sin embargo, puede constituir una forma a través de la cual el imputado puede tratar de exculparse o también de no declarar contra sí mismo; el único límite que tendría el derecho a mentir vendría conformado por el interés de terceros, ya que el imputado no puede –sobre la base del derecho a mentir- emitir declaraciones autoexculpatorias calumniando a terceros.

Consideramos que el problema se resuelve en términos de la coherencia del sistema; por un lado, no parece lógico considerar que el inculcado está obligado a colaborar con la justicia si el hacerlo lo perjudica; tampoco estaría obligado a mentir en su defensa, si se considera que tiene derecho a callar y una presunción de inocencia que lo favorece; todo lo cual es legal y se puede ejercitar sin menoscabar la buena fe. Inclusive, si no hay obligación de juramentar, para el inculcado, consideraríamos que existe más espacio aún, para el ejercicio de una defensa estratégica pues cuando admite declarar, ello no lo somete, necesariamente, a tener que contestar todas las preguntas que se le hagan y, por tanto, podría ser que conteste lo que le favorezca y no lo que le perjudique (artículo 88, inciso 7, última parte del Nuevo Código Procesal Penal). Igualmente, podría eludir las preguntas incómodas, ser ambiguo o poco claro en sus respuestas o hasta simbólico, conforme aparezca tolerancia para ello, sin necesidad de mentir. Por último, el mentir es comprensible si se tiene en cuenta el desconocimiento del

derecho por parte del imputado, las limitaciones de su defensor o el drama personal y subjetivo que enfrenta, así como por la presunta entidad de la pena que le amenace.

Pero, que se entienda y explique la situación que propició la mentira y que, por tal sensibilidad humanitaria, la norma no proceda contra él, en ningún sentido, puede entenderse como la generación de un derecho a mentir, puesto que tal accionar en ningún caso deja de ser reprehensible moralmente, y más aún malicioso y lesivo a los fines de la justicia, contrario al derecho de los sujetos procesales agraviados y a los fines concretos del derecho procesal penal; con mayor razón, si el sistema ofrece espacios suficientes para ejercer una amplia defensa, bajo el principio de la buena fe procesal.

CAPÍTULO III

DERECHOS FUNDAMENTALES

1. Antecedentes.

El término derechos fundamentales hay que entenderlo como derechos humanos positivados en el plano estatal (Martínez, 1992)¹. Así, los derechos humanos y los fundamentales coinciden en el sujeto, es decir, en tener como titulares a la persona y a los grupos, aunque el concepto de los fundamentales tiene como elemento central la norma; pudiendo concluir que, normalmente, aluden a derechos que se hallan en los niveles más altos de todo ordenamiento jurídico debido a su contenido y no al contrario.

Cuando hablamos de derechos fundamentales la expresión es muy precisa, siendo los derechos que se recogen en las Constituciones de los Estados y son la base para el ordenamiento jurídico y el sistema de garantías correspondiente. No son universales ni gozan de generalidad, porque su reconocimiento, protección y eficacia están circunscritos a los límites territoriales del Estado constitucional al igual que a la vigencia de la Constitución de la que se trate (Martínez, 2001)².

2. Definición de los Derechos Fundamentales.

1

Martínez De Vallejo Fuster, B. Los derechos humanos como derechos fundamentales. Del análisis del carácter fundamental de los derechos humanos a la distinción conceptual. En Ballesteros, J. (ed.), Derechos humanos. Concepto, fundamentos, sujetos, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 42 - 43.

2

Martínez De Pisón, José. Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales. Madrid, Tecnos, 2001, pp. 165-168.

Si bien no interesa efectuar un deslinde terminológico de los conceptos aquí involucrados, se podría decir, en el plano general, en este sentido, presentamos diferentes definiciones de derechos fundamentales, para arribar a la posición doctrinal adherida por el Tribunal Constitucional para mejor comprensión temática.

Para Miranda (2005)³ Los derechos fundamentales o derechos constitucionales son los derechos de las personas frente al Estado consignados en la Constitución, en la ley fundamental.

Pérez Luño (2011) establece que los derechos fundamentales son “Un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”.

Peter Haberle (1997) estima “Los derechos fundamentales son la expresión de un ordenamiento libre ya realizado y al mismo tiempo son el presupuesto para que este se reconstruya continuamente a través del ejercicio individual de las libertades por parte de todos”

Oré Guardia (1999)⁴, penalista y procesalista reconocido precisa “los derechos son las facultades que asisten al individuo para exigir el respeto o cumplimiento de todo cuanto se establece y reconoce en su favor en el ordenamiento jurídico vigente. Por su parte, las libertades abarcan un campo más amplio que el de los derechos, y su esencia es fundamentalmente política. Finalmente, las garantías son el amparo que establece la Constitución y que

3

Miranda, Jorge. Derechos fundamentales y derecho electoral. Instituto de Investigaciones Jurídicas. DR © 2005. Universidad Nacional Autónoma de México. Primera edición, 2005, p. 112

4

Arsenio Oré Guardia, Manual de Derecho procesal penal, 2ª ed., Ed. Alternativas, Lima, 1999.

debe prestar el Estado para el efectivo reconocimiento y respeto de las libertades y derechos de la persona individual, de los grupos sociales, e incluso del aparato estatal, para su mejor actuación y desenvolvimiento".

Por su parte, Gómez Colomer (1996)⁵ señala que "los derechos fundamentales pueden ser, y de hecho son al mismo tiempo, aunque considerados desde un punto de vista distinto, libertades públicas, garantías institucionales o principios procesales". Y, agrega que "los derechos fundamentales procesales, entendidos en sentido amplio, incluyen también a los principios procesales, garantías institucionales y libertades públicas reconocidos por la Constitución y que tienen aplicación en el proceso penal".

Ante la falta de una definición consensuada, es necesario desarrollar el tema en base a una noción que nos servirá de guía, para ello nos vamos a remitir a la señalada por el Tribunal Constitucional Peruano, una definición que a nuestro criterio contiene efectos operativos. Así esbozaremos, que a saber de muchos juristas como Javier Murguena, Pérez Luño entre otros reúne los elementos más importantes:

La concepción dualista de Peces-Barba (2008)⁶ sobre los derechos fundamentales aparece como una alternativa para superar la polémica surgida entre el iusnaturalismo y el positivismo a la hora de definir esos derechos. Para el iusnaturalismo (de corte ontológico), los derechos fundamentales lo son y, por tanto, integran el derecho, independientemente de su recepción positiva por parte del Estado, ya que son anteriores a él

y derivan de la propia naturaleza del ser humano. Para el positivismo (voluntarista), los derechos fundamentales lo son siempre y cuando hayan sido positivizados como tales por el poder, a través de una norma jurídica creada según el criterio de competencia y el procedimiento previamente establecido en el propio Derecho.

Peces-Barba (1973)⁷ en momentos iniciales de su concepción dualista los derechos fundamentales los definían así:

“Facultad que la norma atribuye de protección a la persona en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad, a su participación política o social, o a cualquier otro aspecto fundamental que afecte a su desarrollo integral como persona, en una comunidad de hombres libres, exigiendo el respeto de los demás hombres, de los grupos sociales y del Estado, y con posibilidad de poner en marcha el aparato coactivo del Estado en caso de infracción.”

En sus “Notas sobre el concepto de derechos fundamentales” (1977-1978) que constituye una de las obras donde supera sus aportaciones iniciales y donde presenta una elaboración más consolidada sobre su concepción dualista. Critica al planteamiento iusnaturalista por ser demasiado idealista y vivir “separado de la realidad social con la que no se contrasta”, pudiendo ser utilizado incluso como “el enmascaramiento de una tiranía de hecho”. Peces-Barba (1973)⁸ se opone al iusnaturalismo porque considera que “el fundamento absoluto, abstracto de los derechos fundamentales es imposible”, ya que se han ido

⁷ Peces-Barba, Gregorio. Derechos Fundamentales, I. Teoría General. Guadiana de Publicaciones, Madrid, 1973, pp. 93-94. En Bustamante Alarcón, Reynaldo. Entre La Moral, La Política y El Derecho, Op. Cit. p. 458.

⁸ Peces-Barba, Gregorio. Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado. 1998. España, p. 37. Citado por Cervero de la Peña, Iván. Responsabilidad social corporativa y protección de derechos fundamentales: La matriz de los derechos constitucionales. Revista de Asesoría Especializada, Informativo Caballero Bustamante, 1ra. quincena, Mayo 2011, p.1

modificando tanto en contenido como en número, y continúan modificándose, según el cambio de las condiciones históricas: necesidades, intereses y medios disponibles para su realización, entre otras.

También formula una crítica contra el positivismo voluntarista por considerar que, si bien un derecho fundamental requiere ser positivizado para ser considerado como tal, también es verdad que el poder político no puede positivizar como derecho fundamental a cualquier contenido normativo. De hacerlo podríamos estar ante una norma jurídica injusta o ante una norma que no se corresponde con la tradición cultural y humanista de los derechos fundamentales.

Lo relevante es que lo explica de esta manera:

Los valores de los derechos fundamentales tienen un contenido propio, no abstracto y genérico, ni permanente y vinculado a una problemática y cuestionada naturaleza humana, sino creación del hombre en la historia moderna en unas condiciones sociales, económicas, culturales y políticas dadas. Pero, con esos condicionamientos históricos, tienen un valor real, una finalidad propia: servir al desarrollo de la dignidad humana, y unas técnicas de organización propias, para conseguir esos fines, desde las libertades civiles y políticas hasta los derechos económicos, sociales y culturales. El Poder, punto de referencia último de todo sistema de Derecho positivo, podrá o no incorporar esos valores a sus normas, o podrá incorporarlos en parte, rechazando otra parte (por ejemplo sólo los derechos civiles y políticos o sólo derechos económicos, sociales o culturales) y esos valores no serán Derecho si no están incorporados a un sistema de Derecho positivo. Pero el Poder, que puede dar normas formalmente válidas, no puede, por su voluntad, crear fuera del contexto, e incluso con principios contradictorios, derechos fundamentales.

Puede eso sí, en el propio contexto de los valores de los derechos fundamentales crear un nuevo derecho fundamental, y en ese sentido incluso, el Derecho positivo puede ser, un elemento de progreso en la teoría de los derechos fundamentales. Pero no puede bautizar como derecho fundamental a aquello que está en las antípodas de estos valores creados en el mundo moderno, que no son permanentes, que son históricos, pero que no son arbitrarios.” (Bustamante, 1999)⁹

Nuestro autor considera que su concepción dualista sobre los derechos fundamentales puede ser un camino más fructífero para formular y entender el concepto de este tipo de derechos, y con ello superar los reduccionismos iusnaturalistas y positivistas (Bastamente, 1999). Para ello considera que “los derechos fundamentales no son derecho, sí son sólo valores, sin incorporar al derecho positivo (es decir, si es que no han sido positivizados) como pretenden los iusnaturalistas, ni es tampoco derecho fundamental cualquier derecho válido, sea cual sea su contenido, como pretenden los positivistas voluntaristas.”

Cavero de la Peña, entre otros, afirma que una definición bastante respetada acerca de los derechos fundamentales, es aquel que los reconoce como disposiciones que en el marco de la vida en sociedad tienen una doble relevancia: Tanto en el campo jurídico como en el moral; y por dicha razón, son considerados como normas de contenido básico e instrumento necesario para que los individuos desarrollen en la sociedad todas sus potencialidades. Así los derechos fundamentales expresan la moralidad y juridicidad básica de cada sociedad (Peces-Barba, 1973)¹⁰

9

Bustamante Alarcón, Reynaldo. Una Breve Aproximación A Los Derechos Humanos" (en línea) Espacio de publicaciones de la página web del estudio jurídico Reynaldo Bustamante & Asociados.

10

Peces-Barba, Gregorio. Derechos Fundamentales, I. Teoría General. Guadiana de Publicaciones, Madrid, 1973, pp. 93-94. En Bustamante Alarcón, Reynaldo. Entre La Moral, La Política y El Derecho, Op. Cit. p. 458.

Continúa el citado autor: “los contenidos señalados y doble relevancia, convierten a los derechos fundamentales en normas supremas y de obligatorio cumplimiento en todo el ámbito de la sociedad. Generándose así lo que se denomina como ‘la fuerza expansiva’ o efecto de ‘irradiación’ de los derechos fundamentales, en el sentido de que sus efectos irradian, impregnan e inundan todo el conjunto del sistema” (Prieto, 2004)¹¹ y para finalizar señala que “Ese efecto de irradiación o expansión de los derechos fundamentales, hace patente su presencia en la solución de los conflictos sociales, pues como lo dijimos al inicio de este trabajo, uno de los objetivos principales al activarse la protección de los derechos fundamentales es evitar situaciones de abuso de poder u otras irregulares, sea de particulares o del Estado.” (Cavero, 2011).

Como vemos, definir los derechos fundamentales es tan complejo como tratar de definir al ser humano; las definiciones pueden hacer énfasis en lo jurídico, lo ético, lo político, lo filosófico, lo antropológico, lo religioso, etc., y siempre serán incompletas, porque tratan de recoger en pocas palabras la riqueza del hecho mismo de la persona. Aun así, es necesario intentar una definición con la cual nos sintamos cómodos e identificados.

Cabe indicar el Tribunal Constitucional Peruano, siguiendo la posición de Peces – Barba, posición que hemos considerado pertinente citar ut supra, señala que el concepto de derechos fundamentales comprende “tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del ordenamiento, y es

instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades. Los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica.”

Continúa el Tribunal, consecuentemente, si bien el reconocimiento positivo de los derechos fundamentales (comúnmente, en la norma fundamental de un ordenamiento) es presupuesto de su exigibilidad como límite al accionar del Estado y de los propios particulares, también lo es su connotación ética y axiológica, en tanto manifiestas concreciones positivas del principio-derecho de dignidad humana, preexistente al orden estatal y proyectado en él como fin supremo de la sociedad y del Estado. (Artículo 1º de la Constitución). (Tribunal Constitucional, 2005)¹²

Y finaliza, ocurre que los derechos constitucionales siempre responden a ciertos principios básicos que les dan sustento, y en tal sentido concordamos con Peces- Barba cuando sostiene acertadamente que la idea central que podemos encontrar en todos los momentos históricos, será la dignidad humana. En cada tiempo se realiza de acuerdo con las condiciones económicas, sociales, culturales y políticas y solo en el mundo moderno a través de los derechos fundamentales. (Tribunal Constitucional, 2005).

3. Fases históricas de los derechos fundamentales

3.1.- Primera fase: Un primer gran ciclo histórico de los derechos fundamentales se dio con las revoluciones burguesas del ciclo XVIII, la revolución francesa y la americana, hasta la segunda guerra mundial. La Revolución Francesa, “(...) para los

constituyentes franceses en aquellos momentos históricos, confiar las libertades y los derechos a la historia habría significado consentir que las prácticas sociales e institucionales del antiguo régimen continuasen ejerciendo su influencia tras la revolución, y por ello, todo el proyecto revolucionario se construye a través de la contraposición radical al pasado del antiguo régimen, en la lucha contra la doble dimensión del privilegio y particularismo y, por lo tanto, a favor de los nuevos valores constitucionales: fundamentalmente, los derechos naturales e individuales y la soberanía de la nación". De ello podemos señalar que la Revolución Francesa, se encuentra bajo una fuerte influencia de la combinación de la doctrina individualista, caracterizada por que el individuo se centra en el ordenamiento jurídico como sujeto único de derechos, y el estatalismo, donde el estado es la condición para la creación y tutela de los derechos y libertades de los individuos, y anterior al estado no puede existir derechos, eliminando de sus horizontes todo elemento historicista, hubiera significado, confiar los derechos y libertades del antiguo régimen, es decir aceptar aquellas prácticas sociales y constitucionales de la tradición monárquica, por ello la revolución se dirige a destruir el pasado, siendo el enemigo para la revolución "los estamentos de los privilegiados", lucha que tiene una doble dimensión: "la eliminación de privilegios y el particularismo", pues tales privilegios impedían al pueblo la afirmación de sus derechos individuales, por lo que la lucha daría paso a favor de los derechos naturales individuales y la soberanía de la nación. Pues la novedad de la revolución es aparecer de manera imprevista una sociedad civil unificada en la perspectiva de la voluntad política constituyente como pueblo o nación, es decir la nación ejerce el poder constituyente sobre todo cuando decide un nuevo orden social-político que sustituye al viejo y el legislador elegido democráticamente representa la voluntad general del pueblo (interprete legítimo del pueblo) como una garantía de que nadie ejerza coacción a otros sino en nombre de la ley general

abstracta. Y, contra los privilegios se afirma la autoridad del legislador soberano, que con el instrumento de la ley hace posible los derechos en sentido individual, y el legislador no puede lesionar los derechos y libertades porque es necesariamente justo, y al mismo tiempo hace posible la representación de la unidad del pueblo, lo que fue concretado tal como aparece en “La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789”. La ley general y abstracta es la primera condición para la existencia de los derechos y libertades en sentido individualista y en ausencia del legislador firme y autorizado se caería en el detestable pasado de la sociedad de privilegios, pues cuanto más fuerte es el legislador refleja la voluntad general y en consecuencia se encuentra más seguras las libertades, por lo que en materia de derechos y libertades no vale la 3 voluntad de unos contra otros, pues son abolidas las dominaciones de carácter personal porque solo la ley puede disponer de los individuos. Por tanto la revolución significo derrocar el régimen antiguo y dar paso a la soberanía del pueblo, entendida como poder del pueblo de decidir sobre la constitución y sobre las reglas del juego, está desconfía de los poderes constituidos y prohíbe cualquier control de constitucionalidad. Mientras en la Revolución Americana, “(...) no tenía ningún antiguo régimen que derribar. Ciertamente, también esta revolución tenía que provocar su propia ruptura, que en este caso consistía en la separación definitiva de la madre patria, en la proclamación de la independencia, pero se trataba de algo bien distinto, que no implicaba en absoluto la necesidad de definirse respecto al pasado, como sucedía en el caso de la revolución francesa”. La cultura americana de derechos y libertades del hombre, se encuentra bajo la influencia de la doctrina individualista y el historicismo, excluyendo de sus horizontes al estatismo, pues la revolución no persigue destruir ningún antiguo régimen pero si tuvo que separarse de su madre patria (Inglaterra), pues estaba orgulloso de su tradición histórica constitucional que hizo aportaciones de primer orden a la causa

de los derechos y libertades del hombre, este hecho dio paso a la valoración del pasado y la tradición del common law, y es lo que diferencia de entrada con la revolución francesa. Pues el problema central surgió por la tiranía del monarca inglés, lo cual duró doce años (1765-1776), ante ello se reunieron los nueve representantes de las trece colonias en New York, quienes impugnaron las decisiones fiscales adoptadas por el monarca, es decir se cuestionó la legitimidad de la imposición fiscal de la madre patria dada sin el consentimiento de los colonos y de sus asambleas representativas ante el parlamento inglés, protesta que no se dio solo en el plano financiero sino también constitucional sobre los derechos y libertades de los colonos, pues los colonos vuelven contra la madre patria de los derechos y libertades del hombre, que ella históricamente había creado, dirigiéndose respetuosamente al monarca para recordarle que revoque sus tributos recordándoles que ellos también son súbditos que como tales viven bajo la antigua constitución británica, pues ninguno de los colonos quería la independencia y todos se proclamaban fieles súbditos al rey. Y, en 1775 se pensó en crear una estructura política confederada con el monarca a la cabeza para preservar la unidad y con tantas asambleas representativas tenga, sería después deber del monarca y de cada una de las asambleas reproducir para cada una de las unidades confederadas la tradición de la fórmula del gobierno moderado o equilibrado. De este modo el monarca en el futuro si hubiese gravado a una de las colonias debería obtener consentimiento de la asamblea representativa del pueblo y no del parlamento inglés como había sucedido en 1765. En consecuencia la madre patria no admitía que las asambleas parlamentarias representativas de los colonos de origen confuso fuesen incorporadas al antiguo y noble parlamento inglés, siendo el modelo constitucional británico caracterizado por una cámara alta fuertemente diferenciada de la cámara de extracción popular, rápidamente los colonos se dieron cuenta de que su propuesta caería en el vacío, bajo está

perspectiva se dio “La Declaración de la Independencia de 1776”⁵, decidiendo separarse de la madre patria por que piensan que se esta amenazando todo el patrimonio histórico de los derechos y libertades, ahora en manos de un parlamento que se cree soberano e omnipotente y por ello pretende gravar a su antojo a los súbditos prescindiendo de su consentimiento, desconfía del legislador (no elegido por los colonos y en esencia no lo conocen, pues sus intereses difieren a lo que estaban acostumbrados), así como del 4 elegido democrático, confía los derechos y libertades del hombre a la Constitución de esa manera se controlara al legislador con una norma superior, pues el enemigo en la revolución es el estatismo y la omnipotencia del legislador. En la revolución americana se pretende que no exista un poder supremo, solo insta que existe poderes autorizados por la Constitución y un equilibrio de poderes entre ellos, dichos poderes se clasifica en legislativo, ejecutivo y judicial, donde la Constitución otorgara una serie de atribuciones, previniendo al mismo tiempo los modos de control de uno respecto del otro y se desarrolla el control difuso de la constitucionalidad de los jueces, y la Declaración de la Independencia de 1776, muestra la doctrina de los derechos naturales individuales y el contrato social, esta bien definido que en la revolución americana no existe en las instituciones ni en la sociedad colonia, al tirano que derrotar, ni antiguo régimen que destruir, no tiene que afirmar el dominio de la ley general abstracta, no tiene que codificar un derecho privado fundado sobre el sujeto único de derecho común, sino más bien parte de la necesidad de oponerse al legislador que actúa fuera de su legítima jurisdicción, para ellos tirano es un preciso y definido poder público que actúa de manera ilegítima y no todo un sistema como en la revolución francesa, pues existe una gran desconfianza frente a los legisladores en particular frente a la pretensión de encarnar la voluntad general, al estilo de la revolución francesa. En consecuencia las revoluciones burguesas del siglo XVIII (revolución francesa y norteamericana), representan

“La etapa del constitucionalismo moderno se caracteriza por que en ella se encuentra institucionalizada la protección de los derechos fundamentales y la división de poderes. De esa forma se el acta de la independencia de los Estados Unidos de Norteamérica de 1776, la declaración de Virginia del mismo año, la Declaración francesa del hombre y del ciudadano, la Constitución norteamericana de 1787 y la Constitución francesa de 1791. De esta forma iniciamos el Constitucionalismo Moderno”.

3.2.- Segunda fase: A partir de la renovación democrática de los estados constitucionales durante la postguerra se inicio una segunda fase en la historia de los derechos fundamentales, caracterizada por la cultura de la supremacía constitucional, es decir se dio como un avance del Estado de derecho, que no solo recoge los avances normativos del Estado social de derecho sino que se complementa con la jurisdicción constitucional, que se caracteriza por el “principio de constitucionalidad” , a esto se denomina el Estado Constitucional de derecho, donde existe el sometimiento de la leyes, normas jurídicas, actos de gobierno y aún de particulares a las normas constitucionales en un marco de respeto a los derechos y libertades ciudadanas. Por ende la segunda fase histórica de los derechos fundamentales, se da en un contexto de tránsito a la modernidad, y para ello recurrimos a la teoría de los derechos fundamentales, concepción que tiene por finalidad superar aquellas concepciones unilaterales como el iusnaturalismo y positivismo voluntarista, que trataban de explicarla, las cuales se caracterizan por ser extremistas y para superar tales perspectivas surge la Teoría de los derechos fundamentales, quien es una “Concepción dualista que sostiene la autonomía de la realidad de los valores de los derechos fundamentales deben por consiguiente ser estudiados en el primer nivel como filosofía de los derechos fundamentales. Interesa sobre

todo aquí el análisis de los factores sociales que han influido en su génesis y las corrientes de pensamiento que han contribuido a articular su actual sentido. Eso lleva a un análisis histórico, a mi juicio a este primer nivel desde dos perspectivas desde la perspectiva de la situación económica, social, cultural y política de cada momento y desde la perspectiva del pensamiento político y filosófico, que influido por ese marco socio económico, cultural y político, crea la filosofía de los derechos fundamentales (...) El segundo nivel de estudio el paso de la filosofía de los derechos fundamentales al Derecho de los derechos fundamentales, es decir la inserción de esos valores en normas jurídicas, en el derecho positivo y la configuración de los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos". La Teoría de los derechos fundamentales, se ha desarrollado en el tránsito a la modernidad (la que se da mediante tres etapas: La primera por los cambios económicos, sociales donde apareció el capitalismo sustituyendo las estructuras políticas medievales por el estado, la segunda aparece la ideología liberal democrática, doctrina de los derechos humanos como limitación al poder político y garantizador del ámbito de autonomía para el desarrollo de la persona humana, y tercera la filosofía de los derechos del hombre, pues este se socializa e intenta superar el individualismo que es egoísta, aislado y se vuelve más comunitario), pero ello se da solo a partir del tránsito a la modernidad donde se piensa en servir a la dignidad y desarrollo de la persona humana, y la manera de hacerlo es a través de la teoría de los derechos fundamentales, la que se desarrolla en dos niveles: El primer nivel: compuesto por la "filosofía de los derechos fundamentales", en ese contexto se concibe los valores de los derechos fundamentales, como estructuras extraídas de la realidad histórica, pues están ordenadas-sistematizadas ya que tienen un fundamento propio, y se encuentra dentro de la filosofía democrática que tiene dos raíces: "el liberalismo" (comprende derechos de inspiración liberal como los civiles y políticos, siendo sus base la "libertad") y "el

socialismo” (son fundamentalmente los derechos económicos, sociales y culturales, siendo su base la “igualdad”); y El segundo nivel: corresponde la inserción de esos valores en el derecho positivo, y con ello se configura como derechos subjetivos de las personas, aunado a ello en este nivel se regula su ejercicio, fuentes y garantías. Por lo que los valores superiores de la libertad e igualdad son por su origen-histórico distintos, mientras la “libertad” explica el ámbito de autonomía del hombre en sociedad y limita los poderes del estado, pues esta no cumple la función de generalización de dar a todos de manera efectiva y real, y será necesario para el progreso de los derechos fundamentales el componente “igualitario”, que completa y profundiza los derechos de libertad, que se expresa mediante la igualdad ante la ley y la no discriminación por motivos de origen, raza, sexo, color, idioma, etc, correspondiendo a los poderes políticos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad sean reales y para todos los individuos. Por tanto los valores superiores como libertad y la igualdad, cuando se incorporan en el ordenamiento jurídico es una concepción dualista, y la forma que esos valores se incorporen en el ordenamiento jurídico son a través de los derechos y libertades fundamentales.

4. Los derechos fundamentales en el Orden Constitucional (Perú).

Existe un vínculo indisoluble entre “dignidad de la persona humana” y los derechos fundamentales, pues estos derechos en calidad de esenciales son inherentes a la dignidad, es decir cada uno de los derechos fundamentales manifiesta un núcleo de existencia humana que se deriva de la dignidad que tiene insita la persona, por ello la dignidad se convierte en una fuente de todos los derechos de la cual dimanen todos y cada uno de los derechos de la persona. Por ende los derechos fundamentales operan como el fundamento último de toda comunidad humana, pues sin el

reconocimiento de tales derechos quedaría conculcado el valor supremo de la dignidad humana de la persona.

5. El valor positivo y axiológico de los derechos fundamentales.

“(…) el reconocimiento de los derechos fundamentales (comúnmente en la norma fundamental de un ordenamiento) es presupuesto de su exigibilidad como límite al accionar del Estado y de los propios particulares, también lo es su connotación ética y axiológica, en tanto manifiestas concreciones positivas del principio-derecho de dignidad humana, preexistente al orden estatal y proyectado como el fin supremo de la sociedad y del Estado, artículo 1 de la Constitución”. El reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona, en el Orden Constitucional comprenden dos aspectos: la primera, a) El valor positivo de los derechos fundamentales: Consiste en el reconocimiento positivo de los derechos fundamentales de la persona por la Constitución, tales derechos son presupuestos de exigibilidad que van a limitar la actuación del Estado y de los particulares; mientras la segunda, b) El valor ético y axiológico de los derechos fundamentales: Parte por reconocer “la dignidad de la persona humana”, como valor material central de la norma fundamental del cual derivan un amplísimo reconocimiento de derechos fundamentales de la persona y una multiplicidad de garantías, dignidad humana que es preexistente al orden estatal y se proyecta como el fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1 de la Constitución de 1993). Por tanto la dignidad de la persona humana, es la fuente directa de la que dimanen todos y cada uno de los derechos de la persona, además no solo representa el valor supremo que justifica la existencia del estado y sus objetivos, sino que constituye el fundamento esencial de todos los derechos que con calidad de fundamentales habilita el ordenamiento, sin el cual el estado

adolecería de legitimidad y los derechos carecerían de un adecuado soporte direccional.

6. Contenido esencial.

“(…) en efecto, en tanto el contenido esencial de un derecho fundamental es la concreción de las esenciales manifestaciones de los principios y valores que lo informan, su determinación requiere de un análisis sistemático de este conjunto de bienes constitucionales, en el que adquiere participación medular el principio-derecho dignidad humana, al que se reconduce, en última instancia, todos los derechos fundamentales de la persona”. En consecuencia el contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona, es la concreción de valores superiores que son extraídas de la realidad histórica que se encuentran ordenadas y sistematizadas ya que tienen un fundamento propio, pues tienen como origen dos raíces: la liberal (libertad) y la socialista (igualdad), y la incorporación de esos valores en el ordenamiento jurídico es a través de los derechos y libertades fundamentales.

7. Estructura.

La estructura de los derechos fundamentales comprende: a) las disposiciones de los derechos fundamentales, b) las normas de derechos fundamentales y c) las posiciones de los derechos fundamentales; mientras las “Disposiciones de derecho fundamental son los enunciados lingüísticos de la Constitución que reconocen los derechos fundamentales de la persona. Las normas de derecho fundamental son los sentidos interpretativos atribuibles a esas disposiciones. Mientras que las posiciones de derecho fundamental, son las exigencias concretas que al amparo de un determinado sentido interpretativo válidamente atribuible a una disposición de derecho fundamental, se buscan hacer valer frente a una determinada persona o entidad”. Por ende las

disposiciones son enunciados lingüísticos donde la constitución reconoce derechos fundamentales de la persona, mientras las normas son el sentido interpretativo atribuible a esas disposiciones, y las posiciones de los derechos fundamentales, como bien lo señala el Tribunal Constitucional quien cita a Bernal Pulido: “Las posiciones de derecho fundamental son relaciones jurídicas que (...) presentan una estructura triádica, compuesta por un sujeto activo, un sujeto pasivo y un objeto. El objeto de las posiciones de derecho fundamental es siempre una conducta de acción o de omisión, prescrita por una norma que el sujeto pasivo debe desarrollar en favor del sujeto activo, y sobre cuya ejecución el sujeto activo tiene un derecho, susceptible de ser ejercido sobre el sujeto pasivo”.

8.- Titularidad.

Respecto a la titularidad de los derechos fundamentales de la persona, El Tribunal Constitucional, ha determinado que “(...) desde la génesis de los derechos fundamentales estos fueron creados para la persona, humana. Así, los mismos nacen con una eficacia negativa; sin embargo dentro de la evolución de los derechos fundamentales estos fueron concebidos como libertades positivas, alcanzando esta evolución en la actualidad una eficacia incluso entre los particulares. Somos de la opinión de que la protección de los derechos fundamentales alcanza a los seres humanos cuando estos actúan de manera individual, como cuando estos deciden participar de actividades que involucran la necesaria intervención de otros seres humanos, como son por ejemplo la vida política, social, entre otros, lo cual ha sido perfectamente legitimado por el artículo 2° inciso 17 de la Constitución Política del Perú cuando establece que: Toda persona tiene derecho: A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación (...).” Por consiguiente debemos señalar que no es posible

atribuir la titularidad de los derechos fundamentales solo a favor de las personas naturales, sino también a las personas jurídicas, la cual se dio a partir de la denominada teoría de la extensión de los derechos constitucionales, concepción que sostiene que las personas jurídicas por extensión de los derechos subjetivos de sus miembros que la componen, pueden ser titulares de derechos fundamentales en ciertas circunstancias y siempre que su naturaleza lo permita.

- 9. Dimensiones** Los derechos fundamentales de la persona poseen un doble carácter, por un lado son derechos subjetivos y por otro son instituciones objetivas valorativas lo cual merecen toda la salvaguarda posible:

9.1. Dimensión subjetiva: “En su dimensión subjetiva, los derechos fundamentales no solo protegen a las personas de las intervenciones injustificadas y arbitrarias del Estado y de terceros, sino que también facultan al ciudadano para exigir al Estado determinadas prestaciones concretas a su favor o defensa; es decir, este debe realizar todos los actos que sean necesarios a fin de garantizar la realización y eficacia plena de los derechos fundamentales”.

9.2. Dimensión objetiva: “La dimensión objetiva de dichos derechos radica en que ellos son elementos constitutivos y legitimadores de todo el ordenamiento jurídico, en tanto que comportan valores materiales o instituciones sobre los cuales se estructura (o debe estructurarse) la sociedad democrática y el Estado constitucional”.

10. Eficacia.

10.1. Vertical.

“Los derechos fundamentales como instituciones reconocidas por la Constitución vinculan la actuación de los

poderes públicos, orientan las políticas públicas y en general la labor del Estado-eficacia vertical (...).

10.2. Horizontal.

El artículo 38° de la Constitución Política del Perú, señala que “Todos los peruanos tienen el deber (...) de respetar, cumplir y defender la Constitución, de esto se desprende que los derechos fundamentales vinculan no solo a los poderes públicos sino también a los particulares (...)”.¹⁸ En consecuencia la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, se da cuando dichos derechos han sido vulnerados por un ente privado y no por el Estado, por ejemplo al interior de una institución, como puede ser una Asociación, se impone el deber de respetar los derechos fundamentales”. 3.7. Límites “(...) una cosa en efecto, es limitar o restringir el ejercicio de un derecho constitucional, y otra, muy distinta, disminuirlo o suprimirlo. La limitación de un derecho no comporta su disminución o supresión, sino sólo el establecimiento de las condiciones dentro de las cuales deberá realizarse su ejercicio. De allí que el Tribunal Constitucional haya sido enfático en señalar que no se puede despojar de contenido a un derecho so pretexto de limitarlo o, acaso, suprimirlo, pues la validez de tales limitaciones depende que ellas respeten el contenido esencial de los derechos sobre los cuales se práctica la restricción”. Los derechos fundamentales, no tiene la calidad de absolutos, más si en nuestro constitucionalismo histórico el derecho a la vida, a la propiedad, a la libertad, entre otros, tampoco la han tenido, por lo que “Toda restricción o limitación de un derecho constitucional debe respetar el principio de legalidad y sustentarse en un procedimiento administrativo, donde el administrado tenga garantizado el derecho a un debido proceso (artículo 139, inciso 3, Constitución); y con ello, la posibilidad de ejercer su derecho de defensa, contravirtiendo la medida y alegando lo que convenga a su derecho”

11. Diferencias entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales.

Nuestra actual Carta Política, ubica en el “Capítulo I del Título I de la Constitución, denominado Derechos Fundamentales de la persona, además de reconocer al principio- derecho de dignidad humana como el presupuesto jurídico de los demás derechos fundamentales (artículo 1) y de enumerar buena parte de ellos en su artículo 2, prevé en su artículo 3 que dicha enumeración no excluye los demás derechos reconocidos en el texto constitucional (vg. Los derechos fundamentales de carácter social y económico reconocidos en el Capítulo II y los políticos contenidos en el Capítulo III) ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”, consecuentemente expresos o implícitos los derechos fundamentales, pertenecen al ordenamiento constitucional vigente y se configura un mínimo inalienable que todo ordenamiento debe respetar, defender y promover. Una vez determinado que son los derechos fundamentales ahora señalaremos los caracteres significativos que lo diferencian de los derechos patrimoniales: Mientras los “derechos fundamentales son todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”. Del concepto se advierte que los derechos fundamentales, tutelan intereses o necesidades primordiales como la libertad, el derecho a la vida, los derechos civiles, incluidos los

derechos de adquirir y disponer los bienes objeto de propiedad, derechos políticos y sociales, en un ordenamiento jurídico determinado, intereses que no son posibles de ser negociados, sino que son prerrogativas no contingentes o inalterables, pues son universales, es decir están reconocidos a todos en igual forma y medida, por ello son inclusivos y forman la base de la igualdad jurídica, las libertades no se cambian ni se acumulan son derechos omnium, pertenecen a todos los sujetos, son personalísimos, invariables, e indisponibles pues están sustraídos de la esfera del mercado y de las decisiones políticas, indisponibilidad que se clasifica en: "indisponibilidad activa" (el sujeto titular no puede alienarlo, es decir por ejemplo no puede vender su libertad), y la "indisponibilidad pasiva" (no son expropiables o limitables por otros sujetos ni por el estado), y la estructura jurídica de los derechos fundamentales, se dan mediante un título en la ley y son conferidos a través de reglas generales de rango constitucional es decir son normas téticas que imponen obligaciones y prohibiciones al Estado y demás individuos. Por otro lado los derechos patrimoniales, tutelan intereses económicos (derechos de propiedad, derechos reales o derechos de crédito), son valables pecuniariamente, y se caracterizan por ser singulares para cada uno de ellos existe un titular o varios como en la propiedad con exclusión de todos los demás el cual pertenece a cada uno de manera diversa, tanto en calidad como en cantidad, son exclusivos y forman la base de la desigualdad jurídica, por ello son derechos singuli, disponibles por naturaleza, negociables, pues tienen como objeto el bien patrimonial, sufren alteraciones hasta podría extinguirse su ejercicio, su estructura jurídica del derecho, se dan mediante un título de tipo negocial como contratos, donaciones, sentencias, entre otros, el cual modifica, extingue actos jurídicos, son predispuestos por normas, y se les llama normas hipotéticas pues no imponen obligaciones o prohibiciones, sino que predispone situaciones jurídicas como efectos de los actos previstos por ellas,

por tanto los derechos patrimoniales le corresponde la genérica prohibición de no lesión en caso de derechos reales o crediticias.

12. Reflexiones finales Los derechos fundamentales.

Son inherentes a la dignidad humana, es decir la dignidad de la persona es fuente directa de la que dimanen todos y cada uno de los derechos fundamentales de la persona, pues no sólo representa el valor supremo que justifica la existencia del Estado y sus objetivos, sino que constituye el fundamento esencial de todos los derechos que con calidad de fundamentales habilita el ordenamiento, sin el cual el Estado adolecería de legitimidad y los derechos carecerían de un adecuado soporte direccional, en consecuencia los derechos fundamentales operan como el fundamento último de toda comunidad humana, pues sin el reconocimiento de tales derechos, quedaría conculcado el valor supremo de la dignidad.

CAPÍTULO IV

POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ

1. Rol de la Policía.

La policía cumple un papel fundamental en el proceso penal y específicamente en la investigación del delito. Por ello, se debe tener en cuenta la extensión e intensidad de las facultades otorgadas a esta institución y la permisividad que por norma le otorga el representante del Ministerio Público en los casos concretos.

En efecto, en ejecución de los actos de investigación, la policía interviene con más prontitud y a veces con ciertos grados de discrecionalidad, lo que nos podría llevar a pensar, en atención a lo apuntado por Riego y Santelices, que “si bien el tema de la investigación criminal como actividad policial especializada es muy importante, tanto o más lo es el trabajo de la policía regular, cuya adaptación o no a los requerimientos de la reforma, condiciona fundamentalmente sus resultados.

La policía es, en efecto, una actividad administrativa formalmente organizada como dependiente del Poder Ejecutivo en contrario a otras ramas de la administración pública, actúa en contacto directo con las libertades fundamentales; y de ahí tiene que actuar no solo como función de auxiliar de la jurisdicción, sino también en ejercicio de competencias propias y autónomas, como son las preventivas y cautelares frente a sujetos peligrosos y sospechosos. Por ello, su “fuerza” se manifiesta como “violencia” y de ahí proviene su latente ilegitimidad con respecto al paradigma del Estado de derecho. (Ferrajli, 1995)¹³

2. Atribuciones de la Policía Nacional Del Perú.

Bustos (2004)¹⁴ considera que para poder precisar las relaciones entre la función policial y el sistema constitucional, habría que distinguir los siguientes aspectos 1) el papel de la policía dentro de la intervención penal del Estado; 2) papel de la policía dentro de la intervención general sancionatoria del estado, y 3) las relaciones entre estos cometidos y la libertad y seguridad de los ciudadanos.

Por ello la indagación sobre la función policial no puede ser neutral o puramente técnica que no la ponga en conexión con todo el sistema político.

En el campo de la criminalización secundaria, la policía realiza una actividad selectiva, relacionada en cierta medida con algunas variables sociales (por ejemplo, criterios para detectar sospechosos); la policía tiene la decisión de determinar “quienes serán las personas que criminalice y al mismo tiempo, quienes han de ser las víctimas potenciales de las que se ocupe.

Dentro del marco de legitimidad de sus funciones la Constitución Política de 1993, establece como finalidad de la Policía Nacional del Perú la de garantizar, mantener y restablecer el orden interno, también está facultada para prevenir, investigar y combatir la delincuencia, las cuales deben ser realizadas en estrecha coordinación con el Ministerio Público, porque ejercer el control jurídico del desarrollo de la investigación. Asimismo, porque en cumplimiento al artículo 159° inciso 4 que establece en forma expresa que “la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función” de investigación del delito.

Consideramos importantes citar como referente las atribuciones de la Policía Nacional del Perú contempladas en la Ley N° 27934, Ley que regulaba la Intervención de la Policía y el Ministerio Público en la Investigación Preliminar del Delito, como marco referencial en el ámbito procesal penal, sin omitir manifestar su práctica por los citados dentro del respeto de la constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos.

Respecto a la actuación de la Policía Nacional del Perú en el Art. 1° establecía que cuando el fiscal se encuentre impedido de asumir de manera inmediata la dirección de la investigación debido a circunstancias de carácter geográfico o de cualquier otra naturaleza, la Policía Nacional del Perú dejando constancia de dicha situación dará cuenta al Ministerio Público dentro de las veinticuatro horas de iniciada la investigación más el término de la distancia de ser el caso y podrá realizar cualquiera de las siguientes acciones:

- Recibir las denuncias escritas o sentar el acta de las verbales.
- Vigilar y proteger el lugar de los hechos a fin de que no sean borrados los vestigios y huellas del delito.
- Practicar el registro de las personas, así como prestar el auxilio que requieran las víctimas del delito.
- Recoger y conservar los objetos e instrumentos relacionados con el delito.
- Practicar las diligencias orientadas a la identificación física de los autores y partícipes del delito.
- Recibir las declaraciones de quienes hayan presenciado la comisión de los hechos.

- Levantar planos, tomar fotografías, realizar grabaciones en vídeo y demás operaciones técnicas o científicas.
- Capturar a los presuntos autores y partícipes en caso de flagrante delito, informándoles una vez detenidos y asegurados de cuando menos los siguientes derechos:

a) A que se presuma su inocencia en tanto no haya sido declarada judicialmente su responsabilidad.

b) A que se le respete su integridad física y psíquica.

c) A ser examinado por un médico legista o quien haga sus veces.

d) A ser defendido por un abogado.

e) A ser informado de las razones de su detención.

f) A comunicarse con su familia o su abogado u otra persona de su elección.

- Inmovilizar los documentos, libros contables, fotografías y todo elemento material que pueda servir a la investigación, cuidando de no afectar el secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados conforme a lo dispuesto en el artículo 2 inciso 10) de la Constitución.
- Allanar y/o ingresar en locales de uso público o abierto al público, en caso de delito flagrante.

Efectuar, bajo inventario, las incautaciones necesarias en los casos de delito flagrante o peligro inminente de su perpetración.

- Reunir cuanta información adicional de urgencia permita la Criminalística para ponerla a disposición del Fiscal.

Podemos observar que en ésta ley se ha transcrito el Art. 106 del CPP de 1991; y casi todo el art. 113 del proyecto del CPP de

1995, pero se olvidaron del apartado 12, que decía “recibir excepcionalmente la manifestación de los presuntos autores o partícipes del delito, con presencia de su abogado defensor o de dos particulares , cuando el fiscal no se haya constituido antes de las veinticuatro horas de presentada la denuncia o cuando aquellos se hallen en situación de grave peligro”; de lo que se desprendía ¿Quién debería de tomar las declaraciones del imputado o detenido en la dependencia policial?, pues la norma en comentario no lo mencionaba salvo que se interprete en sentido amplio, es decir si aplicábamos esta ley en armonía con el Art. 166 de la Constitución que le faculta investigar y con la práctica cotidiana donde la policía recibe las declaraciones de los denunciados, era la Policía Nacional del Perú. Pero si empleábamos la interpretación restrictiva de la ley solo autorizaba al fiscal a recibir la declaración del imputado, lo que generaba problemas de orden práctico.

De allí que resultó mejor, que en lo cotidiano se apuntará a la interpretación amplia a efecto de que la policía adelante la investigación tomando tales manifestaciones o procurando que el Fiscal le delegue por la vías más rápida, tales funciones. Nos encontrábamos ante una ley incompleta y que generaba confusiones en su interpretación y aplicación.

La Ley N° 27934 expresaba que de cada una de las diligencias citadas y actuadas en el Art. 1°, la policía debería sentar actas detalladas, las que entregará al Fiscal cuando asuma la dirección de la investigación. Producida dicha entrega, el Fiscal dictará resolución fundamentada a través de la cual expresará los motivos que le impidieron asumir la conducción de estas diligencias, evaluando en todo caso la legalidad de cada una de las actuaciones policiales, pudiendo ordenar que se realicen nuevamente o se amplíen bajo su dirección. Las partes podrán intervenir en todas las diligencias practicadas por la Policía y

tendrán acceso a todas las diligencias realizadas. Sus actuaciones eran reservadas.

Respecto a los derechos fundamentales que regula la norma en comento, (sin obviar su observancia en tratados internacionales en los que nuestro Estado es parte siendo de inmediata aplicación) habrá que señalar las que aparecen en el Art. 1°. Se deja constancia de los principios y derechos que le asisten a las personas investigadas:

- Derecho de Presunción de inocencia
- Respecto a su integridad física y psicológica
- Derecho a ser examinado por un médico legista
- A ser defendido por un abogado
- A ser informado de las razones de su detención
- A comunicarse con su familia, abogado o persona de su elección

De lo citado ut supra, podemos expresar que la norma acotada en el articulado respectivo, revaloriza y fortalece los derechos fundamentales – solo algunos - contenidos en la Constitución política del Estado así como en los tratados internacionales sobre derechos humanos, y era necesario recogerlo en una ley ordinaria por la necesidad que los actores se involucren plenamente en su aplicación y que interioricen su contenido cambiando su visión de los derechos fundamentales, pues las crisis de la aplicación de los citados podría estribar especialmente en que los actores no han llegado todavía, ya sea por falta de capacitación o por ausencia de voluntad para ello, a internalizar el contenido de los citados y consecuentemente deben cambiar su cultura jurídica. Pues el cambio no sólo está en la ley; esto es probablemente lo menos difícil, el cambio debe arraigarse en la mente de los responsables

de aplicarlo así como en los encargados de exigir su cumplimiento.

Adviértase que lo dicho, no implica la necesidad que la legislación procesal penal ordinaria y especial lo recoja, y que su ausencia crea que el investigado quede sumido en un ámbito de falta de garantías; hemos dejado sentado que la legislación procesal penal debe sujetarse a las exigencias que han formulado la Constitución Política del Estado y los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, no hay alternativa para ello.

3. Actuación de la Policía Nacional en la investigación preliminar.

En este punto se abordará la legislación que rige la investigación preliminar en el Distrito Judicial de Lima, así tenemos el Decreto Legislativo N° 989, que modifica la Ley N° 27934, ley que regula la intervención de la Policía Nacional y el Ministerio Público en la Investigación Preliminar del delito.

Cabe señalar que a la Policía se le faculta “en su función de investigación, al tomar conocimiento de hechos de naturaleza delictiva deberá de inmediato llevar a cabo las diligencias imprescindibles para impedir que desaparezca sus evidencias y (...)”.

Como se puede observar el artículo acotado, autoriza a la Policía -sin presencia del Fiscal – al tomar conocimiento de actos delictivos a realizar de manera autónomo los actos de investigación para impedir que desaparezca las evidencias. No obstante deberá comunicar enseguida al fiscal provincial las diligencias realizadas y en el que no hay detenido – por cuestiones del tema de investigación solo haremos referencia a la persona que no tiene la calidad de detenido-.

La comunicación se realiza por escrito pero ello no impide, que también se realice por una vía más rápida como, teléfono,

telegrama, fax. Regularmente la comunicación se efectúa por teléfono y por escrito.

Asimismo, la norma acotada precisa “Cuando el Fiscal se encuentre impedido de asumir de manera inmediata la conducción de la investigación debido a circunstancias de carácter geográfico o de cualquier otra naturaleza, la Policía procederá con arreglo a lo dispuesto en el párrafo precedente, dejando constancia de dicha situación y deberá realizar según resulten procedentes las siguientes acciones: (...).

Esta disposición, con cláusula abierta “o de cualquier otra naturaleza” trata de soslayar lo que en la realidad sucede, ausencia de fiscales, por diversas razones en la etapa preliminar, generando una serie de violaciones de derechos fundamentales no solo con el imputado sino que se hace extensivo a su entorno familiar y sus abogados; y, se intenta aliviar con los inconvenientes que suelen producirse en “algunos lugares alejados de nuestro país” donde el número de Fiscales no es el más apropiado o “cuando la zona es de difícil acceso”, sólo en estos casos es pertinente la realización de diligencias sin presencia del Fiscal.

Consideramos que el Ministerio Público como defensor de la legalidad y titular de la acción penal debe fortalecer el sistema de fiscales para que su accionar sea proactivo y participar en las diligencias preliminares porque le dará mayor convicción de lo que puede haber pasado y por tanto, estará en mayores y mejores posibilidades de determinar primero que diligencias o actos de investigación efectuar según el caso concreto, luego determinar cuándo concluir la investigación o cuando proponer una salida alternativa al caso, y lo que es importante, poder determinar en su oportunidad, si tiene realmente elementos de convicción que sustenten una denuncia o por el contrario, solicitar de inmediato el

sobreseimiento del caso y dedicar todo su esfuerzo y energías en casos que realmente considere tendrán futuro el proceso penal.

El Decreto legislativo en análisis, enuncia las actuaciones a realizar por personal policial según resulten procedentes, siendo las siguientes (Siccha, 2007)¹⁵:

- ***Recibir las denuncias escritas o sentar acta de las verbales.***

Si una persona - agraviada, persona obligada a denunciar o cualquier persona por acción popular - concurre a la Comisaría a denunciar un hecho delictivo, el personal policial tiene la obligación de recibir la denuncia, que puede ser escrita o verbal. La forma depende del denunciante. Si quiere hacerlo de modo verbal deberá ser aceptada, es ilegal e irracional exigirle que lo realice por escrito.

En este caso, el Policía levantará el acta correspondiente o ingresará al Sistema de Denuncias Policiales para Comisarias implementadas en Lima y que reciban las demás dependencias policiales, garantizando de esa forma el derecho de la persona del acceso a la administración de justicia, para que se realicen las diligencias imprescindibles a fin de evitar que las evidencias, indicios y huellas del delito desaparezcan por el paso inexorable del tiempo.

- ***Vigilar y proteger el lugar de los hechos a fin de que no sean borrados los vestigios y huellas del delito.***

La Policía al tomar conocimiento de la comisión de un hecho delictuosa tiene la obligación de concurrir al lugar, escenario o

teatro de los hechos y poniendo en práctica sus conocimientos de criminalística, vigilarlo y protegerlo la escena del delito con la finalidad que no se pierda la información que siempre queda en el lugar y que sólo puede ser levantada por personal especializado.

Si no se hace una buena vigilancia y protección de la escena del delito, la información se pierde o distorsiona en directo perjuicio del esclarecimiento de los hechos ilícitos.

- ***Practicar el registro de las personas, así como prestar el auxilio que requiera las víctimas del delito.***

Al efectuarse una intervención policial, personal policial está facultado para inmediatamente realizar el registro de la persona intervenida, con el objeto de detectar armas, otros instrumentos peligrosos y bienes relacionados con el delito, comporta necesariamente la limitación a la libertad ambulatoria, la intimidad corporal (como una expresión de la intimidad personal), y la dignidad.

No obstante es necesario garantizar que el registro personal; es decir el palpar superficialmente el perfil corporal de la persona se realice con respeto a su dignidad.

De otro lado, con respecto al auxilio que la policía debe prestar a las víctimas del delito es una obligación porque “tomarán medidas inmediatas para proporcionar atención médica cuando se precise”. El efectivo policial en tales circunstancias no puede excusarse.

- ***Recoger y observar los objetos e instrumentos relacionados con el delito.***

Al tener conocimiento la Policía de la comisión de un delito y concurrir al escena del delito, sin alterar el lugar debe recoger los objetos o instrumentos del mismo levantando para tal efecto el acta respectiva. También, tiene el deber de conservar los objetos

e instrumentos del delito recogidos para ponerlo luego a disposición de la Fiscalía. De igual forma, podrá recoger cualquier otro elemento material que a su criterio pueda servir para la investigación.

- ***Recibir las declaraciones orientadas a la identificación.***

Luego de recibir la denuncia (escrita o verbal), deberá tomar la declaración del denunciante, con el fin de obtener información precisa y veraz sobre la forma y circunstancias en que ocurrió el hecho que denuncia y de esa forma determinar qué acciones inmediatas a realizar para identificar a la persona o personas imputadas y esclarecer los hechos denunciados.

La cual es de suma importancia para el objeto de la investigación preliminar porque permitirá una adecuada individualización de la persona, para los cargos que debe formular el o la Fiscal en la denuncia, la cual servirá para que el Juez o Jueza adopte la decisión de iniciar el proceso penal y dictar la medida de comparecencia o la limitativa del derecho a la libertad personal como es la detención preventiva.

- ***Recibir las declaraciones de quienes hayan presenciado la comisión de los hechos.***

En principio, el testimonio es el medio de información más usual, lo brinda la persona denominada testigo, siendo llamada al proceso por presumirse que posee conocimientos relacionados con el hecho nvestigado con el fin de que declare lo que conoce. (Gorphe , 2009)¹⁶

Por lo que personal policial las recibirá con el objeto que se identifiquen plenamente a los autores y/o partícipes del hecho punible cometido y denunciado. Sin duda la primera diligencia fundamental será el reconocimiento físico del sospechoso previa descripción.

- ***Levantar planos, tomar fotografías, realizar grabaciones en video y demás operaciones técnicas o científicas.***

Esto se denomina en criminalística fijación del lugar de los hechos, existe tres formas básicas de fijar el sitio de los hechos: describiéndolo, fotografiándolo y elaborando un croquis del mismo. De ser posible, las tres formas deben hacerse siempre, porque la descripción, complementada con la fotografía y el croquis, constituye en su conjunto una constancia documental permanente de gran valor.

Con el avance tecnológico se puede sustituir las fotografías o utilizar conjuntamente las grabaciones en video entre otros, con el objeto de perennizar la escena del crimen y determinar la forma como habrían ocurrido los hechos ilícitos.

- ***Capturar a los presuntos autores y partícipes en caso de flagrante delito, informándoles una vez detenidos y asegurados de cuando menos los siguientes derechos:***

- A que se presuma su inocencia en tanto no haya sido declarada judicialmente su responsabilidad.
- A que se respete su integridad física y psíquica
- A ser examinado por un médico legista o quién haga sus veces.
- A ser defendido por un abogado.
- A ser informado de las razones de su detención.

- A comunicarse con su familiar o su abogado u otra persona de su elección.

Este listado es sólo una enunciación en la norma, consideramos no necesario, por ser derechos fundamentales es suficiente su observación en nuestra carta magna y tratados internacionales para su aplicación, por ejemplo, el caso de ser examinado por médico legista, toda persona que se considere víctima de violencia moral, física o psíquica tiene derecho a pedir en forma o por intermedio de otras personas un examen médico. Así lo dispone el Art. 2 inciso 24 de la ley fundamental.¹⁷ Nótese que no hay ningún requisito especial en relación a la situación de la persona para que se pida el examen médico legista. Puede estar detenida o no, secuestrada o abandonada etc.

En suma, consideramos oportuno, por ejemplo, citar que la información de sus derechos fundamentales a las personas imputadas – detenidas o no - debe efectuarse en forma inmediata por personal policial, derechos fundamentales que están previstos en nuestra Constitución y normas internacionales sobre derechos humanos de los cuales nuestro país es parte. El respeto a los derechos fundamentales que le asisten al imputado - también agraviados y testigos - significa el trato adecuado que deben recibir no solo los representantes del Ministerio Público sino también los abogados y los familiares de las personas involucradas.

- ***Inmovilizar los documentos, libros contables, fotografías y todo elemento material que pueda servir a la investigación, cuidando de no afectar el secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos***

privados conforme a lo dispuesto en el artículo 2° inciso 10) de la Constitución Política del Perú.

Siempre que fuera indispensable para la investigación del hecho delictivo a fin de garantizar la obtención de evidencias y retener en su caso, todo elemento material, levantándose el acta respectiva es decir, en los casos en que documentos privados estén de por medio en la comisión de un delito, la Policía Nacional podrá incautarlos.

- ***Allanar y/o ingresar en locales de uso público o abierto al público, en caso de delito flagrante.***

El allanamiento administrativo es una medida restrictiva de derechos fundamentales, en forma excepcional, prevista en la carta fundamental, Art. 2° inciso 9, por razones de urgencia. Se efectúa cuando existen motivos razonables para ello. La medida está destinada para registrar el inmueble y, de ser el caso a su incautación, puede también tener como finalidad la detención de personas o la realización de medidas de secuestro o incautación a fin de asegurar los instrumentos, medios o elementos de convicción, objetos o efectos provenientes directa o indirectamente de la infracción penal o los instrumentos o medios con los que hubiera ejecutado

- ***Efectuar, bajo inventario, las incautaciones necesarias en los casos de delito flagrante o peligro inminente de su perpetración.***

Los efectivos de la Policía Nacional del Perú para que puedan hacer secuestros e incautaciones de bienes o efectos provenientes de la comisión de un hecho punible o de los instrumentos que se utilizaron para su ejecución, así como de los objetos del delito.

Condición sine qua non para que la Policía Nacional realice secuestros e incautaciones bajo inventario, es la existencia de peligro en su desaparición por la demora.

- ***Reunir cuanta información adicional de urgencia permita la Criminalística para ponerla a disposición del Fiscal.***
- ***Recibir la manifestación de los presuntos autores y partícipes de la comisión de los hechos investigados.***

Es una de las varias actuaciones que debe realizar personal policial, recibir la declaración de toda persona que se le haya imputado un delito, Sánchez Velarde¹⁸ precisa, que en la misma investigación preliminar ya el imputado juntamente con su abogado tienen el derecho de conocer los cargos, (Salinas, 2006) antes de efectuar cualquier declaración. Si para la defensa no es estratégico que declare no lo hará, si por el contrario considera estratégico, se tendrá que decidir el momento, el contenido, y la forma como se debe brindar.

- ***Solicitar y recibir de inmediato y sin costo alguno de las entidades de la Administración Pública correspondientes, la información y/o documentación que estime necesaria vinculada a los hechos materia de investigación, para lo cual suscribirá los Convenios que resulten necesarios, con las entidades que así lo requieran.***

Cabe señalar que en concordancia con lo indicado advertimos que el 23 de setiembre del 2010, el Ministerio del Interior - MININTER - celebran un convenio con el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil -RENIEC - sobre el servicio de verificación biométrica, (Automated fingerprint identification System - AFIS –)

para que el usuario pueda realizar las verificaciones de las impresiones dactilares de los ciudadanos que requieran consultar en forma directa con la base de datos de la citada institución.

- ***Realizar las demás diligencias y procedimientos de investigación necesarios para el mejor esclarecimiento de los hechos investigados.***

Finalmente, el legislador deja abierta la posibilidad que la Policía Nacional realice cualquier otra diligencia urgente que ayude a un mejor esclarecimiento de los hechos. Podrá por ejemplo, efectuar registro de la vestimenta, equipaje o vehículos, averiguación de antecedentes de la persona sospechosa, etc.

Según Salinas Siccha¹⁹, la Policía Nacional del Perú, excepcionalmente, tiene la facultad de realizar actos de investigación con la finalidad de evitar las consecuencias lamentables del delito, detener por ejemplo al sospechoso (estado de flagrancia), asegurar las fuentes de prueba que de otra forma pueden perderse o desaparecer por el transcurso inexorable del tiempo. Si no se aseguran en forma inmediata las fuentes de prueba es posible que el esclarecimiento de los hechos no llegue a concretizarse o en su caso, tomará más tiempo hacerlo.

Consideramos con la dación del citado Decreto Legislativo, se autoriza a la Policía -sin presencia del Fiscal – al tomar conocimiento de actos delictivos a efectuar acciones necesarias para impedir que desaparezca sus evidencias como recibir la manifestación de los investigados, debe entenderse con la obligatoria presencia y participación de su abogado defensor; es decir debe realizar las diligencias y procedimientos de investigación necesarios para el mejor esclarecimiento de los

hechos investigados. No se trata de cualquier diligencia, sino de aquellas que resulten necesarias, proporcionales y razonables, actuadas dentro de los cánones de legalidad y equidad.

Continúa el citado autor los efectivos de la PNP siempre deben actuar con la convicción siguiente: para ser útiles y eficaces dentro del proceso penal, las actas de las diligencias en las que participan, estas deben realizarse ceñidas a las formalidades y respetando siempre los derechos del sospechoso. Idéntico criterio deben tener los Fiscales.

Respecto al formato del acta, sólo se exige que tenga todas las formalidades que le den al documento seriedad y de esa manera, minimizar la posibilidad de ser objeto de observación o tacha en el proceso. Si no reúne las formalidades, es posible que el Juez a petición de parte, lo neutralice para los fines del proceso.

Si efectuamos una comparación con el nuevo Código Procesal Penal observamos que el Art. 68 denominado atribuciones de la Policía, recoge todas las acciones policiales enunciadas en el Art. 1 del Decreto Legislativo N° 989 por lo que no habría ningún dilema por los órganos encargados de aplicar las garantías procesales penales propios del nuevo sistema procesal así como reafirmar que estamos en presencia de un sistema acusatorio previsto en la Constitución de 1993, y tutelar los derechos fundamentales de las personas involucradas en una denuncia penal.

Siguiendo con el análisis del Decreto legislativo citado, expresa de todas las diligencias especificadas en este artículo la Policía sentará actas detalladas que entregará al Fiscal, respetando las formalidades previstas para la investigación. El Fiscal durante la investigación puede disponer lo conveniente en relación al ejercicio de las atribuciones reconocidas a la Policía.

“Las partes y sus abogados podrán intervenir en todas las diligencias practicadas y tomar conocimiento de éstas, pudiendo en cualquier momento obtener copia simple de las actuaciones, guardando reserva de las mismas, bajo responsabilidad disciplinaria”.

Ello significa que las partes podrán intervenir en todas las diligencias policiales lo que resulta a todas luces beneficioso para la defensa pues podrá conocer no solo la denuncia incoada, sino también de las diligencias actuadas policialmente.

En caso de inobservancia del deber de reserva, el Fiscal deberá comunicar al Colegio de Abogados correspondiente para que proceda con arreglo a sus atribuciones.

“El Fiscal dispondrá, de ser el caso, el secreto de las actuaciones en la investigación por plazo prudencial que necesariamente cesará antes de la culminación de las mismas, poniendo en conocimiento de tal decisión a las partes”.

Respecto a aquellas diligencias actuadas policialmente que impliquen riesgo de la misma investigación se deberá guardar reserva temporal, es decir hasta la culminación de las mismas.

Por último, es preciso señalar que de la confidencialidad, el secretismo y reserva de la investigación es superada con las normas desarrolladas porque favorece la actuación profesional, técnica y transparente y de igualdad de las partes, hoy se permite que las partes procesales, cuenten con la información y el resultado de las diligencias, como pericia para una adecuada defensa, lo es relevante para el objeto del proceso penal que es llegar a la verdad para la sanción a imponerse a la persona presunta autora de un hecho ilícito.

CAPÍTULO IV

RESULTADO Y DISCUSIÓN

1. DISEÑO DE CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.

El diseño de contrastación de hipótesis se va a realizar a través del análisis estadístico, calculándose los estadísticos descriptivos correspondientes a las variables de estudio, en este caso, frecuencias y porcentajes; se va a incluir la chi cuadrado de homogeneidad, con el fin de determinar el nivel predominante en cada una de las variables estudiadas.

2. POBLACIÓN Y MUESTRA.

2.1.- POBLACIÓN O UNIVERSO.

Para la presente investigación encontramos dos poblaciones que a continuación se mencionan:

- Población de fiscales: 57 Fiscales Provinciales Penales de Lima.
- Población de Policías: 743 Policías entre oficiales y sub oficiales que desempeñan funciones en las comisarías de Lima Cercado tal como se puede apreciar en la siguiente tabla.

Tabla 1. Policías por comisaría en Lima Cercado

Comisaría	Oficiales	Suboficiales
Comisaría Alfonso Ugarte	6	100
Comisaría Cotabambas	6	84
Comisaría Conde de la Vega	4	54
Comisaría Mirones Alto	4	43
Comisaría Mirones Bajo	2	45
Comisaría Monserrate	6	102
Comisaría Palomino	4	43
Comisaría San Andrés	6	111
Comisaría Pettit Thouars	5	56
Comisaría Unidad Vecinal N° 3	4	58
TOTAL	47	696

2.2.- MUESTRA.

Con respecto a la muestra de fiscales: se han realizado un total de 20 encuestas.

Con respecto a los miembros de la Policía Nacional del Perú: El tamaño de una muestra simple al azar estadísticamente significativa para poblaciones finitas, se determina con la siguiente fórmula estadística:

$$N = \frac{(Z)^2 (PQ N)}{(E)^2 (N-1) + (Z)^2 PQ}$$

Dónde:

- Z= Desviación estándar
- E= Error de muestreo
- P= Probabilidad de ocurrencia de los casos
- Q= 1-P
- N= Tamaño del universo de población

Valores estadísticos constantes para determinar el tamaño de una muestra estadísticamente significativa:

- Z= 1.90 (95%)
- E= 0.05 (5%)
- P= 0.5 (50%)
- Q= 1-P
- N= 743

$$n = \frac{(1.96)^2 ((0.5) \times (1 - 0.5) (743))}{(0.05)^2 (743 - 1) + (1.96)^2 (0.5) (1 - 0.5)}$$

$$n = \frac{(3.8416) ((0.5) \times (0.5) (743))}{(0.0025) (742) + (3.8416) (0.5) (0.5)}$$

$$n = \frac{(3.8416) ((0.25) (743))}{(0.0025) (742) + (3.8416) (0.25)}$$

$$n = 253.45$$

$$n = 253$$

3.- MATERIALES, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

3.1.- TÉCNICAS

Las técnicas que se emplearan para realizar el trabajo de investigación fueron:

- Encuestas, cuestionarios
- Cuadros estadísticos

3.2.- INSTRUMENTOS

Entre los instrumentos que se utilizaran para el desarrollo del trabajo de investigación se encuentran los siguientes:

- Ficha de encuesta, cuestionarios

4.- ANÁLISIS ESTADÍSTICOS DE LOS DATOS

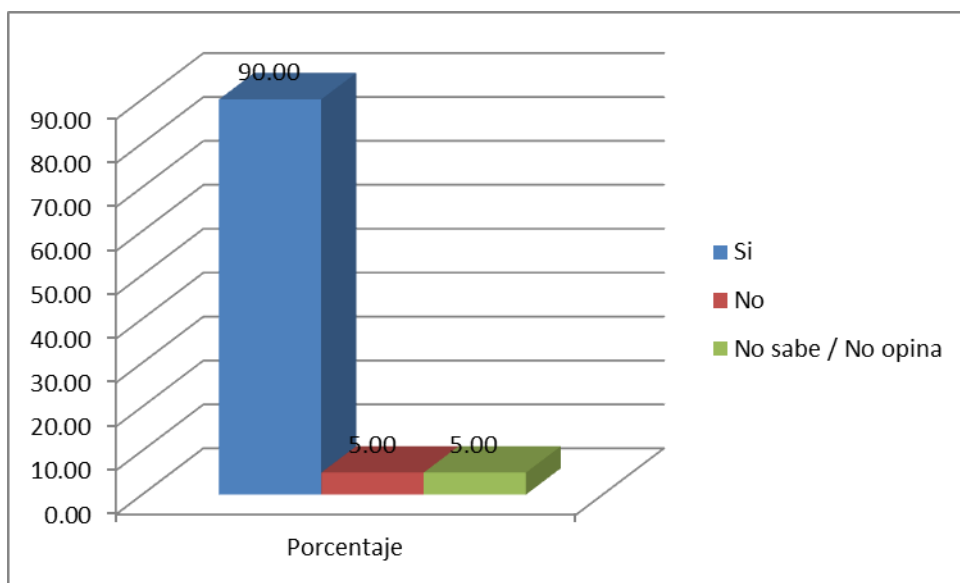
La información obtenida en el trabajo de campo se procesará y tabulará con el fin de desarrollar los cuadros y gráficos estadísticos a través de Microsoft Excel versión 2014, para proceder a su interpretación y análisis.

5.- ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS DATOS.

Tabla 2.

1. Usted cree que, ¿En la actualidad muchos abogados e inclusive jueces y fiscales desconocen cómo aplicar el derecho a la no incriminación a pesar de encontrarse positivado tanto a nivel constitucional y en la legislación procesal?			Frecuencia	Porcentaje
Si			18	90.00
No			1	5.00
No sabe / No opina			1	5.00
Total			20	100

Figura 1.



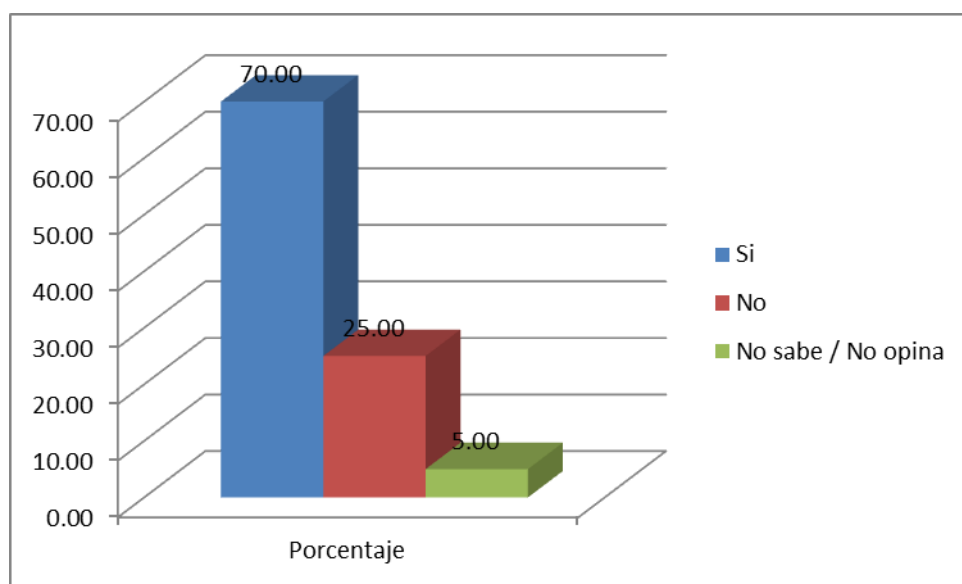
Interpretación: Según la percepción de los fiscales encuestados, el 90% manifiesta que en la actualidad muchos abogados e inclusive jueces y fiscales desconocen cómo aplicar el derecho a la no incriminación a pesar de encontrarse positivado tanto a nivel constitucional y en la legislación procesal, el 5% opina lo contrario y el 5% no sabe no opina. Con respecto al porqué el Fiscal entrevistado respondió lo siguiente: Si bien es cierto el derecho a la no autoincriminación se encuentra positivado en el constitución política, y las leyes

procesal penales, es mas tambien se encuentra positivizado en instrumentos internacionales en las cuales el Perú forma parte; sin embargo, el solo de cambiar las normas o que esten positivizados no significa que los operadores del derecho, abogados, jueces, fiscales y policia, lo van a cumplir a raja tabla, si no que tiene que ver con una cultura enraizada en el modo y forma de pensar por cada operador del derecho. En el derecho procesal penal se viene dando a nivel nacional una mutación de un cambio de sistema como es del sistema inquisitivo propiamente dicho a un sistema acusatorio con tendencia adversarial porque no es un acusatorio, eso implica una reforma en habitos , costumbres , forma de proceder , actuar, sobretudo el proceder de cada uno de los operadores del derecho , entonces no es que los operadores del derecho desconocen este derecho si no que tienen enraizado fallarizados con el tema de la cultura inquisitiva y prefieren lo conocido errado que lo desconocido por innovar. Me explico en la cultura inquisitivo la confesión es prueba plena , sin embargo en el modelo actual y con el tema de la no autoincriminación esa confesión tiene que cumplir ciertos presupuestos, esto es que sea libre, voluntaria, expresada en presencia de abogado defensor, espontánea y debe ser corroborada con otros actos de investigación. Hoy en día existe lamentablemente algunos jueces fiscales y abogados, todavian tienen muy dentro su concepción del sistema inquisitivo , de alli que contravienen este derecho a la no incriminación.

Tabla 3.

2. Usted cree que el Silencio o la renuencia a colaborar con las investigaciones por parte de los investigados, ¿es jurídicamente permitido?	Frecuencia	Porcentaje
Si	14	70.00
No	5	25.00
No sabe / No opina	1	5.00
Total	20	100

Figura 2.

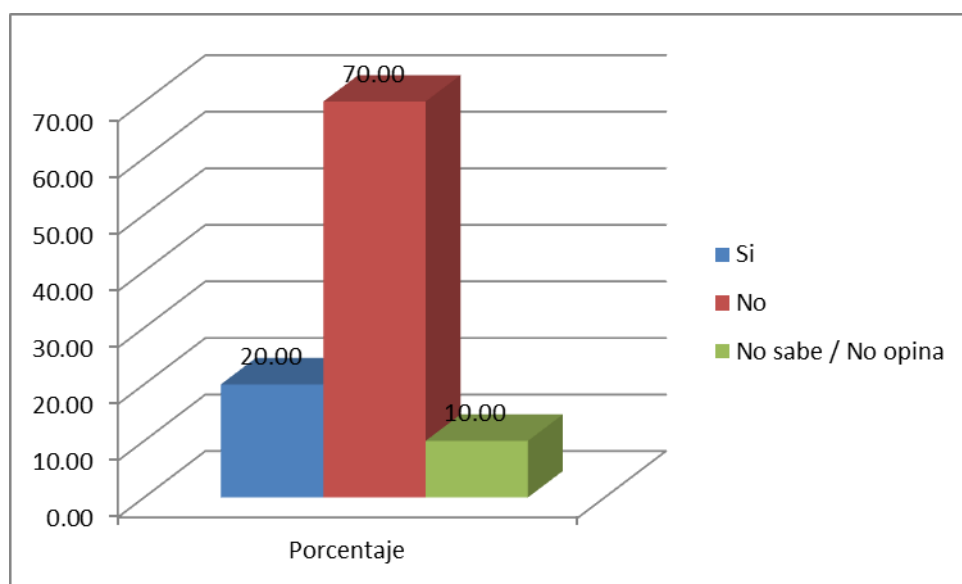


Interpretación: Según la percepción de los fiscales encuestados, el 70% cree que el silencio o la renuencia a colaborar con las investigaciones por parte de los investigados es jurídicamente permitido, el 25% opina lo contrario y el 5% no sabe no opina. Con respecto al porqué el Fiscal entrevistado respondió lo siguiente: Claro es juridico y legalmente permitido , pues estamos en un cambio de sistema procesal penal, donde la declaración del imputado no es prueba en un eventual juicio, de alli que en el artículo 71 del código procesal penal son derechos del imputado incluso guardar silencio, haciendo una defensa pasiva en una determinada investigación.

Tabla 4.

3. Usted cree qué, ¿los jueces pueden sustentar sus resoluciones judiciales condenatorias a partir de la renuencia o silencio de los investigados?	Frecuencia	Porcentaje
Si	4	20.0
No	14	70.0
No sabe / No opina	2	10.0
Total	20	100

Figura 3.

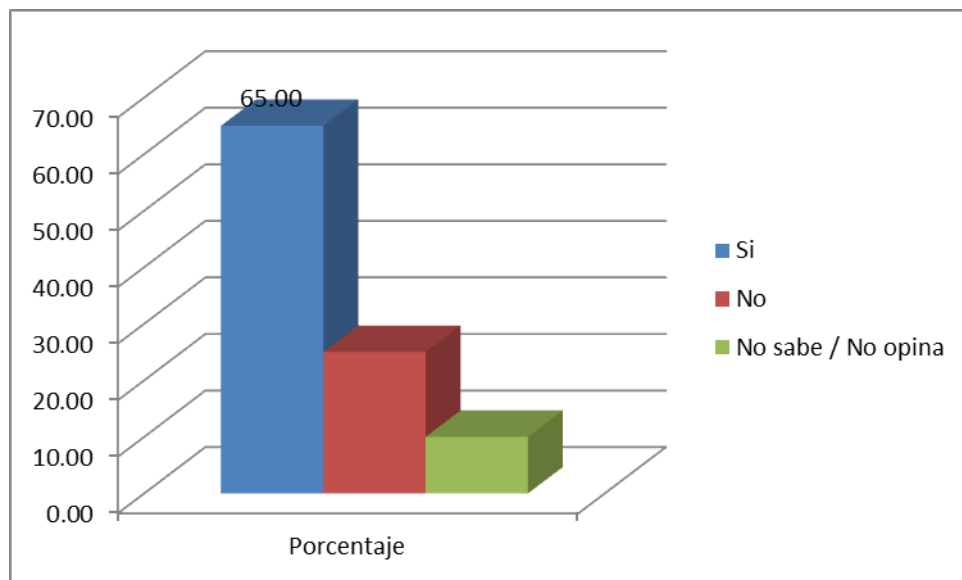


Interpretación: Según la percepción de los fiscales encuestados, el 20% cree que los jueces pueden sustentar sus resoluciones judiciales condenatorias a partir de la renuencia o silencio de los investigados, el 70% opina lo contrario y el 10% no sabe no opina. Con respecto al porqué el Fiscal entrevistado respondió lo siguiente: Bueno lo que se me pregunta está proscrito, la renuencia a no declarar no puede ser tomado como un indicio de que una persona es culpable, la culpabilidad no se presume se demuestra, es mas en juicio se puede evidenciar que existe cotradicciones con sus propias declaraciones previas, es decir que ha mentado, pero eso tampoco puede servir de insumo para emitir una sentencia condenatoria.

Tabla 5.

4. Usted cree qué, ¿todo lo que quiera o no quiera declarar el procesado debe ser tomado como un acto de autodefensa?	Frecuencia	Porcentaje
Si	13	65.00
No	5	25.00
No sabe / No opina	2	10.00
Total	20	100

Figura 4.

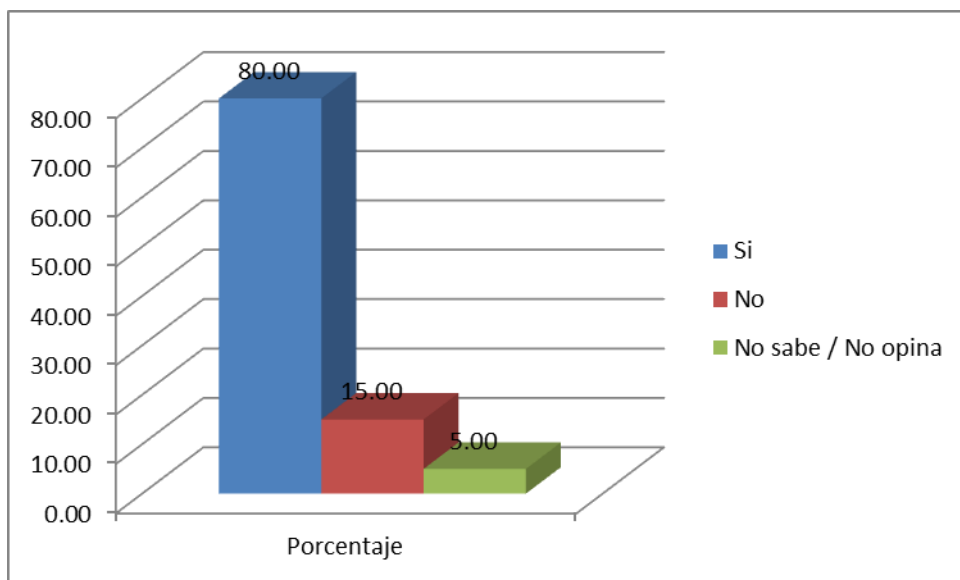


Interpretación: Según la percepción de los fiscales encuestados, el 65% cree que todo lo que quiera o no quiera declarar el procesado debe ser tomado como un acto de autodefensa, el 25% opina lo contrario y el 10% no sabe no opina. Con respecto al porqué el Fiscal entrevistado respondió lo siguiente: Bueno claro que si, la declaración del imputado si es un mecanismo de defensa , el derecho de defensa es un derecho constitucional irrestricto, toda persona tiene derecho a ser oído , y a ser escuchado respecto a las cargos que se le atribuye, es libre de expresarse libremente , pero de ahí el juez o fiscal para adoptar su posición esa versión brindada debe ser corroborada con otro elemento de convicción y recién allí tal declaración adquirirá fuerza o no esa declaración, pero declaración por si sola sea cual sea su contenido simplemente es un mecanismo de defensa , pues la declaración no se valora en forma aislada.

Tabla 6.

5. Usted cree que en nuestra legislación, ¿se obliga al imputado a cooperar en la formación de la convicción sobre sí mismo?	Frecuencia	Porcentaje
Si	16	80.00
No	3	15.00
No sabe / No opina	1	5.00
Total	20	100

Figura 5.

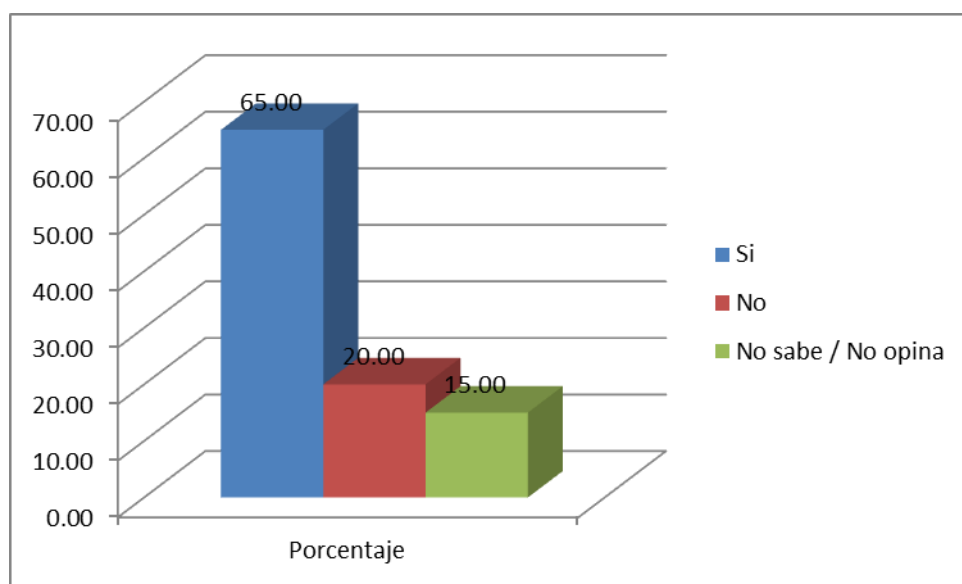


Interpretación: Según la percepción de los fiscales encuestados, el 80% cree que en nuestra legislación se obliga al imputado a cooperar en la formación de la convicción sobre sí mismo, el 15% opina lo contrario y el 5% no sabe no opina. Con respecto al porqué el Fiscal entrevistado respondió lo siguiente: Categóricamente no, pues como se expuso la declaración por si sola es un mecanismo de defensa.

Tabla 7.

6. Usted cree que en nuestra legislación, ¿numerosas sentencias judiciales se sustentan en declaraciones bajo exhortación o en la presunción de culpabilidad del silencio del procesado?	Frecuencia	Porcentaje
Si	13	65.00
No	4	20.00
No sabe / No opina	3	15.00
Total	20	100

Figura 6.

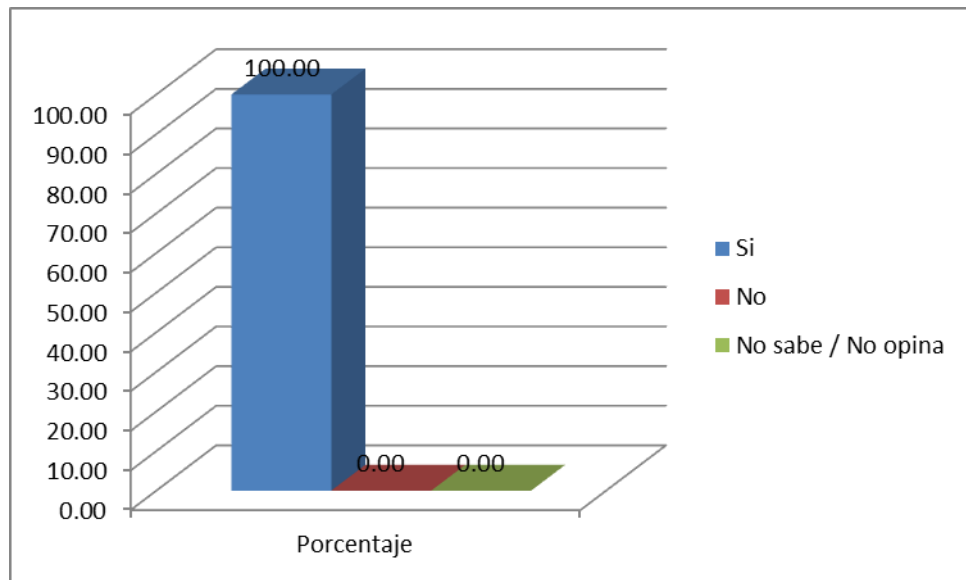


Interpretación: Según la percepción de los fiscales encuestados, el 65% cree que en nuestra legislación numerosas sentencias judiciales se sustentan en declaraciones bajo exhortación o en la presunción de culpabilidad del silencio del procesado, el 20% opina lo contrario y el 15% no sabe no opina. Con respecto al porqué el Fiscal entrevistado respondió lo siguiente: Bueno, actualmente, pero en el distrito judiciales como lima en la que aún no ha entrada en vigencia elnuevo código procesal penal, evidentemente debe existir sentencias que se respaldan en la prueba tasada como es la autoinculpación del imputado.

Tabla 8.

7. Usted cree qué, ¿la aplicación del derecho a la no incriminación influyen en la tutela de los derechos fundamentales en las Comisarias de Lima Centro?		
	Frecuencia	Porcentaje
Si	20	100.00
No	0	0.00
No sabe / No opina	0	0.00
Total	20	100

Figura 7.



Interpretación: Según la percepción de los fiscales encuestados, el 100% cree que aplicación del derecho a la no incriminación influyen en la tutela de los derechos fundamentales en las Comisarias de Lima Centro. Con respecto al porqué el Fiscal entrevistado respondió lo siguiente: Claro que si, se han venido interponiendo algunas tutelas de derechos cuando por ejemplo el imputado ha manifestado en forma escrita o verbal su intención de no declarar, sin embargo los fiscales han seguido ampliando la investigación en su propósito de obtener su declaración y encontrar quizá alguna contradicción o indicio para a partir de ello inculparlo, pero si el imputado ha manifestado que no quiere declarar mal harían los operadores del derecho de insistir en ello.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES



El derecho a la no incriminación, que se conoce también como el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable sustentan el derecho de defensa, de tal forma que el imputado como sujeto del proceso tiene el derecho a defenderse y hacerse oír. Desde ese punto de vista, en el interrogatorio del procesado, donde este se enfrenta a la administración de justicia, se debe respetar todo lo que quiera o no quiera declarar el imputado y debe ser tomado como un acto de autodefensa.



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 inculpado, 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. El imputado es un sujeto del proceso, y como tal, debe ser tratado de conformidad con el principio acusatorio.



En nuestra legislación, muchos abogados, jueces y fiscales desconocen cómo aplicar tal derecho a pesar de encontrarse positivado tanto a nivel constitucional y en la legislación procesal, ya que es común que muchos de ellos cuestionen el silencio de los investigados o su renuencia a colaborar con las investigaciones, silencio que si bien puede ser éticamente reprochable por la naturaleza de la acusación, es jurídicamente permitido, también se debe recalcar que este derecho no ha sido desarrollado ampliamente en nuestro país, de tal forma que comúnmente se obliga al imputado a cooperar en la formación de la convicción sobre sí mismo.



El derecho a declarar y el derecho a la no incriminación se fundamenta en la dignidad de la persona, al ser reconocido como sujeto del proceso. Es un derecho específico que se desprende del derecho de

defensa y la presunción de inocencia, comprende el derecho a ser oído, es decir de incorporar libremente al proceso la información que se estime conveniente y el derecho a guardar silencio, esto es que su negativa a declarar no será tomado como un indicio de culpabilidad.

RECOMENDACIONES

- El derecho de no incriminación implica que la declaración del inculpado no debe ser considerada como un medio de prueba sino como un acto de autodefensa. La presencia de un abogado defensor al momento de declarar es el complemento necesario para cautelar este derecho.
- El derecho al silencio implica que no se puede otorgar ningún significado en contra -ni a favor- del inculpado. Requiere necesariamente para hacerlo valer, el deber de información de que se goza de este derecho, información que se debe brindar tantas veces como se preste una declaración.
- Iniciar en el Distrito Judicial de Lima la implementación en forma progresiva de la entrada en vigencia del Nuevo Código Procesal Penal, a fin de que los operadores del Derecho no solo cuenten con la base constitucional sino también con mecanismos procesales que impliquen su cumplimiento en forma obligatoria de aspectos relacionados al respeto al Derecho a la No incriminación, para que de esa forma el porcentaje quizá menor que existe en la actualidad sobre violación a este Derecho, sea desterrada en forma definitiva, para ello, el Poder Ejecutivo tendrá que proporcionar el presupuesto adecuado, a fin de poder cubrir los gastos que involucra el cambio de sistema.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Libros:

- **ANGULO ARANA**, Pedro. La Investigación y el Delito En el Nuevo Código Procesal Penal; Gaceta Jurídica; Lima - Perú; 1a. Edición, 2006; p. 120
- **BAYTELMAN**, Andrés – **DUCE J.** Mauricio. Litigación Penal, Juicio Oral y Prueba; Editorial Alternativas; Lima Perú; 1a. Edición, 2005; p. 22
- **BIDART CAMPOS**, Germán. Teoría general de los Derechos Humanos, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, p. 172
- **BINDER**, Alberto, Iniciación al Proceso Penal Acusatorio. Editorial Alternativas, Lima 2002, p. 45.
- **BINDER**, Alberto, Introducción al Derecho Procesal Penal. Buenos Aires, Editorial Ad Hoc, 1993, p. 200
- **BUSTAMANTE ALARCÓN**, Reynaldo, Una Breve Aproximación A Los Derechos Humanos" (en línea) Espacio de publicaciones de la página web del estudio jurídico Reynaldo Bustamante & Asociados.
- **BUSTAMANTE ALARCÓN**, Reynaldo. Entre La Moral, La Política y El Derecho: El pensamiento filosófico y jurídico de Gregorio Peces-Barba. Tesis Doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, junio de 2008, p. 456
- **BUSTOS RAMÍREZ**, Juan. Obras Completas. Lima, ARA , 2004, T. II, pp. 463 - 464
- **CUBAS VILLANUEVA**, Víctor. El Proceso Penal. 5ed Palestra Editores, Lima, 2003, p. 179.

- **DE LA OLIVA SANTOS** Andrés y AA. VV. Derecho procesal penal. Madrid. Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces. 1993, p. 292.
- **DE PINA RAFAEL DE PINA VARA**, Rafael. Diccionario de Derecho, editorial Porrúa, S.A. 27edc, México, 1999, p.340
- **FERRAJOLI**, Luigi. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Madrid, 1995, Trotta, p. 766.
- **GARCÍA MAYNES**, Eduardo. Introducción al estudio del derecho. Editorial Porrúa, S.A. 14ed, México, 1992, p. 68.
- **GÓMEZ COLOMER**, Juan Luis, Constitución y proceso penal, Tecnos, Madrid, 1996
- **GORPHE**, Françoise. La apreciación judicial de las pruebas, citado por Kielmanovich, Jorge. Teoría de la prueba y medios probatorios. Abelardo Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 127
- **HORVITZ LENNON**, María Inés y López Masle, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno. T. I. Editorial Jurídica de Chile, 2002, pp. 443 – 444.
- **IBÁÑEZ LÓPEZ-POZAS**, Fernando, L. Especialidades procesales en el enjuiciamiento de delitos privados y semiprivados. Dykinson, 1993, p. 114.
- **MARTÍNEZ DE PISÓN**, José. Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales. Madrid, Tecnos, 2001, pp. 165-168.
- **MARTÍNEZ DE VALLEJO FUSTER**, B. Los derechos humanos como derechos fundamentales. Del análisis del carácter fundamental de los derechos humanos a la distinción conceptual. En Ballesteros, J. (ed.), Derechos humanos. Concepto, fundamentos, sujetos, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 42 - 43.

- **MIRANDA**, Jorge. Derechos fundamentales y derecho electoral. Instituto de Investigaciones Jurídicas. DR © 2005. Universidad Nacional Autónoma de México. Primera edición, 2005, p. 112

- **MONTERO AROCA**, Juan. Derecho Jurisdiccional. Proceso Penal. T. III, Editorial Bosch, Barcelona, 1994 p.148, Gimeno Sendra, V. Derecho Procesal Penal, 2da Edición, Colex. Madrid, 1997, p. 280.

- **NOGUEIRA ALCALÁ**, Humberto. Teoría y dogmática de los derechos fundamentales

- **NOGUEIRA ALCALÁ**, Humberto. Teoría y dogmática de los derechos fundamentales Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica, Núm. 156, Primera edición: 2003.DR © 2003. Universidad Nacional Autónoma de México, p. 56

- **NUÑEZ OJEDA**, Raúl. La instrucción del Ministerio Público o fiscal. Un estudio comparado entre la situación de Chile y España, Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Nº 01, Lima 2000, p. 252.

- **ORÉ GUARDIA**, Arsenio, Manual de Derecho procesal penal, 2ª ed., Ed. Alternativas, Lima, 1999.

- **PECES-BARBA**, Gregorio. Notas sobre derechos fundamentales, Socialismo y Constitución. (1977-1978), en: Libertad, Poder, Socialismo, (Civitas Monografías), Civitas, Madrid, 1978, p. 184 y siguientes; publicado anteriormente en: Sistema, Revista de Ciencias Sociales, Nº 17-18, abril de 1977, Madrid, p. 194, las tres citas. En Bustamante Alarcón, Reynaldo. Entre La Moral, La Política y El Derecho, op. Cit. p. 459

- **PECES-BARBA**, Gregorio. Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado. 1998. España, p. 37. Citado por Caverio de la

Peña, Iván. Responsabilidad social corporativa y protección de derechos fundamentales: La matriz de los derechos constitucionales. Revista de Asesoría Especializada, Informativo Caballero Bustamante, 1ra. quincena, Mayo 2011, p.1

- **PECES-BARBA**, Gregorio. Derechos Fundamentales, I. Teoría General. Guadiana de Publicaciones, Madrid, 1973, pp. 93-94. En Bustamante Alarcón, Reynaldo. Entre La Moral, La Política y El Derecho, Op. Cit. p. 458.
- **PEREZ NIETO CASTRO**, Leonel. Introducción al estudio del derecho, editorial Harla 3era edición, México, 1995, p. 137
- **PRIETO SANCHIS**, Luis. El Constitucionalismo de los Derechos. Revista española de Derecho Constitucional. Edición mayo-agosto. 2004. España, p. 51.
- **RODRÍGUEZ HURTADO**, Mario Pablo. Apunte tomado de su exposición en Marzo del 2007, curso organizado por GTZ y la Academia de la Magistratura, Profesor de la UNMSM, UCP, AMAG. En Poma Sánchez, Rubén Eduardo.
- **SAN MARTÍN CASTRO**, César. Artículo: El Perfil del Fiscal en el Sistema de Justicia Penal Peruano. Lima - Junio 2001.
- **SAN MARTÍN CASTRO**, César. Derecho Procesal Penal. Volumen II., Editora Jurídica Grijley E.I.R.L. Lima, Perú, 1999, pp. 342 a 344.
- **SÁNCHEZ VELARDE**, Pablo: El atestado Policial - Algunos Apuntes. En Temas de Derecho procesal Penal – Especialización para Fiscales. Editado por la Academia de la Magistratura Programa de Formación de Aspirantes Tercer Curso, Lima Perú, año 2000, p. 60

- **SÁNCHEZ VELARDE**, Pablo. Manual de derecho procesal penal. Ob. Cit., p. 421
- **SÁNCHEZ VELARDE**, Pablo. El Nuevo Proceso Penal. IDEMSA, Primera Edición, Lima – abril de 2009, p. 89.
- **SÁNCHEZ VELARDE**, Pablo. Manual de Derecho Procesal Penal. Editorial IDEMSA, Lima, Perú, 2004, p. 410 y ss.
- **SCHMITT**, Carl , Teoría de la Constitución, Madrid alianza, p. 175
- **SICCHA SALINAS**, Ramiro. Conducción de la Investigación y Relación del Fiscal con la Policía en el Nuevo Código Procesal Penal Publicado en la Revista JUS-Doctrina N° 3, Grijley Lima, marzo 2007 p. 6 y ss.
- **SOTO ÁLVAREZ**, Clemente. Prontuario de Introducción al Estudio del Derecho y Nociones de Derecho Civil. Editorial Limusa. México 1982.
- **TIEDEMAN** en: Roxin , Claus. Introducción al Derecho Penal y derecho procesal penal. Ariel, Barcelona, 1989, p. 178. En San Martín Castro. Ob. Cit., T.I p. 332
- **VÁSQUEZ**, Rodolfo. interpretación jurídica y decisión judicial, doctrina jurídica y contemporánea, México, 1998, p. 151.

Legislación:

- Decreto Legislativo N° 957 publicado en El Peruano el 29-07.2004.
- Ley N° 27934 publicado el 12.02.2003.

Jurisprudencia:

- Tribunal Constitucional Peruano, Exp. N° 0024-2003-AI/TC, caso Municipalidad Distrital de Lurín, en consideraciones previas.
- Tribunal Constitucional Peruano, caso Poder Judicial contra Poder Ejecutivo, Exp. N° 0004-2004-CC/TC, fundamento jurídico 32. En Exp. N° 047-2004-AI/TC, F.J. 32, última parte.
- Tribunal Constitucional Peruano, Exp. N.º 1417-2005-AA/TC Lima, caso Manuel Anicama Hernández, segundo párrafo del F.J. 3
- Tribunal Constitucional Peruano, Exp. N.º 047-2004-AI/TC, Fundamento Jurídico 32
- Tribunal Constitucional Peruano, Exp. N.º 047-2004-AI/TC, F. J. 33
- Tribunal Constitucional Peruano, Exp. N° 047-2004-AI/TC, F. J. 3.

Notas Periodísticas:

- La Diligencia preliminar y la investigación preparatoria. Colegio de Abogados de La Libertad – Perú. Disponible en:
- http://www.cejamericas.org/portal/index.php/es/biblioteca/biblioteca-virtual/cat_view/43-documentos/73-otros-documentos. Tomado el 20 de noviembre del 2011
- El Comercio. (26 de febrero de 2013). Percepción de inseguridad a nivel nacional registra un alto 86,7%. pág. 2. Recuperado de <http://elcomercio.pe/peru/lima/percepcion-inseguridad-nivel-nacional-registra-alto-867-noticia-1542677>
- Instituto De Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica, Núm. 156, Primera edición, 2003.DR © 2003. Universidad Nacional Autónoma de México, p. 62

- Tupayachi Sotomayor, Jhonny. El Test De Ponderación Como Protección Al Principio De Igualdad. Disponible en:
- <http://jhonytupayachi.blogspot.com/2008/10/el-test-de-ponderacion-como-proteccion.html> consultado el 25 de diciembre del 2011.

ANEXOS

ENCUESTA

1. Usted cree qué, ¿En la actualidad muchos abogados e inclusive jueces y fiscales desconocen cómo aplicar tal derecho a pesar de encontrarse positivizado tanto a nivel constitucional y en la legislación procesal?

α . Si

β . No

χ . No sabe / No opina

2. Usted cree que el Silencio o la renuencia a colaborar con las investigaciones por parte de los investigados, ¿es jurídicamente permitido?

α . Si

β . No

χ . No sabe / No opina

3. Usted cree qué, ¿los jueces pueden sustentar sus resoluciones judiciales condenatorias a partir de la renuencia o silencio de los investigados?

α . Si

β . No

χ . No sabe / No opina

4. Usted cree qué, ¿todo lo que quiera o no quiera declarar el procesado debe ser tomado como un acto de autodefensa?

α . Si

β . No

χ. No sabe / No opina

5. Usted cree que en nuestra legislación, ¿se obliga al imputado a cooperar en la formación de la convicción sobre sí mismo?

a. Si

b. No

c. No sabe / No opina

6. Usted cree que en nuestra legislación, ¿numerosas sentencias judiciales se sustentan en declaraciones bajo exhortación o en la presunción de culpabilidad del silencio del procesado?

a. Si

b. No

c. No sabe / No opina

7. Usted cree que, ¿la aplicación del derecho a la no incriminación influyen en la tutela de los derechos fundamentales en las Comisarias de Lima Centro?

a. Si

b. No

c. No sabe / No opina

ANEXOS

Jurisprudencia Nacional e Internacional

1.- Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español.

SUMILLA: *Se señala los alcances del derecho a la no incriminación a raíz de la cuestión de inconstitucionalidad planteada contra el art. 380 del C.P. que tipifica como delito, la omisión del conductor a someterse a las pruebas de alcoholemia cuando es requerido por los agentes de Seguridad.*

Nº 197/1995, del 21-12-1995, Fecha BOE 04-01-96. Pte.:
Ruiz Vadillo, Enrique

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- La presente cuestión de inconstitucionalidad tiene por objeto el enjuiciamiento del art. 380 C.P. desde la perspectiva de los arts. 1,1, 9,3, 17,3, 24,2, 25,2 y 53 CE. El nuevo tipo penal establece que "El conductor que, requerido por el agente de la autoridad, se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de los hechos descritos en el artículo anterior, será castigado como autor de un delito de desobediencia grave, previsto en el art. 556 de este Código (265)". El Juzgado de lo Penal núm. 1 de Palma de Mallorca considera que este precepto contraría el principio de proporcionalidad de las penas y su orientación hacia la reeducación y reinserción social, y lesiona

los derechos a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable.

El Fiscal General del Estado apoya en lo esencial el planteamiento del auto de cuestionamiento, si bien con una doble limitación: su objeto se reduce al ámbito típico referido a las pruebas de **alcoholemia**, único relevante para la decisión judicial que la suscita; sólo aprecia la contradicción constitucional planteada desde el contenido de los arts. 24,2 (derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, y derecho de defensa) y 25,1 CE (que sería el que acogería el principio de proporcionalidad de las penas).

El Abogado del Estado, por su parte, considera que el fondo de la cuestión no es estimable. Los únicos defectos que en realidad serían atribuibles al precepto cuestionado, y no a los que regulan las pruebas a las que éste se refiere, son rechazables a la luz de la consolidada jurisprudencia de este Tribunal relativa a que las pruebas de detección discutidas no constituyen una declaración en el sentido de los correlativos derechos del art. 24,2 CE y a la luz del canon de análisis de proporcionalidad perfilado recientemente en la STC 55/1996.

SEGUNDO.- Antes de entrar en el análisis del fondo de la cuestión planteada, debemos precisar su objeto ya que, como queda dicho, el Mº Fiscal pretende limitar su alcance únicamente a lo atinente a las pruebas de la **alcoholemia**. Basa su alegato en la irrelevancia parcial del artículo cuestionado -y con ello la irrelevancia parcial de su validez- para el sentido de la resolución que debe dictar. Entiende que, como lo que se le imputa al denunciado en el procedimiento de origen es su "negativa a someterse a la

prueba de **alcoholemia**", habría que limitar el juicio de constitucionalidad a esta "posibilidad comisiva", a este "supuesto de delito de desobediencia", dejando al margen, en aras a la preservación del sentido y la naturaleza de la cuestión de inconstitucionalidad, el análisis del art. 380 C.P. en lo relativo a la negativa a las pruebas de detección de la conducción bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

Tiene razón la Fiscalía cuando acentúa la trascendencia del requisito de relevancia para la preservación de la correcta utilización del cauce de la cuestión de inconstitucionalidad. Sin embargo, al determinar el objeto de este tipo de proceso constitucional debe tenerse presente que, aunque la cuestión de inconstitucionalidad deba plantearse ineludiblemente con ocasión de la aplicación de un precepto legal concreto a un caso determinado, el objeto de control es el precepto considerado en abstracto; aunque, para distinguir la cuestión del recurso de inconstitucionalidad en algunas sentencias de este Tribunal se haya calificado la primera como proceso de control concreto, con esta expresión se ha querido destacar que es un proceso que tan sólo puede plantearse con ocasión de la aplicación del precepto cuestionado a un caso concreto y siempre que de su validez dependa el fallo suspendido en el proceso judicial; sin embargo, una vez promovida la cuestión, el objeto y el tipo de control es en lo sustancial idéntico al del recurso de inconstitucionalidad ya que en los dos casos se trata de contrastar en abstracto el precepto legal con las normas que integran el llamado bloque de la constitucionalidad.

Lo que acaba de decirse no significa que en algún supuesto específico no quepa limitar la cuestión de inconstitucionalidad.

dad a un inciso concreto de un determinado precepto legal; sin embargo, esta posibilidad dependerá, en principio, de la concurrencia de dos circunstancias fundamentales: primero, de si el tenor literal del enunciado normativo regula de forma diferenciada distintos supuestos y, en segundo lugar, si éstos suscitan problemas sustancialmente diversos desde la perspectiva constitucional que suscita la duda de inconstitucionalidad.

En el caso aquí enjuiciado, aunque el art. 380 CHA. se refiere, por remisión al art. 379 C.P., a las pruebas relativas a cuatro sustancias diferentes (drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas y bebidas alcohólicas), en el precepto examinado ni se regulan de forma específica las distintas pruebas -circunstancia que se establece en otros preceptos no cuestionados-, ni las cuatro diferentes sustancias presentan una problemática constitucional diferenciada desde la perspectiva de enjuiciamiento planteada por la presente cuestión de inconstitucional, es decir, exclusivamente desde la alegada vulneración del derecho a no declarar y desde la proporcionalidad de la pena de privación de libertad.

TERCERO.- El fondo de la cuestión suscita dos problemas principales, a saber: la conformidad del art. 380 CP con los derechos a no declarar, a no confesarse culpable y, más en general, con el derecho a la defensa y a la presunción de inocencia contemplados en los arts. 17 y 24,2 CE y, en segundo lugar, la proporcionalidad de la pena ex art. 25,1 CE en relación con los arts. 1,1, 9,3 CE y, en especial, con el art. 17 del Texto constitucional.

El órgano cuestionante sugiere también otra perspectiva de evaluación constitucional de la norma penal referida: la de la orientación de las penas privativas de libertad hacia la reeduca-

ción y reinserción social a la que se refieren los arts. 25,2 y 53,1 CE. Concretamente sostiene que la pena de privación de libertad prevista en el art. 380 CP "está orientada, exclusivamente, a una finalidad de prevención general", con lo que se desconoce el mandato contenido de los preceptos citados en la Constitución. No obstante, como ya adelantábamos y como destaca el Abogado del Estado, los argumentos esgrimidos para sustentar la infracción del art. 25,2 CE -y la del art. 53 CE, de improcedente e infundada invocación- carecen de poder de convicción.

En efecto, no se entiende por que esta concreta pena privativa de libertad, descrita abstractamente en el artículo como es lo habitual, no está o no estará orientada en su ejecución a los fines de reeducación y resocialización social. Asimismo, debe recordarse que este Tribunal ha reiterado que las finalidades del art. 25,2 CE no tienen un carácter prioritario sobre otras -de prevención general u otras de prevención especial-; es más, resulta discutible el presupuesto de que la propia imposición de la sanción no despliega ninguna función resocializadora (SSTC 19/398B, 150/3991, 55/1996).

Por otra parte, si lo que quiere decirse al alegar la vulneración del art. 25,2 CE es que los autores del delito contemplado en el art. 380 CP no requieren socialización, debe precisarse que esta afirmación comporta en última instancia la negación del carácter lesivo del comportamiento típico, que no implicaría ningún atentado a la sociedad, así como la consideración de que la resocialización en cualquiera de sus grados sólo viene indicada con respecto a ciertos delitos. Ninguna de estas afirmaciones y premisas puede ser acogida.

CUARTO.- El primero de los núcleos de la presente cuestión de inconstitucionalidad se refiere, pues, a la conformidad del nuevo tipo penal con el derecho del detenido a no declarar y con los derechos de todos a no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpables. El escrito de la Fiscalía, por su parte, añade la perspectiva del derecho de defensa.

Esta duda de constitucionalidad ha sido ya, en su esencia, expresamente abordada y resuelta por este Tribunal. La STC 103/1985 afirmaba que "el deber de someterse al control de **alcoholemia** no puede considerarse contrario al derecho a no declarar, y no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, pues no se obliga al detectado a emitir una declaración que exteriorice un contenido, admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia, exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los arts. 17,3 y 24,2 CE" (f. j. 3º también, STC 76/1990, f. j. 10º; AATC 837/1988, f. j. 2º; y 221/1990, f. j. 2º).

Contemporáneamente, la STC 107/1985 añadía que la realización de una prueba de **alcoholemia** no entraña exigencia alguna de declaración autoincriminatoria del afectado, y sí sólo la verificación de una pericia técnica de resultado incierto y que no exorbita, en sí, las funciones propias de quienes tienen como deber la preservación de la seguridad del tránsito y, en su caso, en mérito de lo dispuesto en el art. 492,1 LECr., la detención de quien intentare cometer un delito o lo estuviere cometiendo. En estos términos, la verificación de la prueba que se considera supone, para el afectado, un sometimiento, no ilegítimo desde la perspectiva constitu-

cional, a las normas de policía, sometimiento al que, incluso, puede verse obligado sin la previa existencia de indicios de infracción, en el curso de controles preventivos realizados por los encargados de velar por la regularidad y seguridad del tránsito" (f. j. 3º; también, SSTC 22/1988, f. j. 1º, y 252/1994, f. j. 4º).

Esta doctrina ha sido recordada en otras ocasiones con éstas u otras palabras. Así, la STC 195/1987 afirmaba rotundamente que en la determinación del grado de alcohol en sangre a través del correspondiente test de **alcoholemia** no es contraria a las garantías constitucionales (f.j.2º); el ATC 61/1983 establecía que sin perjuicio, naturalmente, del derecho del ciudadano a rehusar la sujeción a tal prueba y de soportar las consecuencias que del rechazo se puedan derivar (f.j.2º) y la STC 252/1984 reiteraba la caracterización de la prueba de **alcoholemia** como "una pericia técnica en que la participación del detenido con declaraciones autoinculpadoras está ausente" (f. j. 4º). Más recientemente, la STC 197/1995 volvía a negar la catalogación de dicha prueba como declaración (f. j. 8º).

QUINTO.- Debemos ahora reiterar esta doctrina, con ocasión de la resolución de la presente cuestión y de las nuevas dudas de corrección jurídica que al respecto ha levantado el art. 380 CP. La resurrección de esta incertidumbre, por cierto, carece de apoyo en la norma cuestionada, que no sólo no establece pruebas de detección de alcohol o drogas en los conductores, como apuntábamos antes, sino que tampoco impone ex novo su obligatoriedad: se limita a aumentar el rigor de las consecuencias de su incumplimiento y a elevarlas del ámbito administrativo al penal. Desde esta perspectiva no se crea propiamente un nuevo precepto jurídico si-

no que se modifica su sanción, lo que invita a considerar que el nuevo problema de constitucionalidad no radica en la contrariedad al art. 24 CE. en una obligación ya preexistente y ya sometida por una u otra vía a la consideración de esta jurisdicción, sino, en su caso, en el tratamiento proporcionado del derecho afectado por la sanción.

Como ya anunciábamos, la reconsideración que ahora se nos pide, ni siquiera ampliando las perspectivas del enjuiciamiento a otros aspectos del propio art. 24, puede dar pie a un cambio de criterio jurisprudencial. Recientemente recordaba el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (S 17 diciembre 1996, caso Saunders contra el Reino Unido, parágrafo 68; previamente en la S 25 febrero 1993, caso Funke contra Francia, parágrafo 44, y en la S 8 febrero 1996, caso John Murray contra el Reino Unido, parágrafo 45), el derecho al silencio y el derecho a no autoincriminarse, no expresamente mencionados en el art. 6 del Convenio, residen en el corazón mismo del derecho a un proceso equitativo y enlazan estrechamente con el derecho a la presunción de inocencia. Nuestra Constitución si menciona específicamente los derechos "a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpables, estrechamente relacionados, en efecto, con el derecho de defensa y con el derecho a la presunción de inocencia, de los que constituye una manifestación concreta.

Así, por una parte, el silencio constituye una posible estrategia defensiva del imputado o de quien pueda serlo, o puede garantizar la futura elección de dicha estrategia. Como explicábamos "in extenso" en la STC 197/1995, mientras que en el viejo proceso penal inquisitivo "regido por el sistema de prueba tasada, el

imputado era considerado como objeto del proceso penal, buscándose con su declaración, incluso mediante el empleo del tormento, la confesión de los cargos que se le imputaban, en el proceso penal acusatorio el imputado ya no es objeto del proceso penal, sino sujeto del mismo, esto es, parte procesal y de tal modo que su declaración, a la vez que medio de prueba o acto de investigación, es y ha de ser asumida esencialmente como una manifestación o un medio idóneo de defensa. En cuanto tal, ha de reconocérsele la necesaria libertad en las declaraciones que ofrezca y emita, tanto en lo relativo a su decisión de proporcionar la misma declaración, como en lo referido al contenido de sus manifestaciones. Así pues, los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (...) son garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa, al que prestan cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación, quien, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguna a declarar contra si mismo o a confesarse culpables (f. j. 6º).

Por otra parte, los derechos alegados en la presente cuestión entroncan también con una de las manifestaciones del derecho a la presunción de inocencia: la que sitúa en la acusación la carga de la prueba; esta carga no se puede trocar tácticamente haciendo recaer en el imputado la obligación de aportar elementos de prueba que supongan una autoincriminación. En palabras también de la STC 197/1995, "el ejercicio del "ius puniendi" del Estado en sus diversas manifestaciones está sometido al juego de la prueba

de cargo o inculpativa de la conducta reprochada y a un procedimiento en el que la persona a la que se le imputa aquélla pueda ejercer su derecho de defensa". (f. j. 7º).

SEXTO.- A la luz de lo anterior tiene pleno sentido la diversidad de perspectivas que desde el propio seno del art. 24,2 CE, y partiendo de un origen y un fundamento dogmático común, aplican al precepto cuestionado el órgano judicial cuestionante y el Fiscal General. La de los derechos a la declaración y a la no confesión es, desde cierto punto de vista, más restringida, pues puede considerarse que comprende únicamente la interdicción de la compulsión del testimonio contra uno mismo, mayor amplitud tiene la prohibición de compulsión a la aportación de elementos de prueba que tengan o puedan tener en el futuro valor inculpativo contra el así compelido, derivada del derecho de defensa y del derecho a la presunción de inocencia. Esta amplitud, sin embargo, debe someterse a un doble tamiz en el complejo equilibrio de garantías e intereses que se concitan en el procedimiento sancionador: las garantías frente a la autoinculpación se refieren en este contexto solamente a las contribuciones del imputado o de quien pueda razonablemente terminar siéndolo y solamente a las contribuciones que tienen un contenido directamente inculpativo.

Así, en primer lugar, tal garantía no alcanza sin embargo a integrar en el derecho a la presunción de inocencia la facultad de sustraerse a las diligencias de prevención, de indagación o de prueba que proponga la acusación o que puedan disponer las autoridades judiciales o administrativas. La configuración genérica de un derecho a no soportar ninguna diligencia de este tipo dejaría inermes a los poderes públicos en el desempeño de sus legítimas

funciones de protección de la libertad y la convivencia, dañaría el valor de la justicia y las garantías de una tutela judicial efectiva, y cuestionaría genéricamente la legitimidad de diligencias tales como la "identificación y reconocimiento de un imputado, la entrada y registro en un domicilio, o las intervenciones telefónicas o de correspondencia. En esta línea, en relación con una diligencia de reconocimiento médico de una imputada, tuvimos ya ocasión de precisar que su ejecución "podría ser compelida mediante la advertencia de las consecuencias sancionadoras que pueden seguirse de su negativa o de la valoración que de ésta quepa hacer en relación con los indicios ya existentes" (STC 37/3989, f. j. 8º).

Los mismos efectos de desequilibrio procesal, en detrimento del valor de la justicia, y de entorpecimiento de las legítimas funciones de la Administración, en perjuicio del interés público, podría tener la extensión de la facultad de no contribución a cualquier actividad o diligencia con independencia de su contenido o de su carácter, o la dejación de la calificación de los mismos como directamente inculpativos a la persona a la que se solicita la contribución. En suma, como indican el prefijo y el sustantivo que expresan la garantía de autoincriminación, la misma se refiere únicamente a las contribuciones de contenido directamente inculpativo.

SEPTIMO.- Aplicando lo que antecede en los dos fundamentos anteriores a la presente cuestión de inconstitucionalidad, hemos de reiterar, en primer lugar, que las pruebas para la comprobación de la conducción bajo la influencia del alcohol o de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, y, entre ellas, las de espiración de aire a través de un alcoholímetro, no

constituyen en rigor una declaración o testimonio, por lo que no pueden suponer vulneración alguna de los derechos a no declarar, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable.

Tampoco menoscaban "per se" el derecho a la presunción de inocencia por inversión de la carga material de la prueba. Las pruebas de detección discutidas, ya consistan en la espiración de aire, ya en la extracción de sangre, en el análisis de orina o en un examen médico, no constituyen actuaciones encaminadas a obtener del sujeto el reconocimiento de determinados hechos o su interpretación o valoración de los mismos, sino simples pericias de resultado incierto que, con independencia de que su mecánica concreta no requiera sólo un comportamiento exclusivamente pasivo, no pueden catalogarse como obligaciones de autoincriminarse, es decir, como aportaciones o contribuciones del sujeto que sostengan o puedan sostener directamente, en el sentido antes dicho, su propia imputación penal o administrativa, ya que, según se dijo en la STC 76/1990 respecto de la obligación de exhibir o aportar determinados documentos contables, con ello quien se ve sometido a esas pruebas "no está haciendo una declaración de voluntad ni emite una declaración que exteriorice un contenido admitiendo su culpabilidad. En el mismo sentido se pronuncia la STC 197/1995 en relación con la obligación del titular de un vehículo de identificar al conductor presuntamente responsable de una infracción. De ahí que no exista el derecho a no someterse a estas pruebas y sí, por contra, la obligación de soportarlas.

Esta obligación nace, en efecto, no sólo de la evidente legitimidad genérica de este tipo de actuaciones de los poderes públicos como actuaciones de indagación de la policía judicial para la

detección de la comisión de delitos, sino también de una justificación análoga de las mismas cuando corresponden a la función de supervisión de la Administración de que las actividades peligrosas lícitas se desarrollen en el marco de riesgo permitido por el ordenamiento. Desde la óptica del ciudadano y como contrapartida de la propia permisión del riesgo circulatorio, ésta se traduce en un correlativo deber de soportar estas actuaciones de indagación y control, y de colaborar con su práctica, dentro naturalmente del espacio ya reseñado que demarcan sus garantías procedimentales esenciales.

En efecto, la conducción de vehículos a motor es una actividad que puede poner en grave peligro la vida y la integridad física de muchas personas, hasta llegar a convertirse en la actualidad en la primera causa de mortalidad en un segmento de edad de la población española; de ahí que, como sucede con otras muchas actividades potencialmente peligrosas, resulte plenamente justificable que los poderes públicos, que deben velar en primerísimo lugar por la vida de los ciudadanos, supediten el ejercicio de esta actividad al cumplimiento de severos requisitos, sometan a quienes quieran desarrollarla a controles preventivos llevados a cabo por parte de las Administraciones Públicas y se anude a su incumplimiento sanciones acordes con la gravedad de los bienes que se pretende proteger.

La obligación de someterse a las pruebas de detección de alcohol u otras sustancias estupefacientes, a pesar de las dudas que pudiera suscitar el tenor literal del art. 380 CP, tiene como objetivo, pues, el de comprobar si los conductores cumplen las normas de policía establecidas para garantizar la seguridad del tráfico.

Dicho sometimiento no sólo no supone una autoincriminación en relación con un delito contra la seguridad en el tráfico, por lo ya expuesto, sino que constituye hoy en el nuevo Código penal el mandato típico de un delito específico de desobediencia, respecto del cual, a su vez, frente a lo que sugiere el Fiscal, carece de sentido plantear la negativa al sometimiento a las pruebas no como delito per se, sino como un acto de autoincriminación.

El criterio expuesto converge en lo esencial con el de la resolución (73) 7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 22 marzo 1973, que indica que "nadie podrá negarse o sustraerse a una prueba del aliento, a que se le tome una muestra de sangre o a someterse a un reconocimiento médico. Las legislaciones nacionales serán las responsables de velar por la aplicación de este principio (punto II, 2 c). Es también acorde con el que sustenta al respecto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (S 17 diciembre 1996, caso Saunders contra el Reino Unido, parágrafo 69) y la Comisión Europea de Derechos Humanos (asuntos 968/61 y 8.239/1978).

OCTAVO.- El segundo interrogante fundamental que desde la Constitución se dirige al art. 380 CP se refiere a la relación de proporcionalidad entre el desvalor del comportamiento que tipifica y la pena de prisión de 6 meses a 1 año que se le asigna. El desequilibrio resultante constituiría, a juicio del órgano judicial cuestionante y del Fiscal, una infracción de los arts. 1,1, 9,3 y 25,1 CE: así lo demostraría tanto la suficiencia protectora de la seguridad viaria de medidas alternativas de índole procesal o administrativa, como la comparación de la conducta típica sancionada con

la propia de desobediencia grave, y la de la pena típica con la que merece la conducta a cuya detección se dirigen las pruebas requeridas (arresto de 8 a 12 fines de semana multa de 3 a 8 meses, y privación del derecho a conducir vehículos de motor y ciclomotores por tiempo superior a 1 e inferior a 4 años).

El planteamiento constitucional del problema indicado por el Fiscal es el adecuado. Como afirmaba la STC 55/1996, "el principio de proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales. Es, si quiere decirse así, un principio que cabe inferir de determinados preceptos constitucionales y, como tal, opera esencialmente como un criterio de interpretación que permite enjuiciar las posibles vulneraciones de concretas normas constitucionales (...). El ámbito en el que normalmente y de forma muy particular resulta aplicable (...) es el de los derechos fundamentales (f. j. 3º). En el presente caso lo que en realidad se plantea es el tratamiento desproporcionado de la libertad personal en cuanto contenido de una sanción, lo que nos lleva naturalmente de la mano del art. 17 CE al art. 25, CE (STC 55/1996, f. j. 3º "in fine").

NOVENO.- Cualquier tacha de desproporción en esta sede y, en general, en jurisdicción de declaración de inconstitucionalidad debe partir inexcusablemente "del recuerdo de la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las con-

ductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo". En el ejercicio de dicha potestad "el legislador goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática (...). De ahí que, en concreto, la relación de proporción que deba guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna será el fruto de un complejo juicio de oportunidad que no supone una mera ejecución o aplicación de la Constitución, y para el que "ha de atender no sólo al fin esencial y directo de protección al que responde la norma, sino también a otros fines legítimos que puede perseguir con la pena y a las diversas formas en que la misma opera y que podrían catalogarse como sus funciones o fines inmediatos a las diversas formas en que la conminación abstracta de la pena y su aplicación influyen en el comportamiento de los destinatarios de la norma -intimidación, eliminación de la venganza privada, consolidación de las convicciones éticas generales, refuerzo del sentimiento de fidelidad al ordenamiento, resocialización, etc.- y que se clasifican doctrinalmente bajo las denominaciones de prevención general y de prevención especial. Estos efectos de la pena dependen a su vez de factores tales como la gravedad del comportamiento que se pretende disuadir, las posibilidades fácticas de su detección y sanción, y las percepciones sociales relativas a la adecuación entre delito y pena" (STC 55/1996, f. j. 6º).

"La reflexión anterior anticipa ya los límites que en esta materia tiene la jurisdicción de este Tribunal frente al legislador (...). Lejos (...) de proceder a la evaluación de su conveniencia, de sus efectos, de su calidad o perfectibilidad, o de su relación con

otras alternativas posibles, hemos de reparar únicamente, cuando así se nos demande, en su encuadramiento constitucional. De ahí que una hipotética solución desestimatoria ante una norma penal cuestionada no afirme nada mas ni nada menos que su sujeción a la Constitución, sin implicar, por lo tanto, en absoluto, ningún otro tipo de valoración positiva en torno a la misma" (f. j. 6º). En suma, no se trata ahora de evaluar la eficacia o la bondad del art. 380 ni de calibrar el grado de desvalor de su comportamiento típico o el de severidad de su sanción. Sólo nos compete enjuiciar si en esta intervención legislativa se han respetado los límites externos que el principio de proporcionalidad impone desde la Constitución al tratamiento de la libertad personal.

DECIMO.- Antes de enjuiciar la alegada desproporción de la sanción desde la perspectiva suscitada por el órgano cuestionante, conviene precisar, como "prius" lógico de este enjuiciamiento, los bienes o intereses que la norma cuestionada pretende proteger.

Esta primera aproximación al problema de proporcionalidad suscitado podría incluso conducir ya a su resolución desestimatoria "si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la preservación de bienes o intereses, no sólo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya, también, socialmente irrelevantes (STC 111/1993, f. j. 9º)" (STC 55/1996, f. j. 7º).

Como se desprende de la rúbrica del capítulo en el que se inscribe -"delitos contra la seguridad del tráfico"-, de la caracterización como "conductor" de su sujeto activo y de la natura-

leza de la conducta que las pruebas a las que se refiere trata de verificar -conducción de un vehículo a motor- no cabe duda de que la de protección de la seguridad en el tráfico rodado forma parte de las finalidades esenciales del art. 380 CP. La propia expresión de esta finalidad inmediata lleva a la constatación de otra mediata: el riesgo que se trata de evitar -la seguridad que se trata de proteger- lo es fundamentalmente para "la vida o la integridad de las personas" (art. 381), bienes que se integran así en el ámbito de protección de la norma.

Una segunda inferencia de la finalidad de la norma cuestionada tiene su origen en la catalogación expresa del tipo como de desobediencia grave, previsto en el art. 556 CP. La punición de la desobediencia trata, por una parte, de proteger el "orden público", tal como indica el título en el que se ubica el delito. Dicho orden público se entiende en la doctrina y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo bien como orden jurídico, bien como paz social, o como clima de tranquilidad en la esfera no íntima o privada de los ciudadanos, o como coexistencia social, pacífica y adecuada de las relaciones interindividuales. Si bien este primer aspecto del objeto de protección puede verse como una mera abstracción del ya definido como seguridad del tráfico, que sería el orden y el sector concreto de lo público que se trata de asegurar, debe destacarse una segunda finalidad protectora propia del tipo penal de desobediencia, cual es la constituida por la dignidad y las condiciones de ejercicio de la legítima función pública -también llamado principio de autoridad-, aspecto este de protección que acentúa el Abogado del Estado en el presente proceso.

La constatación anterior de las finalidades de la norma cuestionada, corroborada por el debate parlamentario habido en la tramitación de la disposición, demuestra la razonabilidad de la medida y no tiene mayores ambiciones de precisión que las que sirven al análisis de la alegación de posible desproporción de la pena del art. 380 CP. A partir de dicha conclusión no requiere mayor fundamentación, por su obviedad, la afirmación del carácter socialmente relevante de los bienes protegidos. La indiscutible trascendencia de los mismos debe, sin duda, tenerse muy presente al enjuiciar la proporcionalidad de las penas previstas. Por lo demás, que la norma no persigue dichas finalidades legítimas a través de la punición del ejercicio de derechos fundamentales, y en concreto del derecho de defensa, del derecho del detenido a no declarar, del derecho a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable, y del derecho a la presunción de inocencia, es algo que ya hemos argumentado y concluido en el fundamento anterior.

UNDÉCIMO.- El órgano judicial cuestionante no pone en duda la idoneidad cualitativa de la sanción de prisión de 6 meses a 1 año para procurar el sometimiento de los conductores a las pruebas de detección y para contribuir así a la consecución de los demás fines mediatos de la norma. Si alega, en cambio, la desproporción de la sanción dada la existencia de otras medidas menos gravosas. Respecto del canon para determinar la proporcionalidad de un precepto basado en el argumento de "la existencia o no de medidas alternativas menos gravosas pero de la misma eficacia que la analizada", ya hemos dicho que el control de este Tribunal Constitucional "tiene un alcance y una intensidad muy limitadas" so pena de arrogarse un papel de legislador imaginario que no le

corresponde y de verse abocado a realizar las correspondientes consideraciones políticas, económicas y de oportunidad que le son institucionalmente ajenas y para las que no esté orgánicamente concebido, pues, "sólo si a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador, podría procederse a la expulsión de la norma del ordenamiento (SSTC 55/1996, f. j. 8º).

Las medidas alternativas han de ser, pues, palmariamente de menor intensidad coactiva y de una funcionalidad manifiestamente similar a la que se critique por desproporcionada. Las que alega el Mº Fiscal que reúnen dichas características son la inmovilización del vehículo del conductor que se niega al sometimiento de la prueba de detección de alcohol o drogas, las sanciones administrativas preexistentes a la nueva pena, y la imposición de dichas pruebas por los Juzgados de Instrucción en el marco del ordenamiento procesal penal.

Pues bien, desde los estrictos límites a los que debe ceñirse nuestro enjuiciamiento, debe afirmarse que las medidas alternativas aducidas o no son palmariamente menos gravosas para los ciudadanos -no lo son, por ejemplo, las medidas de compulsión judicial directa previstas en nuestro ordenamiento- o no tienen de forma manifiesta una similar eficacia -no la tienen la inmovilización del vehículo ni las sanciones administrativas, cuya menor gravedad impide a este Tribunal concluir que vayan a causar similares

efectos-. Ninguna de las propuestas resulta, pues, convincente para afirmar la manifiesta falta de necesidad de la pena del art. 380 CP.

DUODÉCIMO.- La posible tacha de desproporción en la que más abundan el auto de planteamiento y el informe del Fiscal es la que se derivaría de la comparación directa entre el desvalor del comportamiento tipificado y la cuantía de la sanción. Sostendrían la afirmación de un tal desequilibrio inconstitucional los siguientes argumentos: el cotejo de la sanción del art. 380 CP (que por remisión al art. 556 CP es de 6 meses a 1 año de prisión) con la más leve del que le precede ("arresto de 8 a 12 fines de semana o multa de 3 a 8 meses y, en cualquier caso, privación del derecho a conducir vehículos a -motor y ciclomotores, respectivamente, por tiempo superior a 1 y hasta 4 años"), que castiga un comportamiento, el de conducción bajo la influencia de las drogas o del alcohol, a cuya detección se dirige instrumentalmente el comportamiento que impone el precepto cuestionado; la comparación de la gravedad de los comportamientos que se catalogaban jurisprudencialmente como de desobediencia grave con el ahora conceptuado como tal; la impunidad de la negativa del imputado a someterse a pericias de indagación en relación con cualquier otro tipo de delitos, incluidos los más graves; y la intención típica del sujeto activo del delito de velar por su defensa o por su dignidad, lo que disminuiría el desvalor de su conducta.

En aplicación de las ideas fundamentales relativas al principio de proporcionalidad como criterio de enjuiciamiento del tratamiento de derechos fundamentales, hemos de reiterar que la relación final que guarde la magnitud de los beneficios obtenidos

por la norma penal y la magnitud de la pena es el fruto de un complejo análisis político-criminal y técnico que sólo al legislador corresponde y que, por ende, en ningún caso se reduce a una exacta proporción entre el desvalor de la sanción y el desvalor del comportamiento prohibido, según un hipotético baremo preciso y prefijado. La relación valorativa entre precepto y sanción sólo será indicio de una vulneración del derecho fundamental que la sanción limita cuando atente contra "el valor fundamental de la justicia propio de un Estado de Derecho y de una actividad pública no arbitraria y respetuosa con la dignidad de la persona (SSTC 66/1985, f. j. 1º; 65/1986, f. j. 2º; 160/1987, f. j. 6º b; 111/1993, f. j. 9º; 50/1995, f. j. 7º)" (STC 55/1996, f. j. 9º); es decir, cuando concurra un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de las normas a "partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa" (STC 55/1996, f. j. 9º). Sólo este criterio de proporcionalidad es el que corresponde aplicar a este Tribunal para la evaluación de si se ha producido un sacrificio excesivo del derecho fundamental que la pena restringe. A ese contenido mínimo de proporcionalidad se constriñe, pues nuestro juicio, por lo que, como hemos reiterado, no comporta ninguna evaluación añadida de calidad o de conveniencia de la norma cuestionada.

DECIMOTERCERO.- A la vista de los importantes bienes e intereses protegidos que resumíamos en el f. j. 10º y a pesar de la indudable severidad sancionadora que en sí supone la imposición de una pena privativa de libertad, no constatamos un "desequilibrio patente y excesivo o irrazonable" entre el desvalor

de la conducta y la sanción que nos conduzca a afirmar que se ha producido una lesión de la libertad desde la perspectiva de los arts. 17,1 y 25,1 CE.

Ninguno de los argumentos comparativos que se aportan en oposición a esta conclusión posee capacidad de convicción para modificarla:

a) Como señala el Abogado del Estado, la comparación con el art. 379 CP, en primer lugar, ignorar la entrada en juego en el art. 380 CP de un nuevo bien jurídico, el propio de los delitos de desobediencia, que no queda comprendido o consumido, cuando menos no totalmente, en la protección de la seguridad del tráfico que procura la interdicción de la conducción bajo la influencia del alcohol o de las drogas del art. 379 CP.

No es ésta la única objeción que debe oponerse a la comparación propuesta. De una parte, debe advertirse que no siempre el legislador considera en el Código penal vigente de menor gravedad o merecedores de menor sanción los comportamientos de incidencia mas lejana en el bien finalmente protegido que los que lo afectan de una manera más inmediata. El peligro abstracto o remoto puede merecer un castigo mayor que el próximo; y esto es, a juicio del legislador, lo que sucede en este caso, en el que, de no atajarse el peligro abstracto se incrementaría de modo incalculable el número de casos en que se produciría el peligro próximo. Por otra parte, debe resaltarse que la conducción bajo la influencia de las drogas o del alcohol no sólo constituye un comportamiento delictivo autónomo, sino también una forma de comportamiento imprudente que puede lesionar la vida y la integridad física de las personas. La obligación de someterse a las pruebas re-

feridas en el art. 380 no pretende únicamente la detección y evitación de una conducta peligrosa, sino que se dirige instrumentalmente también a la detección y evitación de la comisión de homicidios y lesiones imprudentes.

b) La comparación con el delito genérico de desobediencia grave parte de una interpretación no irrazonable pero discutible del mismo en torno a la injerencia de ciertos elementos subjetivos de los que carecería supuestamente el comportamiento que describe el art. 380 CP, que sería así más leve. Se dice así que es propio del delito de desobediencia el ánimo del sujeto activo de socavar, desprestigiar o menospreciar el principio de autoridad, y que esa intención, en cambio, estaría siempre ausente en el conductor que se niega a las pruebas de detección de la influencia del alcohol o de drogas, o bien, en cualquier caso, que no sería relevante, pues el nuevo tipo del art. 380 CP no la exigiría.

Debemos recordar, en relación con ello, que no corresponde a este Tribunal, sino a los órganos judiciales y significativa y definitivamente al Tribunal Supremo, indicar como han de interpretarse los preceptos penales. Es la contemplación abstracta del precepto penal cuestionado, de la opción legislativa en si, la que corresponde a esta jurisdicción de declaración de inconstitucionalidad; por ello no parece de recibo los argumentos basados en un determinado entendimiento de las normas cotejadas: presupone discutiblemente la existencia de cierto ánimo peculiar de desprestigio de la autoridad en el delito genérico de desobediencia y parece negar, también discutiblemente, su existencia fáctica en la conducta tipificada en el art. 380 CP o su exigencia normativa en el enunciado normativo de éste.

En este ámbito de comparación con el delito de desobediencia grave se ha intentado también sustentar la desproporción en el plano objetivo de los tipos comparados: en que en la desobediencia específica del art. 380 CP falta de la gravedad propia de la desobediencia del art. 566 CP, con lo que se establecería una pena igual para comportamientos de gravedad notablemente desigual. Sin embargo, tampoco este argumento parece convincente para sostener el reproche de inconstitucionalidad, pues, con independencia del juicio que al respecto pudieran venir realizando algunos órganos judiciales y con independencia también de cualquier otra consideración de política criminal, no puede calificarse en absoluto de irrazonable el que el legislador haya decidido catalogar como grave un determinado tipo de desobediencia en virtud de que se produce en un ámbito socialmente tan trascendente como es el de la seguridad del tráfico en relación con la conducción bajo la influencia de las drogas o del alcohol. La orden cuya desobediencia se sanciona tiende a proteger, en última instancia, bienes tan trascendentales como la vida y la integridad física de las personas.

c) Cuando se afirma, en tercer lugar, la impunidad de otras conductas de resistencia al sometimiento a diligencias de indagación, se está volviendo a introducir como elemento de comparación, no otra opción legislativa, que es lo único procedente en este ámbito de análisis de proporcionalidad de las normas, sino un modo altamente discutible de entender y aplicar el delito genérico de desobediencia grave, que excluiría genéricamente de su ámbito la oposición de un imputado por cualquier otro delito a ser objeto de pericias de indagación o de reconocimiento. Por lo demás, nin-

guna relevancia tiene en materia de proporcionalidad lo que también se sugiere como agravio comparativo: la especificación típica de este tipo de desobediencia frente a otras que también se producirían en el ámbito procesal o pre-procesal. En definitiva, el hecho de que el legislador penal especifique un tipo concreto de desobediencia grave no puede derivarse, sin más, ninguna tacha de desproporción.

d) La última de las líneas argumentales que podrían apuntar a un posible desequilibrio directo entre precepto y sanción es la que sostiene la levedad del comportamiento incriminado en virtud del ánimo del sujeto activo de proteger su integridad física o sus intereses en un futuro procedimiento.

Pero, como hemos visto, esta intención subjetiva no tiene el respaldo objetivo del ejercicio de los correspondientes derechos procesales o a la intimidad o a la integridad física, sea porque directamente no entran en juego en el tipo de pruebas cuya denegación se sanciona, sea porque deban ceder frente a otros derechos o intereses preponderantes. El que, por lo demás, sin esa cobertura objetiva, puedan pervivir dichos elementos subjetivos, constituye un dato que en función del origen del ánimo o de su intensidad o de otro tipo de circunstancias toma ya en cuenta la legislación penal en sus preceptos generales para la precisión del grado de injusto del hecho y del grado de culpabilidad, y con ello para atemperar o incluso para negar la pena. Dicho en otros términos: aun admitiendo su discutible inherencia al comportamiento, las intenciones subjetivas alegadas no comportan una automática y significativa reducción del desvalor del comportamiento; cuando lo

hagan según los criterios generales del Código penal, generarán la correspondiente reducción de la sanción.

e) Una última objeción de desproporción de la sanción del art. 380 repararía en la posible levedad de la desobediencia en los supuestos en los que el sujeto activo no ha sido advertido de las consecuencias penales de su negativa a someterse a las pruebas de detección de una conducción en condiciones inadecuadas. Basta señalar al respecto que en el ordenamiento jurídico y, singularmente, en el Código penal existen instrumentos más que suficientes para valorar las consecuencias que pudieran derivarse de tal circunstancia.

En suma, hemos de negar que la gravedad de la sanción del art. 380 CP suponga, por su desproporción con los fines de esta norma o con el desvelar del comportamiento que tipifica, una lesión del derecho a la libertad. Dicha sanción no supone, desde la perspectiva constitucional que nos es propia, un sacrificio inútil, innecesario o excesivo de la libertad.

FALLO: En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación Española, ha decidido: Desestimar la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Dada en Madrid, 2 octubre 1997. José Gabaldón López, Presidente en funciones.- Fernando García Mon y González-Regueral.- Vicente Gimeno Sendra.- Rafael de Mendizábal Allende.- Julio Diego González Campos.- Pedro Cruz Villalón.- Carles

2.- Jurisprudencia Nacional:

a) SUMILLA: *Las declaraciones obtenidas violando las garantías genéricas del debido proceso, específicamente la garantía de la no incriminación, carecen de todo valor probatorio.*

Exp. N° 3043-97

SS. Príncipe Trujillo / La Rosa Gómez de la Torre / Cayo Rivera-Schreiber

Lima, diez de octubre de mil novecientos noventa y siete.-

VISTOS: Interviniendo como Vocal Ponente la Doctora Cayo Rivera-Schreiber; por los fundamentos de la recurrida y de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal Superior en su dictamen de fojas ciento noventa y ocho, y CONSIDERANDO: Además, Primero: Que, se les atribuye a los procesados que el día veinticinco de mayo de mil novecientos noventa y cuatro intentaron sacar de la empresa agraviada Rayón Industrial Sociedad Anónima un interruptor telefónico, introduciéndolo debajo de un camión cisterna en circunstancias en que sus ocupantes no se encontraban en el mismo, aprovechando que se efectuaba la descarga del combustible a la planta de fuerza de la indicada empresa, hecho del cual se percató el personal de seguridad de dicha empresa; Segundo: Que, los imputados gozan de una presunción *juris tantum*; por tanto en el proceso ha de realizarse una actividad necesaria y suficiente para convertir la

acusación en verdad probada, por lo que las pruebas para ser tales deben haberse actuado con escrupuloso respeto a las normas tuteladoras de los derechos fundamentales pues de lo contrario son de valoración prohibida; Tercero: Que, bajo estas consideraciones la manifestación obtenida en sede policial carece de todo valor probatorio para efectos de argumentar una responsabilidad penal del procesado Ninahuanca en los hechos materia del proceso, toda vez que dicha declaración ha sido obtenida violando las garantías genéricas del debido proceso, específicamente la garantía de no incriminación reconocida por el artículo octavo párrafo segundo literal "g" (Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable) de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos; Cuarto: Que, siendo esto así y no existiendo pruebas legalmente producidas en el proceso que acrediten la participación del procesado en la comisión del acto delictuoso; CONFIRMARON la sentencia de fojas ciento ochentiocho su fecha veintiséis de noviembre de mil novecientos noventa y seis, que falla ABSOLVIENDO a Marino Jesús Ninahuanca Rivera del Delito de Hurto Frustrado en agravio de Rayón Industrial Sociedad Anónima y RESERVA el proceso contra Raúl Almonte Mercado hasta que sea habido, y con lo demás que contiene; Notificándose y los devolvieron.

b) SUMILLA. *Al probarse la existencia de maltratos con el examen médico practicado al detenido, quien había ingresado sano a la entidad policial para su investigación.*

Exp. N° 1064-97-Lima

Sala Especializada de Derecho Público

Sentencia Resolución N° 30

Lima, veintitrés de mayo de mil novecientos noventa y siete

VISTOS: Interviniendo como Vocal ponente la doctora Cayo Rivera Schreiber; por los fundamentos de la recurrida; y, CONSIDERANDO: Además; Primero.- Que el Hábeas Corpus tradicional tutela la libertad física o ambulatoria, en cambio el fundamento de lo que se conoce en doctrina constitucional como Hábeas Corpus conectivo procede contra actos u omisiones de autoridad pública que impliquen agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad, el fin de este Hábeas Corpus no es procurar la libertad del detenido sino enmendar la forma o el modo en que se cumple la detención, si ellos son vejatorios: Segundo.- Que, el inciso 3) del Artículo 12 de la Ley N° 23506, establece que se vulnera o amenaza la libertad individual cuando la persona es violentada para obtener declaraciones; que este, es uno de los componentes de la libertad y seguridad personal que se encuentran previstos en la letra h) inciso 24) del Artículo 2 de la Constitución Política del Estado; Tercero.- Que, el Juez de Hábeas Corpus ha constatado *in situ* y mediante el médico legista en la diligencia de ve-

rificación que el beneficiario de la presente acción ingresó a las instalaciones de la DIDCOP y DINCOTE en buen estado físico, siendo que posteriormente el médico legista al revisar al detenido determinó haber sufrido las lesiones descritas en dicha acta; Cuarto.- Que, en consecuencia habiéndose acreditado el acto lesivo, es procedente amparar la presente acción de garantía, por estas consideraciones: CONFIRMARON la sentencia de fojas veinticinco, su fecha catorce de abril de mil novecientos noventa y siete, que declara FUNDADA e parte la acción de Hábeas Corpus interpuesta por Rosario Angela Samaniego Orellana a favor de su hermano Fernando Alfonso Samaniego Orellana en contra de los miembros policiales de la DIDCOP, que resulten responsables de las lesiones causadas durante las investigaciones a cargo del Mayor PNP Jorge Benjamín Fernández Falcón, por Atentado contra la Libertad Individual, maltratos a fin de obtener declaraciones y dispone se remitan copias certificadas de lo actuado a la Fiscalía Provincial Penal de Turno, para que se pronuncie conforme a sus atribuciones; e INFUNDADA en lo demás que contiene; estando a que la presente resolución sienta precedente de la observancia obligatoria; MANDARON que consentida o ejecutoriada que sea se publique en el Diario oficial El Peruano por el término de la ley; y los devolvieron.

SS. Salas Villalobos / Cayo Rivera-Schreiber / Aguado Sotomayor.

C.- SUMILLA *Debe restarse valor probatorio a las declaraciones policiales prestadas por quienes fueron previamente objeto de agresión física; además, la sola imputación no corroborada con pruebas idóneas no sirve para emitir Sentencia Condenatoria y que se encuentran exentos de responsabilidad penal quienes realiza actos de colaboración mediando la amenaza de sufrir un mal grave e inminente en contra de su integridad física*

Exp. N° 1045-99-Huanuco

Sala Penal "C"

Lima, veintiséis de julio de mil novecientos noventa-nueve.-

VISTOS; de conformidad con lo dictaminado por el señor fiscal; y por los fundamentos de la resolución materia de grado: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia recurrida de fojas ciento cincuenticuatro, su fecha dieciocho de noviembre de mil novecientos noventa-ocho, que absuelve a Luis Esteban Pérez Rojas de la acusación fiscal por el delito de terrorismo en agravio del estado; con lo demás que contiene; y los devolvieron.

SS. Saponara Milligan; Fernández Urday; Bacigalupo Hurtado; Paredes Lozano; Rojas Tazza.

Instrucción N° 98-0046-121006-JP

Expediente N° 1798-T

Corte Superior de Justicia de Huanuco-Pasco

Señor Presidente de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República:

Vienen estos autos por Recurso de Nulidad concedido al Procurador Público, contra la sentencia de fojas 154/155, su fecha 18 de noviembre de 1998, que Falla: ABSOLVIENDO a Luis Esteban Pérez Rojas de la acusación Fiscal formulada en su contra por el delito Contra la Tranquilidad Pública – Terrorismo, en agravio del Estado.

De la revisión de los actuados se tiene que, el encausado en su instructiva de fojas 52/54 y en el interrogatorio del juicio oral a fojas 148 y siguientes ha sido coherente y uniforme en señalar que fue obligado por miembros de la organización terrorista Sendero Luminoso a aceptar el cargo de mando militar bajo amenaza de muerte y de ser despojado de sus tierras; que, por otro lado el inculpado afirma no haber tenido la participación en acciones subversivas, refiriendo además que si enterró el arma de fuego (inoperativa y en mal estado de conservación de acuerdo a la pericia balística forense que corre a fojas 106/107) y los paneles solares de la citada agrupación sediciosa fue para evitarse problemas con efectivos policiales, a quienes informó sobre su ubicación (a fojas 32) luego de que fuera intervenido; que, el procesado niega el contenido de su manifestación en la Base Contra Subversiva N° 313 – Los Laureles a fojas 20/22, en razón de haber sido maltratado físicamente tanto en el ejército como en la policía nacional, versión que es respaldada por el contenido de los certificados médicos obrantes a fojas 30 y fojas 34;

que, solamente existe en contra del encausado la sindicación genérica de Euder Rengifo Gonzales que policialmente se hiciera a fs. 23/27; que, no existe actas de registros personal y domiciliario que determinen que se le haya encontrado al inculpado especies u objetos que lo vincule con la referida organización terrorista, no registrando además antecedentes penales como se aprecia a fojas 85.

Por lo expuesto y considerando además que, no aparecen elementos suficientes que acrediten en forma indubitable la participación del inculpado en los hechos sub-materia; y teniéndose en cuenta que, para imponer una condena en este tipo de ilícito penal que por su naturaleza se sanciona con penas severas, es necesario tener plena convicción sobre la responsabilidad del autor en el hecho criminoso, considerando además que la Jurisprudencia ha señalado que debe restarse valor probatorio a las declaraciones policiales prestadas por quienes fueron previamente objeto de agresión física, que la sola imputación no corroborada con pruebas idóneas no sirve para emitir Sentencia Condenatoria y que se encuentran exentos de responsabilidad penal quienes realizan actos de colaboración mediante la amenaza de sufrir un mal grave e inminente en contra de su integridad física; y que en todo caso lo actuado en la secuela del proceso nos conducen a la duda sobre el accionar del Procesado, lo cual le favorece de acuerdo al Principio del Indubio Pro Reo, contemplado en el Artículo 319 Inciso once de la Constitución Política, siendo por ello de aplicación a lo dispuesto en el Artículo 284 del Código de Procedimientos Penales; razones por las cuales esta Fiscalía Suprema considera que su absolución se encuentra arreglada a ley, y en uso de sus facultades conferidas por el inciso 3) del Artículo 83 del Decreto Legislativo N° 052- Ley orgánica del Ministerio Públi-

co, concordante con el inciso g) del Artículo 13 del Decreto Ley N° 25475, propone a la Sala se declare –NO HABER NULIDAD- en la sentencia recurrida a fojas 154/155.

Lima, 10 de marzo de 1999

Romeo Edgardo Vargas Romero, Fiscal Supremo,
Cuarta Fiscalía Suprema Penal.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03021-2013-PHC/TC

TACNA

JHON RICHARD QUISPE QUISPE
Representado(a) por HENRY DANTE
ALFARO LUNA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Arequipa, a los 20 días del mes de junio de 2014, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Blume Fortini, Ramos Núñez y Ledesma Narváez, pronuncia la siguiente sentencia.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Henry Dante Alfaro Luna en su calidad de abogado de don Jhon Richard Quispe Quispe contra la resolución expedida por la Sala Penal Superior de la Corte Superior de Justicia de Tacna, de fojas 164, su fecha 15 de abril del 2013, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 2 de octubre del 2012, don Henry Dante Alfaro Luna en su calidad de abogado defensor interpone demanda de hábeas corpus a favor de don Jhon Richard Quispe Quispe y la dirige contra los jueces superiores integrantes de la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa señores Fernán Fernández Cevallos, Cecilia Aquize Díaz y Héctor Huanca Apaza. Solicita que se declaren nulas: *i)* la sentencia de vista de fecha 2 de mayo del 2012, que confirma la sentencia condenatoria de fecha 21 de noviembre del 2011 impuesta contra el favorecido y otra por delito de proxenetismo en la modalidad de favorecimiento a la prostitución; y *ii)* la sentencia condenatoria de fecha 21 de noviembre del 2011 (Expediente 00736-2010-14-0401-JR-PE-03). Asimismo, solicita que se declare la nulidad del juicio oral; y, en consecuencia se realice uno nuevo. Alega la vulneración de los derechos a la libertad individual, en conexidad con los derechos a la tutela procesal efectiva, a no ser obligado a prestar declaración ni compelido a declarar o reconocer culpabilidad contra sí mismo y a la no autoincriminación, y los principios a la igualdad procesal y legalidad.

Sostiene que, el 3 de octubre del 2011, se inició juicio oral en su contra y que en su desarrollo al efectuar su declaración, el representante del Ministerio Público le hizo “preguntas sugeridas o inducidas”, las que fueron objetadas por su defensa conforme a lo previsto por el artículo 376º del Código Procesal Penal; sin embargo, el órgano jurisdiccional, permitió las preguntas cuestionadas. Agrega que por haber el favorecido guardado silencio durante el juicio oral ante una pregunta que le venía haciendo el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03021-2013-PHC/TC

TACNA

JHON RICHARD QUISPE QUISPE
Representado(a) por HENRY DANTE
ALFARO LUNA

Ministerio Público (incidencia de la que se dejó constancia en autos), el órgano jurisdiccional hizo mención de que el guardar silencio lo merituaría el tribunal en su oportunidad, por lo que, a partir de ese acto, se vio obligado a contestar afirmativamente el resto de preguntas realizadas, lo cual ha dado lugar a una sentencia condenatoria.

El Segundo Juzgado Unipersonal-Sede Central de Tacna, con fecha 29 de octubre del 2012, declaró improcedente la demanda, al considerar que no se puede utilizar al hábeas corpus como un recurso más para modificar decisiones jurisdiccionales, como las expedidas en el presente caso, porque es una labor que es de competencia exclusiva de los jueces penales, en la medida de que con la demanda se pretende una nueva valoración probatoria.

La Sala Penal Superior de la Corte Superior de Justicia de Tacna confirmó la apelada, al considerar que resulta inobjetable que la decisión de prestar juramento en juicio fue acordada de manera voluntaria entre el imputado y su defensor sin presión ni insinuación del fiscal ni del juez; tampoco se advirtió que durante la declaración del actor haya habido presión; es decir, que el fiscal no lo obligó a responder en algún sentido las preguntas formuladas ni se le forzó a que se declare culpable o a que se auto incrimine; por lo que la declaración del recurrente proporcionada durante el juicio oral no se encuentra viciada.

En su recurso de agravio constitucional (fojas 183) el actor refiere que no se deben hacer preguntas sugeridas porque la norma procesal lo prohíbe; que su abogado lo aconsejó respecto a su derecho a guardar silencio, pero que no pudo hacer nada al haberle cambiado las reglas de juego; tampoco, se le permitió al letrado intervenir en el momento en que declaraba su patrocinado y se le hizo preguntas sugeridas; y que la declaración del agraviado es un medio de defensa y no un medio de prueba.

FUNDAMENTOS

1. Delimitación del petitorio

El objeto de la demanda es que se declaren nulas: *i)* la sentencia de vista de fecha 2 de mayo del 2012, que confirma la sentencia condenatoria de fecha 21 de noviembre del 2011 impuesta contra el favorecido y otra, por el delito de proxenetismo en la modalidad de favorecimiento a la prostitución; y, *ii)* la sentencia condenatoria de fecha de noviembre del 2011 (Expediente 00736-2010-14-0401-JR-PE-03). Asimismo, se declare la nulidad del juicio oral; y, en consecuencia se realice uno nuevo.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03021-2013-PHC/TC

TACNA

JHON RICHARD QUISPE QUISPE
Representado(a) por HENRY DANTE
ALFARO LUNA

Alega la vulneración de los derechos a la libertad individual en conexidad con los derechos a la tutela procesal efectiva, a no ser obligado a prestar declaración ni compelido a declarar o reconocer culpabilidad contra sí mismo y a la no autoincriminación.

2. Sobre la presunta afectación a la no autoincriminación

2.1. Argumentos del demandante

Sostiene que, el 3 de octubre del 2011, se inició juicio oral en su contra y que en su desarrollo, al efectuar su declaración, el representante del Ministerio Público le hizo “preguntas sugeridas o inducidas”, las que fueron objetadas por su defensa conforme a lo previsto por el artículo 376º del Código Procesal Penal; sin embargo, el órgano jurisdiccional, haciendo una *interpretación sistemática* de lo establecido en el citado artículo, resolvió permitiendo las preguntas cuestionadas. Agrega que por haber el favorecido guardado silencio durante el juicio oral ante una pregunta que le venía haciendo el Ministerio Público (incidencia de la que se dejó constancia en autos), el órgano jurisdiccional hizo mención de que el guardar silencio lo merituaría el tribunal en su oportunidad, por lo que a partir de ese acto se vio obligado a contestar afirmativamente el resto de preguntas realizadas, lo cual ha dado lugar a una sentencia condenatoria.

2.2 Argumentos de los demandados

No han prestado declaración.

2.3 Consideraciones del Tribunal Constitucional

Con relación al derecho a no ser obligado a declarar o a reconocer culpabilidad contra sí mismo o derecho a la no autoincriminación, este Tribunal ha tenido la oportunidad de pronunciarse en el Expediente 03-2005-PI/TC 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)



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03021-2013-PHC/TC

TACNA

JHON RICHARD QUISPE QUISPE
Representado(a) por HENRY DANTE
ALFARO LUNA

Así por ejemplo el artículo 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos, que reconoce expresamente como parte de las "Garantías Judiciales" mínimas que tiene todo procesado, el

"g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable (...)"

(...) Lo mismo sucede con el ordinal "g" del artículo 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que entre las garantías mínimas que tiene una persona acusada de un delito, se encuentra el derecho

"g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable".

(...) Dicho derecho garantiza a toda persona no ser obligada a descubrirse contra sí misma (*nemo tenetur 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*). Sin embargo, 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 1 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.

(...) Por tanto, para los efectos de que este derecho no sufra un menoscabo que pueda ser calificado como arbitrario, el Estado está prohibido de ejercer violencia psíquica o física sobre el inculcado o acusado y ejecutar métodos engañosos o de naturaleza análoga que pudieran estar destinados a obtener involuntariamente información sobre los hechos criminales por los cuales se le investiga o acusa en un proceso penal. Del mismo modo, si el derecho a no autoincriminarse comprende el derecho a guardar silencio, en el ámbito jurisdiccional, los jueces y tribunales tienen la obligación de no asumir una aceptación tácita del silencio, pero sí a darle un sentido interpretativo del mismo que pueda ayudar a dilucidar la causa. Y es que si existe un deber de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación, según dispone el artículo 38º de la Constitución.

(...) Desde luego, los jueces y tribunales también tienen la obligación de negar valor a las declaraciones obtenidas por la violencia, lo que no debe entenderse en términos restrictivos, con referencia únicamente a la violencia psíquica o física, sino en un sentido amplio, como



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03021-2013-PHC/TC

TACNA

JHON RICHARD QUISPE QUISPE
Representado(a) por HENRY DANTE
ALFARO LUNA

omnicomprensiva de toda información obtenida del investigado o acusado sin su voluntad. Como se ha dicho antes, el derecho a no confesar la culpabilidad garantiza la incoercibilidad del imputado o acusado. Sin embargo, dicho ámbito garantizado no es incompatible con la libertad del procesado o acusado para declarar voluntariamente, incluso autoincriminándose.

(...) Claro está, siempre que ello provenga del ejercicio de su autonomía de la voluntad o, dicho en sentido negativo, no sea consecuencia de la existencia de cualquier vestigio de coacción estatal o de autoincriminaciones inducidas por el Estado por medio del error, engaño o ardid. Un ejercicio de la libertad en ese sentido está también garantizado por el deber de no mentir, sino más bien de contribuir al cumplimiento de las normas legales. No obstante, para que una declaración autoinculpatoria pueda considerarse como libremente expresada a través de los órganos de control penal, el Estado tiene el deber de informar al investigado, denunciado, procesado o acusado las ventajas y desventajas que una conducta de esa naturaleza podría generar. Impone también a los órganos judiciales la obligación de no sustentar una pena sólo sobre la base de tal autoincriminación, puesto que, como ha expuesto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos,

"(...) la carga de probar la culpabilidad del imputado corresponde al Estado y en tal contexto encuentra aplicación la regla *indubio pro reo*. Por tanto, es carga de la acusación producir una prueba suficiente para condenarlo" [Caso Barberá, Messegué y Jabardo c. España, Sentencia del 6 de diciembre de 1988, párrafo 77].

En el caso de autos se alega que durante el desarrollo del juicio oral, al efectuar su declaración por haber guardado silencio ante una pregunta, el órgano jurisdiccional hizo mención de que dicha actitud la merituaría el tribunal en su oportunidad, viéndose obligado el recurrente, a partir de ese acto, a contestar afirmativamente el resto de preguntas realizadas, lo cual ha dado lugar a una sentencia condenatoria.

Al respecto, este Tribunal aprecia que, de los actuados del proceso penal que se cuestiona y cuya copia se acompaña al expediente constitucional, no se observa que el demandante haya sido inducido a declarar contra sí mismo durante el curso de los interrogatorios a los que fue sometido. En todo caso, debe dejarse en claro que de ninguna manera está permitido o se hace legítimo que el juzgador condicione o induzca a error al procesado en el sentido de que su silencio podrá ser tomado como referente incriminatorio alguno, habida cuenta que el declarante como cualquier otro procesado tiene todo el derecho de permanecer en silencio si así lo decide, correspondiendo a su abogado patrocinante el orientarlo de forma adecuada en el ejercicio de sus derechos.

Por lo demás, este Tribunal advierte que, en la sentencia condenatoria y en su confirmatoria (fojas 4 y 20), no se merituyó la declaración del favorecido en juicio, sino que, más bien, se tomaron en cuenta otros medios probatorios válidos e independientes que fueron valorados en conjunto y que llevaron al órgano jurisdiccional a adoptar la decisión contenida en la sentencia condenatoria. Tales medios probatorios fueron las declaraciones de las agraviadas (quienes ejercían la prostitución en el inmueble materia de intervención); las declaraciones de testigos, entre estos la declaración de una fiscal



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03021-2013-PHC/TC

TACNA

JHON RICHARD QUISPE QUISPE

Representado(a) por HENRY DANTE

ALFARO LUNA

adjunta que participó en la intervención; el contrato del inmueble donde se cometió el delito; el reporte de llamadas de los teléfonos celulares pertenecientes a los acusados; unas cartas por las cuales se solicitó la publicación de avisos en un diario para la prestación de los servicios materia de imputación y condena; ejemplares de dicho diario; entre otros instrumentos y pruebas; así como las convenciones probatorias, conforme se advierte de las referidas resoluciones judiciales, lo que en modo alguno conlleva a la invalidación de las sentencias condenatorias, el juicio oral ni la realización de un nuevo proceso penal.

Por lo expuesto, este Tribunal declara que en el presente caso no se violó el derecho a la no autoincriminación.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda, en lo que se refiere a la afectación del derecho a la no autoincriminación.

Publíquese y notifíquese.

SS.

BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
LEDESMA NARVÁEZ

Lo que certifico:



OSCAR ZAPATA ALCÁZAR
SECRETARIO GENERAL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL