

# LA EVOLUCIÓN DEL PROCESO PENAL Y LA BÚSQUEDA DEL RESPETO DE LOS DERECHOS DEL ACUSADO

Angel Fernando Ugaz Zegarra<sup>1</sup>

*"El verdadero secreto para la salvación de los regímenes democráticos radica en la circunstancia de que para hacer vivir una democracia no es suficiente la razón codificada por los preceptos de una Constitución Democrática, sino que se requiere que detrás de la Ley Fundamental se encuentre la laboriosa presencia de las costumbres democráticas con las que se pretenda y se sepa traducirla, día a día, en una concreta, razonada y razonable realidad ... Este es también el secreto de la técnica procesal"* (14 de febrero de 1952)

Piero Calamandrei<sup>2</sup>

## 1. Planteamiento del problema

El proceso penal<sup>3</sup>, es el único medio pre-determinado por la ley, por el cual el derecho penal se afirma y realiza.

Como unidad el proceso penal tiene doble finalidad: una inmediata, que consiste en esta-

blecer la verdad concreta del caso; y una mediata, que consiste en la aplicación de la ley penal sustantiva. La primera es supuesto lógico de la segunda<sup>4</sup>. En la actualidad, el proceso penal moderno presenta generalmente dos etapas bien definidas<sup>5</sup>, esto se puede ver mejor en realidades mixtas<sup>5</sup>, como la nuestra: una netamente

1 Maestría en Ciencias Penales de la UNMSM.

2 *Proceso y Democracia*, Conferencias pronunciadas en la facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, traducción del Licenciado Héctor Fix Zamudio, EJE, Brevarios de Derecho, N° 33, Buenos Aires, 1960, p. 56.

3 Este proceso debe ser legal y con todas las garantías, esto quiere decir, en un proceso en el que se respeten a toda costa los derechos fundamentales (Enrique Ruiz Vadillo, *El Principio Acusatorio y su Proyección en la Doctrina Jurisprudencial en el Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo*, en Colección Doctrina y Jurisprudencia., Actualidad Editorial S.A., Madrid, 1994, p. 129).

4 Carlos Rubianes, *Derecho Procesal Penal*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, T. III, 1983, p. 71. Sin embargo, es menester señalar, que en el proceso penal contemporáneo se erigen como finalidades de éste, la actuación del *ius puniendi* y protección del derecho a la tutela de la víctima, del derecho a la libertad, e incluso reinscripción del imputado, para así determinar los principios que han de informar toda reforma procesal penal orientada hacia la consolidación de los Derechos Humanos (Vicente Gimeno Sendra, *La Reforma del Proceso Penal en el actual Sistema Democrático Español*, en: La Prueba en el Proceso Penal, Centro de Estudios Judiciales, Colección Cursos, Vol. 12, Ministerios de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, España, 1993. p. 146). Más específicamente el objetivo del Proceso Penal no puede consistir en sancionar a todos los culpables y a cualquier precio, sino que el Proceso Penal debe orientarse de modo tal que lo que suceda con los delincuentes sea socialmente la mejor solución posible (Claus Roxin, *"Los desafíos de la Reforma Penal"*, entrevista hecha por Antonio Bascañán Rodríguez y Jorge Bofill Genzsch, en el diario chileno *El Cuatro*, sección Artes y Letras, del domingo 8 de setiembre de 1996).

5 Las leyes modernas, en varios países, adoptarán un tipo de proceso mixto, dividido en dos partes: la primera inquisitoria y la segunda acusatoria. Es oportuno mencionar que ya Mittermaier expresaba la dificultad de establecer cuáles son los elementos necesarios para definir con seguridad un sistema como acusatorio o inquisitivo (Mittermaier, *Tratado de la Prueba en Materia Criminal*, p. 34). La ambigüedad en la indeterminación del binomio "inquisitorio - acusatorio" es conocida, siendo polivalente su sentido. Mas es en el proceso acusatorio, de cualquier modo, que en el juicio penal es el "*actum trium personarum*" de que hablaba Búlgaro, en tanto en el proceso inquisitorial la investigación unilateral de la verdad a todo se antepone, tanto que de él dice Alcalá - Zamora no es un proceso genuino, mas sí la forma autodefensiva de administración de justicia (Alcalá - Zamora, *Enseñanzas y sugerencias acerca de la acción*, en Estudios en honor de Alsina, 1946, p. 791, nota 83). Donde aparece que en el sistema inquisitivo podrá haber investigación policial, dirigida por algún llamado juez, mas nunca un proceso.



investigadora<sup>6</sup>, orientada a la primera finalidad del proceso; y otra de juzgamiento y sentencia, orientada a la segunda finalidad<sup>7</sup>.

La problemática que subsiste dentro de este esquema sucinto es el dado por los sistemas que tratan de buscar la verdad por cualquier medio, a cualquier costa, de lo que surge la necesidad de detallar los límites dentro de los cuales debe ser ésta buscada, en tales circunstancias por ejemplo, el sistema inquisitivo trata de buscar la verdad material, como más adelante será tratado, sin importarle el derecho de las partes, no entendiéndose este modo de actuar que los esencialismos, como decía Pooper, difícilmente podrán ser resueltos, así la verdad absoluta, lo bueno absolutamente, etc., son valores difíciles de alcanzar, ya la ciencia tiene aceptado que los paradigmas son importantes dentro de un espacio y tiempo determinados. Tal aceptación no es de ahora, sino que viene desde Grecia. Platón en el Mito de las Cavernas nos detalló que para llegar a lo absoluto el hombre tenía que dejar de ser hombre, disgregándose y acercándose al *epacticoi logoy - arisesta catalaou*, a lo que está en el *hiperhurano*. En tal sentido nos debemos conformar con verdades consensuales, como dijera Vives Antón, siguiendo a Karl Otto Appel y Habermas.

Lo anterior sin embargo, no está del todo aceptado en la administración de Justicia, que en casos como los de Poggi, donde al sospechoso se le quiso sacar la confesión por medio de técnicas psicoanalíticas, con los resultados ya sabidos; el tema también del despojo de confesión por medio de la astucia en el caso Chifast, donde un policía se disfrazó de sacerdote, etc., tam-

bién existen casos no revelados como son los delitos de terrorismo y narcotráfico, que se vislumbran como las cifras "verdes" de la criminalidad (si mediara delito, por ejemplo, de coacción por parte de los policías o militares), e ilegitimidad, en caso de vulneración de normas procesales. En resumidas cuentas, muchas veces para descubrir la verdad se apela a la vulneración de normas constitucionales, motivo por el cual se hace imperiosa la necesidad de saber cuáles son los requisitos esenciales para que se obtenga una prueba válida y para que exista y pueda ser valorada una prueba de confesión, en especial.

Para llegar al esquema anterior, el proceso ha pasado por muchas fases en su historia, así es interesante entender que el proceso penal de la antigüedad no se distanciaba mucho del proceso civil, ésta es una verdad de perogrullo. La idea básica del proceso, en general, era la intervención del estado con la finalidad de obtener la reparación del daño ocasionado.

A pesar de ese concepto sintético, en realidad el proceso tenía como propósito la declaración de responsabilidad del individuo, por parte de la asamblea jurídica, por eso se inclinaba sustancialmente a un efecto doble: de un lado, el reconocimiento de la responsabilidad del reo y, de otro, la garantía para la víctima de no sufrir ofensas o venganzas por parte del reo o de sus familiares. La acción del tribunal era, por tanto, más pacificadora que la jurídica, declarando en concreto la composición de las ofensas y asumiendo, en el ámbito de la sociedad, la idea de la *vendetta* individual, así despojada de su contenido más violento.

6 Jorge Clariá Olmedo, distingue dos fases dentro de la instrucción o sumario de la investigación: a.- Una fase práctica, que tiene por tarea la averiguación del hecho y de sus posibles partícipes para determinar si corresponde abrir juicio, y en su caso, quién o quiénes deben ser sometidos a él y por qué hecho o hechos, empleándose para ello los medios de prueba y las medidas cautelares que faciliten el descubrimiento de la verdad. b.- Una fase crítica, que consiste en el análisis de los elementos reunidos durante la investigación, para llegar a la conclusión que corresponda: elevar la causa a juicio, o sobreseer definitivamente (ver *Derecho Procesal*, T.II, Buenos Aires, Argentina, Ediciones Depalma, 1983, p.143 y ss.).

7 Tanto el Código de Procedimiento de 1940, como el Código Procesal de 1991 y el proyecto de 1996, establecen una estructura de proceso penal con esas dos etapas. El artículo 92 del Proyecto del Código Procesal Penal de 1996 (art. 91 CPP'91), establece que «la etapa procesal de la investigación persigue reunir la prueba necesaria que permita al Fiscal decidir si formula o no acusación. Tiene por finalidad determinar si la conducta incriminada es delictuosa, las circunstancias o móviles de su perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, así como la existencia del daño causado...». Esta norma concuerda con el artículo 62 del mismo cuerpo normativo (art. 65 CPP'91), pues en él se señala que: «el Ministerio Público dirige la investigación del delito perseguible por ejercicio público de la acción penal, con la finalidad de lograr la prueba pertinente válida y conservar las mismas, así como para identificar al autor o partícipe del delito. Su objetivo consiste en alcanzar la verdad sobre el caso».



## 2. El proceso penal en la antigüedad

Los procedimientos de la antigua Grecia y sobre todo de Atenas de tipo acusatorio<sup>8</sup>, se asemejan con el de los hindúes y hebreos<sup>9</sup>, a diferencia del inquisitivo egipcio<sup>10</sup>: juicio oral, público y contradictorio. La asamblea jurídica que, en algunos casos, alcanzaba el número de seis mil componentes, se limitaba a la apreciación de las pruebas. Cogidas las pruebas en contradicción, inclusive las declaraciones de los testigos, a los cuales era prohibido dirigir preguntas, para lograr la finalidad de integrar y suprimir la prueba, hasta entonces alcanzada. Los tribunales se desenvolvían a veces con una actividad creadora o modificadora de las leyes, lo que se explica por el hecho de llamar directamente al pueblo para legislar o para juzgar. En el proce-

dimiento penal ateniense ya se nota el embrión de algunos institutos modernos: una aplicación primitiva del principio *indubio pro reo*<sup>11</sup> y el examen preliminar de la procedencia de la acusación<sup>12</sup>.

Pero es también preciso recordar, que justamente en el sistema ateniense se encuentran trazos de tortura como medio de prueba. La tortura era utilizada generalmente para los esclavos, cuando no podían ellos por su condición prestar juramento, entendiéndose así la posibilidad de dar un crédito de verdad a sus declaraciones a través de la tortura; y es necesario subrayar la presencia de ese medio de prueba entre los atenienses, para refutar el entendimiento bastante corriente por el cual la tortura habría nacido con el sistema inquisitorio<sup>13</sup>.

- 
- 8 Extensa es la bibliografía sobre el sistema inquisitorio y el sistema acusatorio: entre tantos ver Manzini, Vicenzo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, Prólogo por Niceto Alcalá - Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires, Argentina, Tomo I (1951), p. 3 y ss; Figueredo Dias Jorge de, *Direito Processual Penal*, Licoes del Prof. coligidas por Maria Joao Antunes (Assistente da Faculdade de Direito de Coimbra), Seccao de textos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal, 1988 - 9., Devis Echandía, *Compendio de Derecho Procesal*, I, 1974, p. 13 y ss. Sintéticamente, lo que distingue la forma acusatoria de la inquisitiva es que, en la primera, las tres funciones de acusar, defender y juzgar están atribuidas a órganos diferentes (acusador, defensor y juez). En el proceso inquisitorio, las funciones están reunidas y el inquisidor debe proceder espontáneamente; el reo es tratado como objeto del proceso y no como sujeto de la relación procesal. Las características del secreto y del procedimiento escrito no son propias ni peculiares del procedimiento inquisitorio; realmente, el sistema inquisitorio no es acompañado, vía la regla, por la oralidad y por la publicidad, mas esas formas no son esenciales a ninguno de los dos sistemas (Araujo Cintra Antonio Carlos de, Pellegrini Grinover Ada y Dinamarca Cândido R., *Teoría Geral Do Processo*, Prefácio do Prof. Luis Eulálio de Bueno Vidigal, 11º Edicao Revista e Atualizada, Malheiros Editores Ltda., Sao Paulo, Brasil, 1995, nº 15).
- 9 Es en ese orden de ideas es que deben ser entendidos los procesos de la India y de los Hebreos; y si se desea clasificar tales sistemas entre los visualizados por los procesalistas modernos, deberíamos encuadrarlos en lo acusatorio: en efecto, el ofendido se presentaba delante de la Asamblea para exponer sus razones, en contradicción con el reo, previamente citado para comparecer. El juicio se desenvolvía bajo la forma pública y oral y era presidido por la Asamblea, que se reunía en los días de mercado público, a las puertas de la ciudad: se limitaba ella a proclamar el juicio final, sin jamás desenvolver cualquier actividad complementaria de investigación de pruebas, porque la cosecha de esta tarea era, respectivamente, del acusador y del acusado.
- 10 Difería de tales formas de procedimiento el antiguo Egipto, en el cual, la administración de la justicia era confiada a los sacerdotes. Aquí el principio dominante era la purificación de la culpa, mediante la expiación y a esta finalidad se podía llegar en los casos de crímenes particularmente graves, a través de un procedimiento escrito y secreto, por el cual se apuraba la responsabilidad del reo. Aquí también si quisiéramos referirnos a las modernas definiciones, se encontraría un embrión al procedimiento inquisitorio; y la explicación política del hecho es evidente, cuando se considere que la constitución egipcia presentaba un gobierno absoluto, de inspiración y de dominio sacerdotal. Con mucha razón, fue observado que el sistema inquisitorio se explica por la ausencia del principio de división de los poderes, en virtud del cual el estado - juez, y el estado - administración se identifican.
- 11 Mele, *Il segreto istruttorio*, 1959, p. 97, en: Ada Pellegrini Grinover, *Liberdades Públicas e Processo Penal (As Interceptacoes Telefônicas)*, 2º Edicao Atualizada, Editora Revista Dos Tribunais, Sao Paulo, 1982, p.28 y ss.
- 12 Santiago Sentís Melendo, *La Tortura como Institución (Examen de un Libro)*, en: Teoría y Práctica del Proceso - Ensayos de Derecho Procesal, Vol. I, Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires, 1959, p. 559. Donde hace el análisis de la obra de Piero Fiorelli, (*La tortura giudiziaria nel diritto comune*, volume secondo, Giuffrè, 1954), donde expresa que parece verse en el instituto el germen de la instrucción preparatoria.
- 13 No se niega, con eso, que la tortura pasó a la historia exactamente en virtud de la exasperación y del uso indiscriminado que de ella se hizo, durante el máximo rigor del sistema inquisitorio. Sobre el instituto, ver el examen de Santiago Sentís Melendo a la obra de Piero Fiorelli.



El proceso penal romano, no es más diferente que el ateniense, que llegó a tener la más perfecta organización del sistema acusatorio. Pero es necesario distinguir en el proceso penal romano, nítidamente dos periodos: el Republicano y el Imperial.

Durante la República (ya valía desde la Monarquía), cualquier ciudadano que no era directamente ofendido por el crimen, podía "acusar"<sup>14</sup>. Condición necesaria para que el ciudadano pudiese acusar era que el pretor le concediese la *lex*, o sea, el poder efectivo de ejercerla. Tal *lex* no significaba una mera autorización, pero sí una verdadera delegación de poderes, que institucionalmente cabrían al estado. En efecto, la *lex* no permitía simplemente un poder de acusación, mas le confería poderes para proceder a las investigaciones, pudiéndose dirigir a los lugares necesarios, recoger documentos, notificar e inquirir testigos, siempre por intermedio de una comisión y bajo la fiscalización del acusado, que podía interrogarlas y contradecirlas: era la *inquisitio*<sup>15</sup>. Demuestra que la figura del público acusador, que sólo más tarde debería ser expresamente reconocida, no representó ninguna novedad, porque el acusador oficial ya existía desde hace mucho tiempo.

Nótese que ya en esta parte se encuentran las primeras garantías de la defensa del reo, el cual tenía el derecho de acompañarse, hasta en

el sentido material, el acusador, por un *custos*, o de acompañarlo personalmente a fin de controlar la legalidad de sus actos y de conocer sus investigaciones, con la finalidad de preparar la defensa. El proceso era dominado por la contradicción; la prueba de los hechos competía a las partes sin que el juez tomase cualquier iniciativa; si el reo se confesaba culpable era condenado sin más indagaciones. La publicidad y la oralidad imperaban en esta fase; y el acusado, si no podía recibir nuevas investiduras tras la formulación de la investigación, conservaba todos los encargos hasta entonces ejercidos y, si fuera el magistrado, sus funciones. Juzgado el reo, la absolución acarrea sanción contra el acusador que actuaba temerariamente o calumniosamente<sup>16</sup>.

Con la caída de la República y la proclamación del Imperio, el sistema acusatorio no desapareció, pero el procedimiento sufrió modificaciones, bajo el impulso de dos fuerzas convergentes: una constituida por la exasperación del sistema, y otra por el refuerzo del poder central. La acusación se torna, en la realidad, fuente de graves injusticias, principalmente cuando se dispone que un cuarto de la multa pagada por el condenado fuera entregada al acusador<sup>17</sup>. Todavía se volvía más grave, en un período en que tomaba cuerpo a la idea de que el crimen representaba la violación de un interés público y no sólo de lo privado<sup>18</sup>.

14 Del principio de *acusatio* era responsable el propio ofendido y a sus parientes. Con la evolución del concepto de que el crimen ofende a toda la colectividad, se fue desenvolviendo la acción *quavis de populo*: D.L. 48, Tit. 2º, donde se enumeran las excepciones a la legitimación general para la acusación: la licencia para acusar dependía del denunciante, no del señor magistrado, mujer, calumniador juzgado como tal e indigente; el carácter delictuoso del hecho argumentado contra el denunciado; y de tener la imputación varios subscriptores, cautelas que precedían la inscripción del libelo, basada en la *nominis delatio*, fórmula declaratoria del nombre del acusado, del crimen y de las cuestiones del proceso: A ese propósito, cumple recordar que los atenienses y los romanos distinguían entre los crímenes públicos y los crímenes privados: los primeros perjudicaban a la colectividad y, por eso, su represión no podía fijarse a merced del ofendido; en cuanto a los segundos, la lesión producida era de menos importancia para el Estado y, así, la represión dependía de la exclusiva iniciativa de parte. Ver para este punto Humberto Cuenca, *Proceso Civil Romano*, Ediciones Jurídicas Europa - América, Colección la Ciencia del Proceso, N° 34, Buenos Aires, p. 263.

15 Manzini Vicenzo, *Tratado, op. cit.*, vol. I; se observa que, así, la *inquisitio* era siempre posterior a la *accusatio*.

16 Mommsen Teodoro; *Derecho Penal Romano*, traducción de Pedro Dorado (Profesor de la Universidad de Salamanca); Reimpresión, Editorial Temis S.A., Bogotá, Colombia, 1991. Tit. Orig.: *Römisches Strafrecht*, Leipzig, Alemania, 1899, p. 259 y ss. Aunque Battistelli Luigi plantea aparentemente que la mentira sólo se puede efectuar por parte del acusado y del testigo, aunque admite sólo que puede emitir acusaciones falsas el niño [Ver su obra: *La Mentira ante los Tribunales (Fragmentos y apuntes de sicología y sicopatología judicial. Extractos de Dictámenes siquiátricos)*, traducción de Rolando Enrique Oviedo, revisión técnica de Jorge Guerrero, Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1984].

17 Mommsen Teodoro; *Derecho Penal Romano, op. cit.*, p. 317 y ss.

18 Ada Pellegrini Grinover, *Liberdades Públicas e Processo Penal, op. cit.*, p. 30 y 31.



La producción de las pruebas confiada a la parcialidad de las partes no ofrecía garantías suficientes para el imputado que no dispusiese de medios para obtener el patrocinio de un defensor capaz de sustentar sus razones, contra fuertes acusadores. Fue así necesario, por una parte, disminuir las acusaciones y, por otra, hacer sentir con mayor peso la autoridad del Estado. Las sanciones fijadas contra el acusador de mala fe se volvían más severas, llegando a atribuirse para él las mismas penas que serían aplicadas al acusado, en la hipótesis de afirmar su responsabilidad<sup>19</sup>.

Este sistema, tutelando suficientemente al reo contra acusaciones infundadas, contenía, como era obvio, otro serio defecto: la conminación de sanciones tan graves a cargo del acusador hacía que las sanciones disminuyan y no sólo las infundadas, pues el temor de incurrir en ellas disuadía hasta a los mismos que actúan en interés público. Tal circunstancia producía a su vez, la impunidad de muchas infracciones penales, llevando al Estado a intervenir *ex officio*<sup>20</sup>, inicialmente en aquellos casos particulares en que se demostraba con más evidencia el interés público y, gradualmente, de manera general, por la institución de funcionarios públicos, encargada de promover la persecución penal. Fue así que se organizó una policía oficial, fuertemente centralizada con funciones típicamente judiciales, mientras tanto el espíritu policial del pueblo fue desapareciendo. El sistema acusatorio puro entraba en crisis<sup>21</sup>.

Por ese camino, habría sido fatal el transcurso para el sistema inquisitorio –asimismo porque algunos magistrados manifestaban la tendencia en el sentido de limitar la publicidad del procedimiento– si los bárbaros, a través de las invasiones, no hubiesen introducido sus institutos. Entre el sistema acusatorio de los bárbaros y aquél, no perfectamente identificable, del último imperio, prevaleció hasta cierto punto el sistema bárbaro. El sistema acusatorio bárbaro difiere, sin embargo, del de la República romana, porque la acusación no es confiada al ciudadano, pero sí al ofendido y a sus herederos, acentuándose así aquel carácter privativo que es prerrogativa de los procesos más antiguos. De cualquier forma, se fortalecen en él la oralidad y la publicidad; y los derechos del acusado, directamente o por intermedio de su defensor, son decididamente tutelados. Todavía en alguna causa afín a intereses públicos, la acusación es confiada a funcionarios públicos en los cuales es posible identificar el embrión del promotor: se trata sin embargo siempre de funcionarios escogidos para el caso determinado<sup>22</sup>.

Pero lo que se pretende es apenas apurar lo que aparece en el proceso mediante elementos artificiales y absurdos, basados en la superstición y en la fe de alguna intervención divina. Las ordalías, los juramentos, los duelos judiciales (como la prueba del agua y del fuego), perduran hasta el inicio de la Edad Media<sup>23</sup>, y, en las palabras de Bentham, el proceso se vuelve un juego de azar, sustituyendo los lógicos por

19 Mommsen Teodoro; *Derecho Penal Romano*, *op. cit.*, p. 310 y ss.

20 W. Ullmann, "Algunos Principios del Proceso Criminal Medieval", en: *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia* (Órgano de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, del Instituto de Derecho Comparado y de los Seminarios de la Escuela), Universidad Nacional Autónoma de México, Tomo X, Julio/Dic. 1948, N° 39 y 40, México D.F., p. 40.

21 Sobre los inconvenientes del sistema acusatorio, como se representaba en su primera fase histórica, señalamos entre ellos: a. la impunidad de criminales; b. facilitación de la acusación falsa; c. el desamparo de los débiles; d. la desfiguración de la verdad; e. la imposibilidad de juzgamiento en muchos casos; f. la inejecutabilidad de la sentencia.

22 Manzini Vincenzo, *Tratado*, *op. cit.* Tomo I, revisar la parte histórica.

23 Sobre las Ordalías y los Juicios de Dios, ver Manzini Vincenzo, *Tratado*, *op. cit.*, T. I. Enseña el autor que ese juicio, denominado también *Ordal* (alemán moderno: *Urtheil* = decisión), no debe propiamente ser considerado como medio de prueba, mas sí como una restitución a Dios en la decisión sobre la controversia. Es posible, afirma el autor, que por lo menos en los tiempos menos atrasados el juicio de Dios haya sido considerado como forma de transacción para terminar litigios, independientemente de la verificación, de la razón, así como sucedía con el juramento decisorio. Se debe anotar también, que los propios bárbaros, después de la conversión al cristianismo, miraban con desconfianza tales juicios, como aconteció con los comentaristas de los edictos longobardos: la prevención debía ser grande, si Carlo Magno volvió a imponer la confianza en ellos: "*ut omnis homo iudicium Dei credat absque ulla dubitatione*". Es importante revisar para entender este periodo... el escrito del profesor W. Ullmann, *Algunos Principios del Proceso Criminal Medieval*, *op. cit.*, p. 33 a 53.



los exorcistas<sup>24</sup> y acabando por reconocer como método de obtención de la verdad el criterio de la prevalencia física, frecuentemente ejercida por persona retribuida por el interesado, extraña al conflicto de intereses. Así, quien no tenía fuerza física para hacer valer su derecho, ni recursos para emplear la fuerza ajena, o aquel que por otras razones no confiase en la justicia de las Cortes Señoriales (precaria, mutable y sin garantías), acabó por buscar la jurisdicción eclesiástica.

### 3. *El sistema inquisitorio de origen eclesiástico y su extensión a la jurisdicción laica*

Se había creado con base a la misión confiada a funcionarios públicos y a los obispos del emperador Justino, para fiscalizar la administración de la justicia en las provincias; casi contemporáneamente, se reconoció a la Iglesia el derecho de juzgar el ciego, en un primer tiempo para fines religiosos y sin cualquier jurisdicción temporal. Al poco tiempo, sin embargo, la iglesia extendió su jurisdicción acabando por ocuparse objetivamente de cualquier materia que concerniese a la fe, aunque estaba prevista por leyes comunes, y, subjetivamente también de legos que de cualquier forma tuviesen relación con la Iglesia (Cruzados, Tonsurados). El frecuente recurso a la jurisdicción eclesiástica explica la influencia que los institutos de la Iglesia acabaron por ejercer sobre las instituciones laicas<sup>25</sup>. Y, entre estos, se encontraba el sistema inquisitorio.

La desconfianza creciente con relación a las leyes y a la justicia señorial, a la par de la exasperación de las acusaciones, prepararon el terreno para la adopción de un método más riguroso y menos preocupado por los derechos de los individuos. Sobre este terreno se desarrolló el proceso inquisitorio de origen eclesiástico, articulado en la base del más absoluto secreto: secreto en el recibimiento de la denuncia,

secreto en el inicio de las investigaciones, secreto en la instrucción, y, posteriormente también en los debates. El secreto fue utilizado no solamente para asegurar el buen éxito de las investigaciones, sino también para evitar que los humildes fuesen víctimas de la cólera de los poderosos y que los hombres de bien sufriesen mala fama; el proceso secreto fue documentado, por la reducción a escrito de todos los actos. Pero el juez, lejos de satisfacerse con la verdad ficticia, buscaba conocer los hechos como habían ocurrido, estando investido de los más amplios poderes de investigación. La *inquisitio* se dividía en dos fases: en la primera, se investigaba el hecho en su materialidad, sin atentar especialmente a nadie (*inquisitio generalis*, la que el juez procedía *priusquam inquirat contra delinquentem*); en la segunda, de buscar la existencia del hecho, se pasaba a la investigación de la responsabilidad del sospechoso (*inquisitio specialis*, en que se investigaba especialmente acerca de alguien)<sup>26</sup>.

Tal sistema, que surgió en la jurisdicción eclesiástica para condenar herejías<sup>27</sup>, se desarrolló y se amplió, abarcando, de inicio, solamente las ofensas a la moral o a la religión; pero la utilidad de un procedimiento que consentía al poder temporal una doble acción, sin cualquier impedimento, se reveló de inmediato, provocando su extensión a procesos que no tenían como objeto aquellas ofensas, tal extensión fue tan rápida y tan amplia que Inocencio III, a través de su *Decretal*, acabó por esclarecer que "*tribus modis procedi possit: per accusationem, per denuntiationem, per inquisitionem*"<sup>28</sup>.

Este último método —*per inquisitionem*— acabó por prevalecer sobre los otros, asimismo junto a las autoridades laicas, en virtud del inevitable favor que encontraba junto a gobiernos absolutos, los cuales, por su intermedio, veían la posibilidad de alcanzar a los enemigos del poder constituido y a los rebeldes, favoreciendo la delación y engendrando un comprensible te-

24 Bentham Jeremías, *Tratado de las Pruebas Judiciales II*, traducción del Francés por Manuel Ossorio Florrit, Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires, Argentina, 1959, p. 45. Tit. Orig.: *Traité des Preves Judiciaires*, obra compilada de los Manuscritos del autor por Etienne Dumont, membre du conseil représentatif et souverain de Genève. Tome Premier. Paris, Bossange Freres, Libraires. - Editeurs, Rue de Scine, n. 12, 1823.

25 W. Ullmann, *Op. cit.*, p. 41 y ss.

26 W. Ullmann, *Op. cit.*, p. 47.

27 Inocencio III, *Concilio de Latráo*, de 1215, etc., en W. Ullmann, *Op. cit.*, p. 48.

28 *Decretais de Inocencio III*, V, Tit. I, Cap. 21 y Cap. 30., en W. Ullmann, *Op. cit.*, p. 48.



mor con relación al príncipe y a sus funcionarios<sup>29</sup>. Por el contrario, el sistema inquisitorio es reconocidamente uno de los instrumentos de formación y consolidación del absolutismo dinástico, que imperó en las monarquías de Europa desde el siglo XVI; y esta estructura procesal vendría a consolidarse en el derecho de los Estados, durante los siglos XVII y XVIII, cuando se ligó políticamente a las ideas del Estado absoluto y totalitario<sup>30</sup>.

Así, el sistema inquisitorio tomó pie en todos los estados de Europa, en España, vigoroso el Código llamado "*Libro de las leyes*"<sup>31</sup>, más conocido con el nombre de *Las partidas*<sup>32-33</sup> (donde los principales medios probatorios<sup>32-33</sup> son, a decir de Levaggi seis especies, a saber; la primera, la que se hace por juramento decisorio, que difiere una parte a otra; la segunda, por confesión de parte<sup>34</sup>; la tercera, por testigos; la cuarta, por instrumentos; la quinta, por vista y evidencia del

29 Manzini Vincenzo, *Tratado*, revisar todo el capítulo con respecto a la expansión.

30 Maier Julio B. J., *Derecho Proceso Penal*, Tomo I, Fundamentos, 2ª edición, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, Argentina, 1996, p. 293 y ss.

31 Las Partidas fue el libro de las leyes, conocido como las Siete *Partidas*, sancionado por Alfonso X, apodado "el Sabio", promediando el siglo XIII, el que recibió en España el derecho romano - canónico e introdujo el método inquisitivo en la persecución penal. Fueron concluidas y publicadas en 1446, admitió no sólo los medios de acusación del derecho romano y las querellas, provenientes de las antiguas costumbres, sino también las inquisiciones indagaciones de derecho canónico, predominantes en el proceso criminal por envolver pecado, (Maier Julio B. J., *Derecho Proceso Penal*, Tomo I, Fundamentos, 2ª edición, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, Argentina, 1996, p. 300 y 301).

32 Sobre la prueba; los pesquisidores tenían el deber de investigar la verdad, deber que excluía el duelo judicial, vigente sólo para casos especiales (*riepto*) en los que regía el sistema acusatorio privado, regla de la que emergió otro de los grandes principios del sistema inquisitivo con fuente en el derecho romano imperial. La prueba, definida por las Partidas como averiguación que se hace en juicio en razón de alguna cosa que es dudosa (III, 14, 1), era reputada como el "alma del proceso", que hace ver al juez y al público la verdad, "que se indaga con la más escrupulosa atención en las causas, debiendo considerarse desde el instante, en que se halla un magistrado revestido de autoridad, sin enlace de parentesco, y amistad en los casos, donde para proceder rectamente conviene calle la naturaleza, y pronuncie el juez, quien por su estado es defensor del oprimido, sin que por motivo alguno sea lícito a aquél extraviarse de la senda que le prescriben la justicia y el buen orden" (*Práctica Universal de los Tribunales de España y de las Indias*, T. IV, Madrid, España, 1786, p. 219, en Levaggi Abelardo, *Historia de la Prueba en el Proceso Civil Indiano y Argentino (Siglos XVI a XIX)*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1974, p. 4 y ss.). Por otra parte la prueba, describía La Partida, regularmente incumbe al actor que pide, y no al reo que niega (Levaggi Abelardo, *Op. Cit.*, p. 7). Se consagró desde muy antiguo el principio del término común, especialmente en la prueba, en el problema de la dilación del término probatorio. Solían los autores prácticos emplear una porción de divisiones y subdivisiones, no sólo respecto a la prueba en general, sino a los miembros que ella contiene. Así, la dividían en plena y semiplena; clara, evidente, evidentísima, legítima, etc.

33 Se permitió la apelación, hasta fue posible la revisión del fallo fundado en "*pruebas falsas*". Es oportuno citar que Las Partidas, además de conocer el procedimiento por acusación, en el que se permitía la defensa del inculpado como en el procedimiento civil, respetaron dos principios que llegaron hasta nosotros: el "*in dubio pro reo*", que prescribía la absolución en caso de duda, y el "*ne bis in idem*", que prohibía para el absuelto ser acusado otra vez por el mismo "yerro", salvo acusación fraudulenta.

34 *La confesión* ha sido considerada universalmente como el más evidente y poderoso medio de prueba; "porque siendo la manifestación y reconocimiento de palabra o por escrito de aquello que se puede, hecha por el mismo contra quien se puede, queda desvanecida toda duda para el juez; sin que le reste hacer otra cosa más que pronunciarse, que condenando o absolviendo" (Levaggi Abelardo, *Op. Cit.*, p. 28). Tant fue la importancia asignada a la confesión que por ejemplo se obtenía forzosamente, mediante el tormento, para dar certidumbre a la sentencia. Sin embargo debe notarse que desde el siglo XIX, con el avance de las pruebas objetivas sobre las subjetivas, la confesión ha ido perdiendo ese carácter absoluto, hasta convertirse a veces en una prueba de valor relativo, sujeta, como las demás, a la sana crítica judicial. La confesión bajo tortura sólo autorizaba la condena cuando era ratificada en libertad al día siguiente; no ratificada procedía su repetición, hasta dos veces más para algunos delitos. Si la confesión bajo tormento no se producía o el reo no la ratificaba nunca en libertad, correspondía la absolución (la confesión fue objeto de varias clasificaciones por parte de los prácticos, pero la más importante de todas, admitida aun por el derecho moderno, fue la de confesión extrajudicial y judicial o solemne, según la oportunidad y los recaudos con que ella se hacía, bastando decir al respecto que la judicial era la que se ajustaba en un lado a los requisitos señalados precedentemente y la que, en consecuencia, producía plena prueba, a diferencia de la extrajudicial, que adolecía de la ausencia de juez competente que la recibiese, por haber sido hecha fuera de juicio o ante juez competente, y que para producir efecto probatorio debía ser objeto de ratificación, o bien de prueba de su existencia (Ver en Levaggi Abelardo, *Op. Cit.*, p. 34 y ss.)



hecho; la sexta, por presunción, deviniendo por peritos la séptima; con excepción de Inglaterra, mereciendo tal protección que en el año de 1527 Inocencio IV condenó los estatutos que impedían el libre ejercicio de la actividad de los inquisidores. El sistema inquisitivo adquirió inusitado vigor en España bajo los Reyes Católi-

cos mediante las dos organizaciones judiciales, una religiosa (el Tribunal del Santo Oficio<sup>35</sup>, que mantenía entre sus principales medios probatorios<sup>36</sup> al testigo y la confesión con tormento<sup>37</sup>) y otra laica (la Santa Hermandad<sup>38</sup>), y las mismas razones que llevaron a los gobiernos a adherirse al nuevo método también condujeron a la exas-

35 El tribunal del Santo Oficio, o de la Inquisición, de triste fama por la crueldad de sus procedimientos y de sus penas, al punto que autores extranjeros se cuidan de destacar el yerro en confundirlo con otros tribunales de Inquisición. Sólo el *Vehmgericht* alemán y sus *juicios de Santa Vehme* ha sido equiparado en rigor y crueldad a la Inquisición española. Manzini Vicenzo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, Prólogo por Niceto Alcalá - Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires, Argentina, Tomo I (1951), 6, p. 30 y p. 52., fue creado en 1480, cuando se nombró a los cuatro clérigos que lo integraron en sus comienzos, dos dominicos y dos seculares; comenzó a funcionar a comienzos del año siguiente, se extendió a casi toda España y a América hispana, y modificó su organización, un Consejo Supremo de Apelación, presidido por el Inquisidor General e integrado por tres monjes, y tribunales inferiores (en América hispana tuvieron sede en Lima, México y Cartagena), y fue abolido definitivamente en 1820. Su competencia (material) fue siempre limitada, pues se creó para conocer en artículos de fe, en especial en las herejías y delitos conexos, pero bien pronto sirvió para asegurar el poder real y el absolutismo real, como doctrina del Estado que en él reposaba. Por fuera de las actuaciones del proceso inquisitivo, que seguía y conducía al extremo, del procedimiento ante estos tribunales merece remarcar: el secreto absoluto de las actuaciones, que comprendía, incluso, el nombre de los denunciantes y de los testigos de cargo, y hasta la misma sentencia, razón por la cual el imputado absuelto seguiría preso si no pedía su libertad -de oficio no se disponía- y acababa su vida en la prisión, porque el secreto comprendía al público que, prácticamente, sólo constataba la desaparición de un vecino [Vélez Maricón de Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, Actualizada por los Dres. Manuel N. Ayán y José I. Cafferata Nores, Marcos Lerner Editora Córdoba SRL, Córdoba, Argentina, Tomo I (3ª edición, 2ª Reimpresión, 1986), Primera parte, cap. III, 5, II. A p. 120, nota al pie N° 78, citando a Covian y Junco (*el procedimiento penal teórico y práctico*, Madrid, 1886)]; la obligatoriedad de la denuncia o de la declaración, aun entre parientes próximos, con el fin de adquirir información a todo trance y tomar punible hasta el silencio; el interrogatorio del imputado bajo juramento y tortura, sin que existieran privilegios personales que eximieran de la aplicación del tormento. Ver Eduardo Pallares, describe trámites ordinarios del Procedimiento Inquisitorial, en su obra, *Procedimiento Inquisitorial*, Imprenta Universitaria, México, 1951, p. del 17 al 23.

36 La etapa probatoria se iniciaba con una sentencia interlocutoria de prueba por la cual los inquisidores declaraban finalizada la anterior etapa procesal y otorgaban a las partes un plazo, regularmente de nueve días, para presentar sus pruebas. Los principales medios empleados eran la prueba testifical y la confesión. La primera incluía los testimonios de cargo y de abono; la segunda se podía producir en cualquiera de las etapas del juicio e, inclusive, antes de su apertura. Su consecuencia inmediata era dar fin al proceso, permitiendo pasar a la etapa decisoria.

37 Dentro de la concepción de la época, la Inquisición tenía una intencionalidad claramente benefactora al buscar obtener el arrepentimiento de los herejes y, por ende, la salvación de sus vidas, honras, patrimonios y, sobre todo, de sus almas. Para ello se esforzaba por obtener la confesión plena y total del acusado, prueba única e indispensable de que tal arrepentimiento existía. En casos extremos el Tribunal podía ordenar el empleo de la denominada cuestión de tormento. Al respecto, hay que tener presente que la tortura era un procedimiento común en los tribunales de la época y, en lo que respecta a la Inquisición, ésta no inventó ningún instrumento nuevo, más bien empleó los de uso general. Al actuar de esta forma el Tribunal no hacía más que utilizar un método aceptado entonces universalmente. De hecho jamás era usado el tormento antes de la acusación fiscal pues el objetivo del Tribunal era obtener confesiones voluntarias que demostrasen el cabal arrepentimiento del sospechoso. Al respecto, Ayllón Fernando, *El Tribunal de la Inquisición (De la Leyenda a la Historia)*, Ediciones del Congreso del Perú, Lima, Perú, 1997, p. 214. También revisar Guibovich Pérez Pedro, *En Defensa de Dios (Estudios y documentos sobre la Inquisición en el Perú)*, Ediciones del Congreso del Perú, Lima, Perú, 1998; Palma Ricardo, *Anales de la Inquisición de Lima*, Ediciones del Congreso de la República, (edición facsimilar ampliada de la tercera edición de 1897, Madrid, España), Lima, Perú, 1997; Por último se revisará de Hampe Martínez Teodoro, *Santo Oficio e Historia Colonial (Aproximaciones al Tribunal de la Inquisición de Lima, 1570 - 1820)*, Ediciones del Congreso del Perú, Lima, Perú, 1998. Con respecto a la historia del Derecho Procesal Penal ver Catacora Gonzáles Manuel, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima, Perú, 1990 y su *Manual de Derecho Procesal Penal*, Editorial Rodhas, Lima, Perú, 1996. También Clariá Olmedo Jorge A., *Derecho Procesal Penal*, Ediar Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y Financiera; Buenos Aires, Argentina, Tomo I (1960-Nociones Fundamentales), V (1966-La Actividad Procesal), Alsina Hugo, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Segunda Edición, Tomo I, Parte General; Ediar Soc. Anon. Editores; Buenos Aires, Argentina, 1963., Zavala Loaiza Carlos, *El Proceso Penal y sus Problemas*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho, Lima, Perú, 1947].



peración del instituto y a la adopción ilimitada de la tortura como medio de prueba, induciendo a algunos autores a afirmar que la finalidad del proceso en la época, no parecía ser más el esclarecimiento de la verdad, sino el reconocimiento de la responsabilidad del reo. La instrucción secreta fue el arma más poderosa de este procedimiento. Y en esa atmósfera es fácil entender cómo la defensa estaba reducida a mera formalidad<sup>39</sup>. La tortura no pasó a ser considerada más como un medio de prueba, pero sí un método para confirmar o para eliminar una prueba semiplena, una serie de indicios; y el valor que se le atribuía era tanto, que si, en el caso de tortura, el reo se resistía sin confesar su culpa, se verificaba una especie de improcedibilidad en su favor, por lo que, delante de nuevas pruebas, no más podría ser el juzgado por el mismo hecho<sup>40</sup>.

Los defectos del sistema inquisitivo son evidentes, lo que no debe llevar al olvido de ciertos progresos que por su intermedio el derecho procesal penal pudo realizar: una evaluación más rigurosa de las pruebas, la separación de la fase instructiva de la de debates, la importancia del elemento psicológico en el crimen, el encaminamiento para un concepto del derecho penal libre de intromisiones de origen privado, progresos estos que permanecerán definitivamente adquiridos por la conciencia penalista, asimismo cuando la reacción contra los excesos modificó el sistema y el modo de entender el proceso penal<sup>41</sup>.

#### 4. *Influencia de las Ideas Liberales en el Proceso Penal*

La evolución se cumplió lentamente, pero las ideas que la sustituían, cada vez más influenciadas por los excesos de todos los días, no podían sino imponerse.

En Francia, la Ordenación de 1539, volvía al régimen acusatorio, pero sin el peligro de impunidad, pues la acusación estaba ahora confiada al Ministerio Público y la acción era oficial y obligatoria; en 1788, un edicto prohibía las torturas, exigía la sentencia motivada y concedía al acusado absuelto una reparación moral consistente en la publicación de la sentencia<sup>42</sup>.

En Alemania, el Código Carolino de 1532, sirvió de fundamento para una teoría completa de la prueba; en el siglo XVIII, la Ordenación de Justicia Penal de José II abolió la tortura en Austria<sup>43</sup>.

En Italia, la reacción se inició por la abolición de los tribunales de la inquisición y de la tortura, expulsados de Nápoles de 1730 y excluidos sucesivamente de los otros estados Italianos; se prosiguió en el Piamonte por intermedio del Código Vitorino, que reformó la legislación penal, y en la Toscana, por la prohibición de las denuncias secretas y por la introducción del principio de la reparación por los errores judiciales a la víctima<sup>44</sup>.

38. Por la misma época nacieron en Castilla corporaciones dedicadas a perseguir los delitos, denominados hermandades, hasta que, sobre ellas, se constituyó la Santa Hermandad en 1498, competente para juzgar la mayoría de los delitos contra la propiedad y las personas que fueran cometidos con violencia o en despoblado, los llamados "casos de Hermandad". Como en otros lugares, la preocupación era *expurgare civitatem malis hominibus*, razón por la cual se autorizó una inquisición sumaria con sentencia inmediata, incluso en rebeldía del imputado.

39. *Id.*, *ibid.*; Fiorilli, *La tortura*, *op. cit.*, p. 160. Verlo con más detalle en las reflexiones de Sentís Melendo, *op. cit.*, p. 567.

40. Fiorelli, *La tortura*, *op. cit.*, p. 207 en Sentís Melendo, *op. cit.*, p. 568. Sobre la tortura en aquel tiempo son importantes las reflexiones de Forner Juan Pablo, *Discurso sobre la Tortura*, Edeval, Colección Juristas Perennes. Dirigen esta Colección los profesores: Manuel de Rivacoba y Rivacoba y Agustín Squella Narducci, Valparaíso, Chile, 1990

41. Además, no se puede olvidar que el procedimiento inquisitorio surgió como correctivo para los defectos del acusatorio, editado inicialmente por la conveniencia y por el bien común, hasta como necesidad social (una síntesis de lo expuesto por Manzini, *op. cit.*, p. 49), y que no impidió, por ende, que se transformase en sistema extremadamente peligroso para la seguridad de los individuos.

42. Vélez Mariconde, *Derecho Procesal Penal*, T. I., Primera Parte, Cap. III, p. 123 y ss., p. 38; y Foucault Michel; *Vigilar y Castigar (Nacimiento de la Prisión)*; 8ª edición, traducción de Aurelio Garzón del Camino, Serie Nueva Criminología y Derecho, Siglo Veintiuno Editores S.A. de C.V., México, D.F., 1983, p. 38 y ss.

43. Maier Julio, *op. cit.*, p. 303 y ss y Devis Echandía, *Compendio de Derecho Procesal*, 1974, t., I, p. 21 - 22.

44. Félix Reinaldi Víctor, *El Delito de Tortura*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 37.



Lo mismo sucedió en Inglaterra –que desde el siglo XIII abandonara los juicios de Dios e instituiría el jurídico–; el sistema de las pruebas legales y sustituido en el siglo XIV; hasta que en los siglos XVI y XVII, por la teoría de la razón natural y principalmente por influencia de Hobbes, se creaba un sistema de pruebas basado sobre las normas de exclusión. En Rusia, en el siglo XVIII, con la legislación de Pedro I y Catarina II, pasa en vigor el sistema de las pruebas legales. Mas la corriente jurídica renovadora reivindica el sistema del libre convencimiento, basado en el sentido íntimo e innato que guía a todo hombre a los actos importantes de la vida<sup>45</sup>.

Tales reformas venían a anticipar la obra de hombres particularmente sensibles a las instancias de su tiempo, como Montesquieu<sup>46</sup>, Voltaire<sup>47</sup>, y sobre todo Beccaria, con su histórico *dei delitti e delle pene*<sup>48</sup> que, con sus escritos, habían despertado las conciencias de los soberanos mejores y creado en torno de los más conservadores la amenaza del vigor de sus ideas<sup>49</sup>.

Con la Revolución, el movimiento de hostilidad contra el viejo sistema tuvo impulso todavía mayor y la Asamblea Constituyente de 1790 recogió los conceptos liberales, pronunciándose contra el sistema inquisitorio en el proceso penal y contra las pruebas legales; consagrándose el sistema de libre convencimiento del juez, cristalizado en las leyes del 18 de enero de 1791 y del 29 de setiembre del mismo año, cuyo principal autor fue Duport<sup>50</sup>. Se introdujo la asistencia del abogado y su presencia para las testimoniales y las aclaraciones<sup>51</sup>, la publicidad de las audiencias (todavía la instrucción continúa secreta), el juez natural, los jurados, etc. Todavía, notan algunos autores que, a pesar de ser la Revolución francesa<sup>52</sup> la que resaltó los principios de la libertad y de la igualdad y que hizo del iusnaturalismo su religión, las innovaciones llevadas para el campo del proceso penal no fueron tan significativas como se pensaban<sup>53</sup>; pues se limitó ella a plantear ideas que ya circulaban antes de su eclosión, en lo que atañe al proceso penal. Sin embargo muy bien influenció en Es-

45 Devis Echandía, *op. cit.*, p. 22 y Vicente Grima Lizandra, *Los Delitos de Tortura y de Tratos degradantes por Funcionarios Públicos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, *op. cit.*, p. 35.

46 *Del espíritu de las Leyes*, publicada en 1748, en especial, sus libros VI y XII.

47 *Comentario sobre el Libro de los Delitos y las penas*. En *Tratado de los Delitos y de las Penas*, publicada en 1766.

48 Obra escrita en 1764. Para una visión de aplicabilidad del pensamiento de Beccaria a etapas modernas ver Adela Asúa Batarrita y otros, *El Pensamiento Penal de Beccaria: Su Actualidad*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1991.

49 Maier Julio B. J., *Op. cit.*, p. 334 y ss.

50 Vélez Mariconde, *Derecho Procesal Penal*, T. I., cap. IV, nº 2 y 3, pp. 135 y ss.

51 A través de la Ley del 3 de noviembre de 1789, fueron acrecentados a los jueces instructores de los notables, que deberían presenciar todos los actos, en cuanto el defensor podía asistir al interrogatorio de los testimonios y a las aclaraciones (Maier Julio B. J., *op. cit.*, p. 340; también es importante la revisión de la obra colectiva *Jornadas sobre el Poder Judicial en el Bicentenario de la Revolución Francesa*, Presentación del Director del Centro de Estudios Judiciales: Carlos García Valdés, Centro de Estudios Jurídicos, Colección CURSOS, Vol. 5, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, España, 1990).

52 En Perú, hasta 1867, las constituciones reconocieron principalmente los derechos individuales liberales de la Revolución Francesa. A partir de allí, las cuatro últimas Constituciones han ido incorporando paulatinamente los nuevos derechos de las grandes Constituciones del mundo y de las declaraciones internacionales. Así, en la Francia del abate Sieyes, considerado por muchos como el "oráculo del tercer estado", la necesidad de una constitución escrita es también una firme convicción nacional. La nación "existe ante todo, es el origen de todo. Su voluntad es siempre legal, es la ley misma", afirmaba Sieyes. Y concluía con una sentencia doctrinal que es fuente del pensamiento constitucional contemporáneo: "La constitución no es obra del poder constituido, sino del Poder Constituyente". Por lo que tanto nuestras constituciones de 1823, 1828, 1867, 1933, 1979 y la de 1993 han sido elaborados por un Congreso Constituyente.

53 En un primer momento se produjo la reacción en contra del sistema inquisitivo y el intento de implantar un sistema acusatorio material, a la manera del que existió en la República grecorromana y existía, por entonces, en el derecho inglés, aun cuando el intento nunca fue puro, en razón de que subsistió siempre, confusamente, la regla inquisitiva de la persecución penal pública (Maier Julio B. J., *op. cit.*, p. 350 y 351).



paña en su primera Constitución (con las Cortes de Cádiz de 1812)<sup>54</sup>.

Por otro lado, en el curso del pensamiento inglés, los Estados Unidos de América subsumieron la cláusula *due process of law* desde el período revolucionario<sup>55</sup>. En el ámbito penal, se refiere a la “Declaración de Derechos” de la Colonia de Virginia; Massachusetts amplió la garantía para abarcar derechos patrimoniales, refiriéndose al *law of the land*, el que fue seguido por varias otras (Nueva York, Pennsylvania, Maryland).

La Declaración de Independencia de los Estados Unidos no se refiere expresamente a la cláusula. Inspirada por Jefferson, se limita a proclamar el principio de que todos los hombres son iguales por origen y dotados de derechos inalienables, como la vida, la libertad y la búsqueda de felicidad<sup>56</sup>.

La Convención de Filadelfia, aprobando la Constitución de los Estados Unidos de América<sup>57</sup>, no contempla la protección de derechos individuales; tales garantías se inscribieron como enmiendas a la Constitución, aprobadas en 1791<sup>58</sup>. Notoriamente cuando la cláusula del *due*

<sup>54</sup> Esta ley, en realidad la última de la legislación española que tuvo que ver con el Perú, ya que en 1821 se proclamó la independencia. Esta Constitución que fue promulgada el 9 de marzo de 1812, en el Título V destinado a los tribunales y la Administración de Justicia estableció algunos principios interesantes. Entre algunos que tienen efecto para la valoración de las pruebas tenemos: la prohibición para arrestar sin que preceda información sumaria, que la ley castigue con pena corporal y mandamiento escrito del Juez previa presentación ante éste debiendo recibirle la declaración dentro de las 24 horas (art. 287 y 290); trato humano a los presos (art. 297); la obligación de leerle íntegramente al reo que va a confesar todos los documentos y las declaraciones de los testigos (art. 301); la publicidad del juicio después de la confesión (art. 302); la prohibición del tormento, apremios y la confiscación de bienes (art. 303 y 304), etc. Sin embargo, en las colonias no se respetaron estos preceptos y sólo fueron considerados cuando ellas se independizaron y tuvieron que redactar sus constituciones y leyes procesales.

<sup>55</sup> La promulgación de la “Declaración de Libertad” de la Colonia situada en la bahía de Massachusetts, la integridad de los derechos a la vida, libertad y propiedad no podía ser violada “*unless it be vertue of equity or some express law of the country warranting the same established by a general court and sufficiently published*”; principio semejante fue adoptado por las leyes de Nueva York y Nueva Jersey. Enseña Francisco Linares Quintana, [Razonabilidad de las Leyes (El Debido Proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina), 2ª edición actualizada, 1ª reimpresión, Editorial Astrea, 1989] que tales documentos fundamentaban antes protestas contra violaciones sufridas a la Declaración de Derechos. Solamente en el período revolucionario, el *due process of law* será incluido en las Declaraciones de Derechos elaboradas por las colonias, durante las luchas de independencia.

<sup>56</sup> Por la propia naturaleza de la Declaración —oriunda de una Confederación todavía débil, vedada en su poder central— sería inútil consignar derechos que el gobierno no estaría en condiciones de garantizar. Se proclaman, apenas, los axiomas propios de la concepción iusnaturalista de la época, en Sutherland Arthur, *De la Carta Magna a la Constitución Norteamericana (Ideas Fundamentales sobre Constitucionalismo)*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1972, p. 172 y 184 y ss.

<sup>57</sup> La Constitución norteamericana, compuesta de apenas siete artículos, aprobada en 1787 por el Congreso de Filadelfia, entró en vigor en 1789, substituyendo el estatuto de los trece Estados independientes (1781). Todo el continente americano salvo Canadá, fue decisivamente influenciado por la Constitución de los Estados Unidos, lo que es fácilmente explicable. La Confederación Americana había conquistado su independencia y creado un régimen ordenado, libre y próspero. América Latina ofrecía cierta semejanza con América Sajona: territorios inmensos, población poco densa, medios de comunicación escasos, regiones por explotar, colonizar y poblar, la necesidad de un Poder Ejecutivo fuerte para consolidar la emancipación y alcanzar el desarrollo material del país. Por otra parte, ciertas formas de autonomía como el gobierno de los cabildos, las enormes distancias y un regionalismo incipiente estimulaban el régimen federal (el Federalismo fue el mayor radicalismo, del siglo pasado, en tanto que la Monarquía fue la máxima aspiración de los conservadores). La influencia de la Constitución norteamericana de 1787 fue determinante (la Constitución norteamericana fue el modelo de inspiraciones que guió nuestros pasos, pero es justo reconocer que tal admiración respondía a las excelencias de su texto y a la coherencia de sus normas que le han permitido subsistir hasta el presente. Ella, como afirma Manuel Vicente Villarán, “merece la veneración que los americanos acostumbramos a tributarle por la intrínseca excelencia de su plan, su adaptación a las circunstancias del pueblo, la simplicidad, brevedad y precisión de su lenguaje, su juicio. La combinación de firmeza y elasticidad de detalles”, en *Páginas Escogidas*, Lima, Perú, 1962. Nota.- Con prólogo de Jorge Basadre.

<sup>58</sup> Cuando el procedimiento de Madison, que conscientemente actuó en ese sentido, (Ver parte de la Resolución Marbury Vs. Madison en: *Lecturas sobre Temas Constitucionales* 2, CAJ, 1988, p. 99). Sobre la oposición que las diez enmiendas constitutivas de *Bill of Rights* provocaran entre los federalistas (que entendían superflua la Declaración de



*process of law* pasó para el sistema constitucional como V Enmienda, así redactada: “*No person shall be ... deprived of life, liberty or property without due process of law*”<sup>59</sup>.

Por proteger el *Bill of Rights*, las libertades individuales solamente contra lesiones de los órganos federales<sup>60</sup>, se sintió más tarde la necesidad de confiar a los mismos órganos federales la garantía de los individuos contra los abusos practicados por el poder estatal. La nueva Enmienda, aprobada por el congreso y ratificada por los estados bajo el N° XIV, se incorporó, en 1868, a la constitución.

El ideal de reconstituir en Europa un sistema de tipo marcadamente acusatorio, al modelo inglés, se constituyó en una ilusión destinada a fenecer en el curso de pocos años. Se disolvió, en efecto, en los proyectos de restauración, característicos del período del directorio y del consulado, y en las formas del “sistema mixto”, típico del código Imperial francés de 1808 y de varias legislaciones europeas por el influenciadas.

La revolución no conseguiría cancelar totalmente la tradición autoritaria e inquisitoria; por otro lado, la experiencia napoleónica no fue la afirmación casual de un régimen autoritario:

por el contrario, se constituye en inevitable salida para una evolución histórica, en la cual la nueva sociedad burguesa procuraba estabilidad y seguridad.

Así, en el campo del proceso penal, parecía necesario superar el ideal acusatorio de 1791: ideal que fue considerado asimismo como un momento de flaqueza y un avance excesivo de la revolución.

Como nota Carrara<sup>61</sup>, los acontecimientos políticos del período de la Revolución Francesa y de los inmediatamente posteriores, la ausencia de una conciencia difusa, que tutelase el jurado y las conquistas de 1779 - 1791, la falta de una tradición cultural adecuada, contribuyeron para perturbar los lineamientos y la estructura del nuevo sistema que sustituía aquel derecho común. Y tal hecho aconteció en una dirección doble: de un lado, se evidenció la degradación progresiva del carácter acusatorio del mecanismo jurídico y del contradictorio procesal; de otro lado, se manifestó la ausencia casi completa de una concepción dialéctica - argumentativa de la prueba. Eso explica cómo muchas formas fueron absorbidas por el *códe d'instruction criminelle* de 1808 -sobre el cual se moldeó el proceso penal de muchos estados europeos- que adoptó el sistema mixto<sup>62</sup> y acogió aquella que

Derechos, pues el gobierno federal ya tenía, por naturaleza, poderes precisos y limitados), ver Pritchett Herman, *La Constitución Americana*, Tipográfica Editora Argentina, s/f., p. 20 a 25 y Loayza Garate María de Lourdes, *La Administración de Justicia desde la Perspectiva de El Federalista*, en: Pensamiento Constitucional, Año III, N° 3, p. 339 y ss.

59 Corwin Edward S., *La Constitución Norteamericana y su Actual Significado*, Traducción del Dr. Rafael M. Demaría; Prólogo del Dr. Juan Agustín Moyano (Bibliotecario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires); Editorial Guillermo Kraft Ltda., Buenos Aires, Argentina; 1942. Tít. Orig.: *The Constitution And What it means Today*, Imprenta de la Universidad de Princeton; 6° edición en inglés de 1938.

60 Demostró Marshall, *Barron v. Baltimore*, 7 Pet. 243, 247, 8 L. De. 672 (1833) y 123 US 131, 31 L. De 80 (1887); asimismo porque la Enmienda I, que enuncia con claridad el Poder de quien la declaración se dirigía, se refiere al Congreso. Además, cuando la promulgación de *Bill of Rights*, la memoria de las Constituciones estatales ya poseía sus Declaraciones, para la protección de los derechos individuales en la esfera estatal. Konvitz Milton R., *La Libertad en la Declaración de Derechos en los Estados Unidos*, Editorial Bibliográfica Argentina, Director: Bernardo Lerner; Buenos Aires, Argentina, 1959, p. 75.

61 Carrara Francesco, *Programa del Curso de Derecho Criminal* (dictado en la Real Universidad de Pisa), Prólogo de Sebastian Soler, Parte General Vol. II, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1944, Capítulo VIII, numeral 853.

62 Más propiamente se expresa Vélez Mariconde: “El tercer método que entonces se impone no es la mixto en sentido propio; es más bien la reunión y la alteración de las dos viejas formas, una yuxtaposición y no una aleación, donde se encuentran reunidos los elementos de los sistemas inquisitivo y acusatorio. Las variaciones que sufrirá después, como ocurre con todo ser mixto, dependerán del mayor o menor vigor que adquieran los elementos primarios” *op. cit.* T. I., p. 140 y 141.



se denominaría la "fase sentimental"<sup>63</sup> del sistema probatorio: así, a la par del retorno parcial al sistema inquisitorio, se exageró el criterio de formación del libre convencimiento del juez, que en el proceso penal debería surgir como por un instituto natural, en la creencia invalorable de la infalibilidad de la razón; y se discurrió por completo cualquier verdadera sistematización de la prueba penal<sup>64</sup>.

A pesar de esas críticas, es indudable que la propagación de las ideas humanitarias de la justicia penal, intensificada con la revolución, influyó en la legislación: Portugal extinguió las indagaciones generales en 1821; el Código austríaco de 1873<sup>65</sup> permitía al imputado hacerse acompañar de su defensor, salvo algunas excepciones. En 1877, el Código alemán permitía que el reo podía hacerse acompañar de un defensor en cualquier fase del proceso, aunque la defensa solamente fuese obligatoria en casos graves y especiales. Con más libertades, el Código noruego de 1877 estableció como principio general la publicidad de los actos instructorios y el de "las partes que formulaban observaciones y preguntas que juzgasen oportunas", habría camino para otros estatutos: el Código de Hungría, de 1896; el de España, de 1882 y, finalmente, en Francia, la ley de 1897, aboliendo el carácter inquisitivo de la instrucción, que dejó de ser secreta para convertirse en contradictoria<sup>66</sup>.

En 1913 fue promulgado el Código de Proceso Penal de Italia, bajo la misma influencia

liberal, pues fue guiado por el criterio fundamental de la relación jurídica procesal<sup>67</sup>.

Todos los códigos renovados han admitido el contradictorio en la instrucción preliminar, con razón dijo Carrara cuando pensó que "el objetivo de los estudios progresistas se traduce en esta fórmula: reducir a la forma acusatoria, lo más que se pueda, también el primer período del proceso mixto"<sup>68</sup>.

### 5. *El desenvolvimiento autoritario del derecho público y su influencia en el proceso penal*

Pero el liberalismo, que tan profunda influencia ejerciera en el derecho público y en el proceso penal, comenzó a ceder delante de varios factores, dando margen a las teorías autoritarias del estado, que a su vez impregnaron los principios generales del proceso penal e influenciaron en la elaboración legislativa, inicialmente a través de la polémica entre la escuela clásica y la escuela positiva, pasando por la progresiva afirmación de la concepción positivista y culminando con la consolidación de la doctrina fascista, que impregnó el estatuto procesal italiano de 1930.

La ruptura con los principios de la Revolución Francesa se manifestó principalmente en Alemania, a través de la polémica que se abrió sobre el concepto *Rechtsstaat*, inicialmente entendido en sentido liberal (o sea, como estado que se autolimita en el plano del derecho)<sup>69</sup> y,

63 Ver Devis Echandía, *op. cit.*, p. 23 - 24; se denomina "sentimental" tal fase del sistema probatorio, porque se basaba en la creencia ilusoria de la infalibilidad de la razón humana y del instinto natural; lo que configura una nueva superstición ...

64 Bentham, *Tratado, op. cit.*, I, p. 45.

65 Vélez Mariconde, *op. cit.*, p. 144, nota 28.

66 Para todos, Vélez Mariconde, *op. cit.*, p. 145.

67 Manzini, Vol I. *Op. cit.*, p. 104.

68 Carrara, *op. cit.* numeral 856, nota 1.

69 Sobre la concepción democrática - liberal del "Estado de derecho"; ver Estado de Derecho; CONTRIBUCIONES, Publicación Trimestral de la Konrad-Adenauer-Stiftung A. C. - Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano CIEDLA., Año XI - Nro. 2 (42) abril - junio, Director : Horst Schonbohm, Buenos Aires, Argentina, 1994; Estado de Derecho y Democracia; prefaciado, editado y compilado por Josef Thesing, Konrad-Adenauer-Stiftung A. C. - Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano CIEDLA, Buenos Aires, Argentina, 1997 y Legaz y Lacambra Luis, "El Estado de Derecho en la Actualidad (Una aportación a la teoría de la juridicidad)", 1ª edición, Biblioteca de la "Revista General de Legislación y Jurisprudencia" Volumen LIX, Editorial Reus S.A., Madrid, España, 1934; y, anteriormente y con relación al proceso penal, Carrara



posteriormente, de forma autoritaria<sup>70</sup> y, particularmente, sobre los derechos públicos subjetivos del individuo (vg. la libertad)<sup>71</sup>, donde se le entendería ahora absorbida por el Estado y cualquier divergencia entre ellas era anulada<sup>72</sup>, no habiendo posibilidad de proteger al primero de las posibles arbitrariedades de la otra. En el proceso penal este conflicto se materializa entre la escuela clásica y la positivista.

Según la teoría dualista de la escuela clásica, el proceso tiende a dos extremos contrarios: de un lado, el interés público y la represión del crimen y, del otro, el del individuo al reconocimiento de su inocencia. Lejos de conciliar este dualismo, la escuela clásica acentuó y fijó en la

prevalencia del segundo interés y principio filosófico del proceso penal, del cual derivaba todo y cualquier corolario (presunción de inocencia, método probatorio en su función de garantía principalmente<sup>73</sup>, principio de contradictorio, etc.). La teoría dualista ejerció también profunda influencia en el campo de las pruebas, en la antítesis que allí ocurre entre el principio de la "lucha por la verdad material" y el principio de la tutela de la libertad y de la dignidad del individuo<sup>74</sup>.

La derivación de la teoría procesal clásica del estado democrático liberal fue combatida por los positivistas, mas por la doctrina jurídica de la época fascista, que no entendía al proceso como límites a la actividad estatal<sup>75</sup>. Tres son

---

(Programma del corso di diritto criminale, 1886, vol. III, p. 30 y ss.) y con relación al derecho penal Mir Puig Santiago, *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Editorial Ariel S.A., Serie: Ariel Derecho, 1ª edición, Barcelona, España, 1994. Cuando la ambigüedad de las diversas interpretaciones del Díaz Elías, "Estado de Derecho y Sociedad Democrática", 3ª edición (Revisada y Aumentada), Libros de Bolsillo Cuadernos para el Diálogo (Divulgación Universitaria, Temas Políticos), Editorial Cuadernos para el Diálogo S.A (EDICUSA), Madrid, España, 1969 y principalmente Sampay Arturo Enrique; *La Crisis del Estado de Derecho Liberal - Burgués*; Biblioteca del Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social, Presidente: Carlos Cossio; Editorial Losada, S.A., Buenos Aires, Argentina, 1942.

70 Para un amplio cuadro histórico de los regímenes totalitarios, principalmente los de esta época como el fascismo y nazismo, ver Francois Chatelet y Pisier Kouchner, *Las Concepciones Políticas del siglo XX (Historia del Pensamiento Político)*, Espasa Calpe, 1986, p. 242 y ss., y por último para un estudio de la concepción de Hitler, ver El estudio que se hace sobre Mein Kampf, Jean Jacques Chevallier, *Los Grandes Textos Políticos (Desde Maquiavelo a Nuestros Días)*, Editorial Aguilar, Buenos Aires, 1990, p. 368 y ss. La polémica anti-iusnaturalista y anti-contractualista, en su unidad, pasó a la crítica contra el "individualismo sentimental" hasta la abierta reacción contra la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, inclusive en lo que atañe a las conquistas en el proceso penal.

71 Sampay Arturo Enrique, *La Crisis del Estado de Derecho Liberal - Burgués*, op. cit., p. 177.

72 Como se ve, la posición es exactamente el opuesto de la máxima de Beccaria y de Kant, para los cuales la humanidad debe ser siempre considerada como un fin y jamás como un medio (cf. Carrara, *Lineamenti di pratica legislativa penale*, 1874, p. 82 y nota 1). Cuando la posición orgánica, en las doctrinas nacional-socialistas, ver George Sabine, *Historia de la Teoría Política*, Fondo de Cultura Económica, 1945, p. 632, y Sampay Arturo Enrique, *Op. cit.*, p. 287.

73 Así lo observó Francesco Carrara, *Op. cit.*, numeral 818 a 824, llegando a excluir de manera categórica la finalidad represiva del proceso penal, colocando su propósito, a la defensa del individuo contra la posible arbitrariedad de la autoridad y también ver Mittermayer, *op. cit.*, p. 10 y ss.; entre los estudios más recientes con relación a este concepto de garantía de las normas sobre la prueba, ver Luigi Ferrajoli, "El Derecho como Sistema de Garantías"; *Thémis*, Revista de Derecho, 2º Epoca, Nº 29, pp. 119 a 130, Lima, Perú, 1994. Nota.- El Autor es Profesor de Teoría General y Filosofía del Derecho, Camerino, Italia. Este trabajo es la ponencia expuesta en las Jornadas sobre "La crisis del derecho y sus alternativas", organizada por el Consejo General del Poder Judicial, en Madrid, durante los días 30 de noviembre al 4 de diciembre de 1992. Fue inicialmente publicado en revista *Jueces para la Democracia*, Nº 16-17, 1992.

74 La teoría dualista fue heredada por la escuela clásica como reflejo del pensamiento anglo - sajón, a través de la mediación del iluminismo franco - italiano. Según tal pensamiento, enseñaba que el reo, como cualquier ciudadano, es portador de una serie de derechos, de relevancia prioritaria y autónoma. Tales derechos deben ser tutelados por la propia autoridad, la cual, en el ejercicio de la función jurisdiccional, encuentra, consecuentemente, una serie de límites.

75 En esa línea de ideas, parte de la doctrina fue llevada a entender el proceso simplemente como la función administrativa, y los poderes del juez, como mero ejercicio del poder y de la coacción, y no como desenvolvimiento de una serie de derechos y deberes. La Teoría de los *Reflexrechte*, iniciada en Alemania a mitad de siglo, llegaba a su mayor suceso, también en el campo del proceso: se dan, por ejemplo, las teorías de Baumbach y Von Hippel, en el sentido de incluir en la denominada "jurisdicción voluntaria" todo el proceso civil. Ver Calamandrei, *Proceso y Democracia*, Editorial EJE, Buenos Aires, 1960, p. 151.



las obras que hoy se ofrecen como una especie de manifiesto de la nueva escuela positiva<sup>76</sup>, que para efecto del proceso penal se concretizarían en entender una teoría unitaria del proceso que es la *defensa social* (con la negación de la presunción de inocencia<sup>77</sup>), así, el contradictorio y la publicidad dejaron de ser considerados como atributos especiales del proceso. Tales principios deberían ser aprobados exclusivamente desde el punto de vista técnico, y sólo se cubriría de una cierta importancia en la medida en que se concurren para realizar el "fin único" del proceso, la defensa social. Se verificó el retorno inquisitivo, que nunca se alejó del todo, la libertad del juez pasó a significar "libre convencimiento" sin contradictorio, sin límites que podía valorar de esta forma cualquier otro instituto diferente a la prueba, buscando la verdad material, exclusiva del derecho penal<sup>78</sup>, a diferencia del proceso civil donde se decía regía el principio dispositivo<sup>79</sup>. Éste a nuestro entender es el más grande daño que se pudo causar al derecho procesal en general, pues se entendió a partir de acá, desde una perspectiva mala el fin único el pro-

ceso penal, el retroceso del desarrollo real de este, ante el procesal civil y el derecho penal, hasta llegar a ser como expresó Carnelutti la *cenicienta*<sup>80</sup>, desvinculándolo de una visión de partes. Es notoria la influencia de tales ideas en la legislación penal y procesal de la época<sup>81</sup>. Y es sintomático que ahora tenga aceptación en los estados totalitarios contemporáneos<sup>82</sup>.

## 6. *El proceso penal a la luz de las libertades públicas: valoración del contradictorio*

La teoría positivista y su forma de ver el libre convencimiento debe ser desterrada, el abandono de la doctrina liberal y del individualismo no significa el desprecio del valor "libertad", pues éste es propio de la democracia<sup>83</sup>, no puede ir en contra de las libertades públicas: la libertad individual (técnicamente establecida) es presupuesto de la capacidad de exigir o poder de actuar (real). Ambas son importantes pues impide el totalitarismo.

76 Lombroso, *L'umo delinquente*, 1875; Ferri, *I nuovi orizzonti del diritto e della procedure penale*, 1880; Garófalo, *La criminología*, 1885. Ver Principalmente *La Escuela Criminológica Positivista*, VV.AA., Madrid, España Moderna, 1921. García - Pablos de Molina; *Criminología (Una Introducción a sus Fundamentos Teóricos para Juristas)*; Editorial Tirant Lo Blanch S.A., Valencia, España, 1992, p. 269., Del Pont, Luis Marco, *Manual de Criminología (Un enfoque actual)*, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, Argentina, 1989, p. 33., y Salomón Baltazar Samayoa, *El Pensamiento de Enrico Ferri en su Sociología Criminal*, Revista Mexicana de Justicia, N° 2, Vol. IX, Abril - Junio 1991, México D.F., p. 35 y ss. Para el aspecto netamente procesal penal Ferri E., *Los Nuevos Horizontes del Derecho Penal y del Procedimiento Penal*, Madrid, Centro Editorial Góngora, 1887.

77 Nos consideramos contrarios a estas propuestas pues consideramos que dentro de las razones para fundamentar la presunción de inocencia existen, más que una presunción lógica, una actitud política, una cautela procesal, una duda metódica, para resguardar al reo de los excesos que recorren en la sospecha de culpabilidad, para tutelarlos contra los rigores propios de la actividad inquisitiva, por ello consideramos que la escuela clásica en cierta forma influenciada por la visión del respeto de garantías es una mejor opción pero siempre entendiéndola de manera moderada, para no caer en los errores pasados.

78 Instrumentalizando al ser humano con fines estatales.

79 Sobre el principio dispositivo, ver Schonke Adolfo, *Derecho Procesal Civil*, traducción española de la Quinta Edición Alemana, Bosch, Barcelona, 31 y ss. Liebman, *Fundamento del principio dispositivo*, in Riv. Dir. Proc., 1960; Cintra, Grinover & Dinamarco, *Teoría, cit.*, n° 17, etc.

80 Carnelutti, *Cuestiones sobre el Proceso Penal*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires, 1961, p. 13 a 22.

81 En Italia, el Código Rocco, de 1930; en Alemania, las diversas reformas del Código de Bismark de 1870, operadas en 1925, 1927, 1930.

82 Calamandrei, *Proceso y Democracia*, Editorial EJE, Buenos Aires, 1960, p. 151.

83 Sartori Giovanni, *Teoría de la Democracia (2. Problemas clásicos)*, Rei, Argentina, 1987, p. 366. Más específico entiende por vía negativa que democracia no es autoritarismo, totalitarismo, dictadura y autocracia. Ver en pág. 225 a 254.



Del estado liberal se pasó al estado social, pero sin vaciar el contenido de las libertades individuales, en contrario, la sustitución del estado liberal se da por el *estado social de derecho*, introduciendo entre las libertades clásicas, diversos derechos y garantías sociales<sup>84</sup>. Nuestro sistema constitucional admite que estamos frente a un estado social y democrático de derecho, en tal sentido en el estado democrático, el proceso penal no puede ser sino estatuto jurídico de libertades públicas. La lectura sistemática de la Constitución Peruana de 1993, de los artículos 43. 1 (Estado social y democrático), 38 y 51 (Estado de Derecho), permite la observación de los valores e impone al Estado la obligación de colocar el derecho al servicio de tales valores, a través de la elaboración de un régimen político destinado a permitir el ejercicio efectivo de la libertad (real y democrático), pues la libertad debe ser la esencia de cualquier Estado. Y es en el proceso penal que se deben encontrar el límite, la protección y las garantías debidas al individuo, pues si no sufrirán las más profundas y lacerantes agresiones, que pueden vulnerar la *dignitas* humana; es por ello que sólo serán sobrepasables las garantías después de una cuidadosa ponderación de la situación, pero jamás para aquél que no sea sólo absolutamente indispensable a la consecución del interés común, entonces vemos reconstruido el valor ético del estado de derecho.

El proceso penal tiene en la base el problema nidal de las relaciones entre el estado y la persona individual. El problema político del proceso penal<sup>85</sup> constituye uno de los indicadores más sensibles de cualquier variación en la fuerza de acentuación de las ideas que operan en el mundo del Derecho<sup>86</sup>.

Acentuar la naturaleza pública del derecho procesal no debe significar un retorno al sistema inquisitivo o una fobia por todo lo que constituía costosa conquista del liberalismo. La desencantada naturaleza pública del proceso (penal o civil) en nada se opone a un sistema acusatorio, que es expresión de una concepción personalista del derecho y de una concepción democrática del Estado. Este sistema tendrá que ver con el principio "investigatorio" por el cual se traduce el poder - deber del juez de esclarecer e instruir, independientemente de la contribución de las partes, el hecho sujeto a juicio. Con una tal integración se logra acentuar convenientemente el carácter indisponible del objeto del proceso penal, pero construyéndolo siempre en el respeto de los derechos de personalidad<sup>87</sup>. Esta visión mixta predominantemente acusatoria, a decir del profesor Pablo Sánchez Velarde<sup>88</sup>, debe ser la máxima aspiración en nuestra realidad latinoamericana, puesto que intentar un sistema acusatorio deviene en iluso e improcedente por faltarnos tradición cultural del mismo, pero nunca retornar a uno inquisitivo, que instrumentaliza la libertad del ser humano bajo una libertad aparente, sin darle capacidad real de parte. El proceso es una expresión de civilización y de cultura y consecuentemente se somete a los límites impuestos por el reconocimiento de los valores de la dignidad del hombre.

En este enfoque, los procesalistas sensibles a los problemas del hombre conjugan esfuerzos, sugiriendo medidas de protección para el individuo, en el nuevo proceso penal: proponen algunos la parcial restauración de un sistema de pruebas legales, otros la revalorización del contenido garantizador del método probatorio, otros todavía el redimensionamiento de la influencia

84 Forsthoff Ernst; *Problemas Actuales del Estado Social de Derecho en Alemania*; 1º edición; Publicaciones y Edición del Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios; 1966, p. 14.

85 Bettiol Giuseppe; *Instituciones de Derecho Penal y Procesal (Curso de Lecciones para Estudiantes de Ciencias Políticas)*; 1º edición, traducción de Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi (Profesor Agregado de Derecho Procesal); Editorial Bosch S.A., Barcelona, España, 1977, Caps. I e IV.

86 Maier Julio B. J., *op. cit.*, prólogo y Binder Alberto M., *Justicia Penal y Estado de Derecho*, 1º edición, Editorial Ad - Hoc S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1993. Binder Alberto M., *Introducción al Derecho Procesal Penal*, 1º edición, Editorial Ad - Hoc S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1993.

87 Figueiredo Dias, *op. cit.*, p. 68 - 72.

88 Sustentación hecha en cátedra.



de las actividades de policía, e instructorias en general, sobre la decisión final<sup>89</sup>. Se trata de remedios en parte conciliables y que demuestran encima de todo la exigencia de que el proceso penal sea construido como un perfeccionado instrumento de garantía y de justicia, para el individuo y para la sociedad, sin jamás perder de vista las razones del hombre. La exigencia, esto es, de que el proceso penal sea exactamente un instrumento ético hecho para el hombre<sup>90</sup>. Es por ello que aquella trilogía (jurisdicción, acción y proceso) fuente del derecho procesal debidamente racionalizada por Podetti<sup>91</sup> en América Latina, no debe hacerse referencia dentro de un triángulo donde muy bien se pueda dar mayor poder a uno de sus extremos, consideramos como propuesta, no descabellada, reformular esto por un círculo donde estos tres elementos básicos se conjuguen con otros elementos también de importancia, que son comunes a todos los procesos, sin dar importancia a uno de sus extremos pues no lo tendría, por nuestra parte consideramos que se debería incluir a los medios impugnatorios, la teoría de la prueba, etc., así consideramos una teoría integradora del proceso, una teoría general del proceso<sup>92</sup> o más propiamente como expresa Montero Aroca

desde una visión constitucional una teoría del derecho jurisdiccional<sup>93</sup>, donde la línea que es el proceso tenga como fin la paz en justicia, como expresaba Carnellutti. Pero la exigencia del contradictorio debe ser postulada como un axioma, porque viene de un pensamiento ideológico: del pensamiento político del proceso, como instrumento de tutela del individuo y como límite colocado a la persecución penal por los derechos de la personalidad del hombre. Así, además de la fórmula "inquisitorio - acusatorio", el proceso penal no puede ser concebido sino como un diálogo de tres personas<sup>94</sup>. El acusado no es más como en tiempos pasados, objeto del proceso, pero es sujeto de la relación jurídico procesal, al lado del juez y del Ministerio Público, y la contradicción es condición para todo y cualquier acto de formación de la prueba<sup>95</sup>. Y la teoría de la relación procesal, que surgió con vistas al proceso civil y en la doctrina de éste fue desenvuelta, discutida y consolidada, tiene tal vez mayor validez en el campo del proceso penal, donde también atiende a las razones de orden político: la afirmación de que hay una relación jurídica entre el estado - juez, el órgano de la discusión y el acusado (al cual se le atribuyen poderes y facultades de naturaleza procesal), sig-

89 La primera de las propuestas es de Amodio, la segunda de Conso y la última de Cordero, todas se pueden ver en Pellegrini Grinover, *As Libertades*, op. cit., en el punto 1.2.5.

90 Denti Vittorio, *Estudios de Derecho Probatorio*, Brevarios de Derecho N° 62, Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires, p. 153: "el proceso, por tanto, no es absolutamente 'neutro' en sus técnicas internas, con relación a la orientación política de la sociedad en la que opera. Se puede hasta pensar que la búsqueda de la denominada 'verdad objetiva' o 'material' (que sería facilitada por la atribución al juez de los más amplios poderes inquisitoriales) constituya en sí misma una finalidad, o un valor, a los cuales puede valer la pena sacrificar otros valores; de la misma manera, la justicia social puede ser considerada un valor la que se puede sacrificar, de cualquier modo, la libertad tradicionalmente entendida: mas es preciso ver claramente las implicaciones políticas de esta preferencia, sin atrincherarse detrás de la 'neutralidad' de las meras opciones técnicas".

91 Podetti Ramiro, *Teoría y Técnica del proceso civil y trilogía estructural de la ciencia del proceso civil*, Buenos Aires, Ediarsa, 1963.

92 Fairén Guillén, *Doctrina General del derecho procesal*, Barcelona, Bosch, 1990, prólogo.

93 Montero Aroca y otros, *Derecho Jurisdiccional*, Barcelona, José María Bosch, 1994.

94 Sobre la posición procesal de las partes en relación con el Tribunal, ver Ernst Beling, *Derecho Procesal Penal*, traducción del Alemán y Notas por Miguel Fenech, Editorial Labor S.A., 1943, p. 100.

95 En la realidad, todo parece prenderse a lo que se entiende por 'parte': si el término fuera entendido en sentido sustancial, no hay realmente como verse partes en el proceso penal, asimismo dentro del concepto formal de parte, si nos inclinamos por la definición de parte como aquél que puede (o en cuyo nombre se puede) y aquél en cara de quien se puede la actuación de voluntad de la ley, el concepto tendrá un ámbito restrictivo; mas si por parte se entiende -como cree la doctrina más moderna- en un concepto exclusivamente formal, los partícipes de la relación procesal; si por parte se entiende todo sujeto del proceso (con exclusión del juez); si por parte se entiende al sujeto investido del poderes, facultades, cargas, deberes, entonces no hay duda de que también el proceso penal es un proceso de partes.



nifica la negación de la antigua idea de que éste es un mero objeto del proceso<sup>96</sup>.

La impostación del proceso penal como proceso de partes<sup>97</sup> se nos presenta como una toma de posición inalterable, como una batalla sin concesiones pues, aunque todavía se lamenta que seamos víctimas del "mito del triángulo", se considera que el contradictorio como condición para cualquier acto de formación de la prueba también suscita perplejidad y reacciones, por ello no se puede sino proceder a una elección ideológica. Mucho se podría decir: la contradicción en la formación de las pruebas es

medida útil no sólo técnica, mas también oralmente, porque no hay otro medio que proporcione al acusado la oportunidad de una defensa efectiva; si aparte fuera excluida de la formación de las pruebas, el proceso dejaría de ser una contienda disputada en igualdad de condiciones. Entre otras consecuencias podemos citar la libertad de convencimiento<sup>98</sup> como valoración probatoria (que dará nacimiento al criterio de conciencia) y el desquebrajamiento de la verdad material, como el rompimiento con los poderes absolutos del juez. Estos puntos son pilares para el nuevo proceso penal de partes.

---

96 Cintra, Grinover & Dinamarco, *Teoría Geral*, cit., n° 161; Romeu Pires de Campos Barros, *Direito Processual*, cit., p. 142.

97 Giuseppe Bettiol, *op. cit.*, p. 241. En contra James Goldschmidt, *Teoría General del Proceso*, Editorial Labor S.A., p. 19 y ss.

98 Baumann Jurgen, *Derecho Procesal Penal (Conceptos Fundamentales y Principios Procesales)*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1989, p. 119.