

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO

ESCUELA DE POSGRADO

DOCTORADO EN DERECHO



TESIS

**LA LIBERTAD INDIVIDUAL VULNERADA EN LA APLICACIÓN DEL
NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL**

PRESENTADA POR:

JORGE ARTURO ALVAREZ MENDOZA

PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE:

DOCTORIS SCIENTIAE EN DERECHO

PUNO, PERÚ

2019

DEDICATORIA

A mis hijos, para ser su ejemplo de constancia y superación.

AGRADECIMIENTOS

- A la Universidad Nacional del Altiplano por haberme brindado los sabios conocimientos, y darme la oportunidad de hoy recibirme como Doctor.
- A mis docentes que permitieron mi formación
- A mi asesor que en todo momento me acompañó en la formulación

ÍNDICE GENERAL

	Pág.
DEDICATORIA	i
AGRADECIMIENTOS	ii
ÍNDICE GENERAL	iii
ÍNDICE DE ANEXOS	vi
RESUMEN	vii
ABSTRACT	viii
INTRODUCCIÓN	1

CAPÍTULO I

REVISIÓN DE LITERATURA

1.1. Contexto y marco teórico	2
1.1.1. Proceso penal	2
1.1.2. Fundamentos del proceso penal	3
1.1.3. Características del proceso penal	6
1.1.4. Ley procesal penal y sus efectos especiales dentro del proceso penal	6
1.1.5. Etapas del proceso penal	8
1.1.6. Finalidad del proceso penal	11
1.1.7. Constitución y proceso penal	12
1.1.8. La fundamentación de las medidas coercitivas personales en la constitución	14
1.1.9. La fundamentación de las medidas coercitivas personales en el proceso penal	15
1.1.9.1. Antecedentes históricos	17
1.1.10. Medidas coercitivas en el derecho comparado	18
1.1.11. Derechos fundamentales de la persona	22
1.1.12. La libertad como derecho fundamental	25
1.1.13. Derecho a la libertad	25
1.1.14. La constitución y el proceso penal	27
1.1.15. Fines del proceso penal	29
1.1.16. El juicio de ponderación en el proceso penal	29
1.1.17. Derechos del testigo en el proceso penal	33
1.1.18. Los derechos humanos	35
	iii

1.1.19. Los derechos fundamentales	36
1.1.20. Carácter irrestricto de los derechos fundamentales	36
1.1.21. Los derechos constitucionales	37
1.1.22. Los derechos fundamentales que inspiran el proceso penal	38
1.1.23. Derechos fundamentales del imputado frente al proceso penal	39
1.1.24. Sistema procesal penal	42
1.1.25. Modelo procesal penal acusatorio	45
1.1.26. Actividad coercitiva en el proceso penal	48
1.1.26.1. Definición jurisprudencial de la detención	51
1.1.27.1. Libertad del imputado y derecho de defensa	55
1.1.27. Conducción compulsiva	56
1.1.28. Naturaleza jurídica	56
1.1.29. Libertad individual	56
1.1.30. Derecho a la libertad	57
1.1.31. Derechos a la defensa	57
1.1.32. Imputado	57
1.1.33. Testigo	57
1.1.34. Proceso penal	58
1.2. Antecedentes	58

CAPÍTULO II

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

2.1. Identificación del problema	59
2.2. Definición del problema	60
2.2.1. Problema general	60
2.2.2. Problemas específicos	60
2.3. Intención de la investigación	60
2.4. Justificación	61
2.5. Objetivos	61
2.5.1. Objetivo general	61
2.5.2. Objetivos específicos	61

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3.1. Acceso al campo	63
3.2. Selección de informantes y situaciones observadas	64

3.3. Estrategias de recogida y registro de datos	64
3.4. Análisis de datos y categorías	65
3.4.1. Técnicas de interpretación de datos	65

CAPÍTULO IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1. Unidad de investigación I: naturaleza jurídica y características de la conducción compulsiva	67
4.1.1. Naturaleza jurídica	67
4.1.1.1. Concepto	68
4.1.1.2. Regulación legal	70
4.1.2. Características	72
4.1.2.1. La conducción compulsiva en la constitución	74
4.1.2.2. Legitimidad del sujeto procesal que dispone la conducción compulsiva	76
4.1.2.3. Derecho comparado	79
4.2. Unidad de investigación II: la libertad del testigo como derecho fundamental y su vulneración en el proceso penal por la conducción compulsiva	88
4.2.1. El derecho fundamental a la libertad del testigo	88
4.2.1.1. Constitucionalidad de la conducción compulsiva del testigo	91
4.2.1.2. El testigo en el proceso penal	93
4.2.2. Vulneración del derecho a la libertad del testigo	97
4.2.2.1. Fin del proceso penal y el derecho a la libertad del testigo	101
4.2.2.2. Determinación de la vulneración	103
4.3. Unidad de investigación III: libertad del imputado y el derecho a la defensa del imputado	105
4.3.1. Derecho a la libertad del imputado	105
4.3.1.1. Afectación de la libertad del imputado en el proceso penal	109
4.3.1.2. Juicio de ponderación: libertad del imputado en el proceso penal	113
4.3.2. Derecho a la defensa del imputado	115
4.3.2.1. La conducción compulsiva y el derecho a no declarar	119
CONCLUSIONES	123
RECOMENDACIONES	126
BIBLIOGRAFÍA	127
ANEXOS	133

ÍNDICE DE ANEXOS

	Pág.
1. Guía de investigación documental	134
2. Ficha Textual	135
3. Ficha Resumen	136
4. Unidades y ejes de investigación	137

Puno, 23 de diciembre de 2019

ÁREA: Derecho.

TEMA: Aplicación del nuevo código procesal penal.

LÍNEA: Derecho Laboral.

RESUMEN

Este artículo refiere a la inviolabilidad del derecho de defensa del imputado, que se traduce en la incoercibilidad de este. Tratamos de demostrar que solo la declaración del imputado, obtenida por un procedimiento respetuoso de las reglas, puede ser valorada ampliamente por los jueces para fundar sus juicios o decisiones sobre la reconstrucción del comportamiento atribuido, objeto del proceso, si a la vez respeta a las demás reglas de garantía que la rigen. Observando el fenómeno desde el punto de vista negativo, se debe concluir en que la declaración del imputado, que menosprecia estas, no puede ser utilizada para fundar una decisión que lo perjudique y sólo es aprovechable en tanto lo beneficie. La consecuencia expresada no depende de la voluntad del imputado ni de su protesta ante el vicio, pues se trata de una garantía constitucional y de un defecto relativo a la participación del imputado en el procedimiento. Así, se tratará de demostrar en un proceso penal ese constructo; y, ese proceso penal es el modo legalmente regulado de realización de la administración de Justicia, que se compone de actos que se caracterizan por su tendencia hacia la sentencia y a su ejecución definitiva, como concreción de la finalidad perseguida que es la de realizar el Derecho penal material. Estos actos se suceden entre el momento en que se pide la actuación de la ley sustancial y el momento que esa actuación se verifica; esto es, entre la noticia del delito y la sentencia.

Palabras clave: Coerción, Defensa, imputado, inviolabilidad, proceso.

ABSTRACT

This article refers to the inviolability of the defendant's right of defense, which translates into his incoercibility. We try to demonstrate that only the statement of the accused, obtained by a procedure respectful of the rules, can be widely valued by the judges to base their judgments or decisions on the reconstruction of the attributed behavior, object of the process, if at the same time it respects the other guarantee rules that govern it. Looking at the phenomenon from a negative point of view, it must be concluded that the defendant's statement, which belittles these, cannot be used to found a decision that damages it and is only profitable as long as it benefits it. The consequence expressed does not depend on the will of the accused or his protest against the vice, since it is a constitutional guarantee and a defect regarding the participation of the accused in the procedure. Thus, an attempt will be made to demonstrate this construct in criminal proceedings; And, this criminal process is the legally regulated way of carrying out the administration of Justice, which is made up of acts that are characterized by their tendency towards sentencing and its final execution, as a specification of the objective pursued, which is to carry out the Law. material criminal. These acts occur between the moment in which the action of the substantial law is requested and the moment in which that action is verified; that is, between the news of the crime and the sentence.

Keywords: Coercion, Defense, accused, inviolability, process.

INTRODUCCIÓN

El proceso penal es el modo legalmente regulado de realización de la administración de Justicia, que se compone de actos que se caracterizan por su tendencia hacia la sentencia y a su ejecución definitiva, como concreción de la finalidad perseguida que es la de realizar el Derecho penal material. Estos actos se suceden entre el momento en que se pide la actuación de la ley sustancial y el momento que esa actuación se verifica; esto es, entre la noticia del delito y la sentencia. Por ello que esos actos sucesivos marchan sin retorno, proceden hacia el momento final.

Por tanto, el proceso penal es una investigación institucionalizada, regida por reglas de procedimiento que aseguran tanto el objeto como la forma como se tiene que llevar a cabo. En este entender, como podemos saber cuál es la naturaleza jurídica y qué características tiene la Conducción Compulsiva, y como afecta el Derecho a la Libertad Individual de los citados y el derecho a la defensa de los imputados.

En el capítulo I se desarrolló la revisión de literatura, marco teórico y antecedentes.

En el capítulo II se abordó el planteamiento de problema.

En el capítulo III se especifica la metodología del proceso de investigación.

En el capítulo IV se denotan los resultados y la discusión.

CAPÍTULO I

REVISIÓN DE LITERATURA

1.1. Contexto y marco teórico

1.1.1. Proceso penal

Es un instrumento esencial de la jurisdicción, de la función o potestad jurisdiccional. Decir el Derecho no puede ser instantáneo, sino que es producto de una serie o sucesión de diferentes actos, llevados a cabo en el tiempo. Para imponer una pena resulta imprescindible la garantía procesal, como lo exige el Art. 139° 10 de la Constitución, que es la concreción del principio “*nullum poena sine previa lege penale et sine previo processo penale*”.

El proceso penal desde un punto de vista descriptivo, “se puede definir como el conjunto de actos realizados por determinados sujetos procesales (jueces, fiscales, defensores, imputados, agraviados, etc.) con el fin de comprobar la existencia de los presupuestos que habilitan la imposición de una sanción y, en el caso de que tal existencia se compruebe, establecer la cantidad, calidad y modalidades de esta última” (Bacigalupo, 1987). El proceso penal busca pues, proteger la integridad del ordenamiento jurídico penal, siempre que dicho ordenamiento punitivo haya sido vulnerado la pena o medida de seguridad respectiva, sino también conjuntamente las consecuencias civiles de los mismos hechos.

“El objeto principal del proceso penal será investigar el acto cometido que transgrede la norma positiva vigente, por ello debe ser confrontado con los tipos establecidos en la ley penal, para hacer efectiva la pretensión punitiva del Estado” (Cubas, 2006).

El proceso penal, tiene un sin número de definiciones emitidas por juristas desde sus propios puntos de vista y de acuerdo a las experiencias dogmáticas y técnicas que han podido desarrollar a lo largo de su vida jurídica, aspecto que es muy importante y nos sirve como orientación para desarrollar diferentes tópicos que tienen que ver con el proceso penal.

La comisión de una conducta conminada con una pena o delito genera un conflicto social entre el imputado con la sociedad y con el agraviado, dándose un conflicto de intereses que exigen una solución entre el imputado “que exige el respeto de sus derechos” y la sociedad representada por el Ministerio Público “que cumple con la función de persecución del delito, la sanción y la reparación civil” y también entre el imputado con la víctima “que constituido en actor civil, persigue la restitución del bien materia del delito y que se le indemnice por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la comisión del delito”, surgiendo el proceso penal como el medio por el que se va a discutir el conflicto, para encontrar la solución y legitimar la sanción estatal (Flores, 2016).

Ahora bien, el proceso penal se ubica dentro del derecho penal y decir de este es el ejercicio por parte del Estado de su poder punitivo comporta graves atentados en la esfera personal de los individuos. Es evidente que el Estado cuya misión primordial es asegurar la paz, la prosperidad y la seguridad, debe recurrir al "*Jus Puniendi*". Sin embargo, es inaceptable sacrificar los derechos del hombre en aras de la consecución de tales fines (Hurtado, 1974).

1.1.2. Fundamentos del proceso penal

Los fundamentos del proceso penal, descansa en:

- a) El principio de legalidad, el mismo que es propio de un estado de derecho, exige que las leyes prevean las conductas que son consideradas delitos, como también las penas, es decir las consecuencias jurídicas que debe soportar el responsable. La comisión de un hecho punible, es lo que legitima el ejercicio de la pretensión punitiva estatal. Pero esa potestad que tiene el Estado de imponer una sanción al delincente, debe ejercerla mediante la realización previa de un proceso, en el cual

se juzgue el comportamiento del presunto responsable. El principio "*nulla poena sine culpa*", en cuya virtud nadie puede ser castigado si no es culpable, determina que en todos los casos será necesario verificar la culpabilidad del imputado, mediante la sustanciación del juicio penal. Se conoce como principio de legalidad a la prevalencia de la ley sobre cualquier actividad o función del poder público. Esto quiere decir que todo aquello que emane del Estado debe estar regido por la ley, y nunca por la voluntad de los individuos (Sanchez, 2004).

- b)** Mientras que la ley penal (sustantiva) establece las conductas delictivas y las penas aplicables a quien las realice, la ley procesal (adjetivo) proporciona las reglas a través de las cuales debe ser investigado el delito y atribuida la responsabilidad del agente. El derecho procesal penal es entonces instrumento del derecho penal de fondo, ya que prepara y organiza el escenario que éste precisa para ser efectivo. Sin derecho procesal penal no puede formalizarse el derecho penal: sólo a través de la sentencia que se dicta luego del proceso vuelve a ser restablecido el orden social alterado por el delito, mediante la imposición de una pena o una medida de seguridad.

En la base de todo el texto constitucional se encuentra latente una concepción del Derecho que informa todas las normas que componen el sistema jurídico, entre ellas:

- a)** El derecho penal sustantivo necesita del derecho procesal penal en mayor medida que otras ramas del orden jurídico. Así, por ejemplo, el derecho civil requiere del derecho procesal sólo cuando las partes no acuerdan sus intereses. En cambio, la realización del derecho penal sólo puede concretarse por la vía reglada por el derecho procesal, pues en este caso hay un interés público superior al que existe en derecho privado. Por consiguiente, los conflictos penales sólo encuentran solución a través de las reglas procesales dentro del Proceso Penal. Por ello, sólo habrá condena y posterior ejecución penal cuando un tribunal así lo declare, previa sustanciación de un juicio regulado por normas de procedimiento penal. Ese juicio es imprescindible, aun contrariando la voluntad de los particulares principio (*nulla poena sine iudicio*). Lo anterior es lógica consecuencia del criterio según el cual la administración de justicia hace a los fines y funciones del Estado moderno. Este

principio encuentra sustento en la Constitución que recoge criterios garantizadores del proceso penal, como los principios de legalidad procesal y del juez natural.

- b) Según sean las estructuras del Estado, cambian tanto su organización judicial como el sistema procesal. Así, mientras en un estado de derecho la justicia se organiza en forma independiente del poder político, en un estado totalitario la administración de justicia se encuentra confundida con los otros poderes gubernamentales (ejecutivo y legislativo). Un Estado democrático prevé un procedimiento en el que las diversas funciones (acusación, defensa y decisión) se encuentran adecuadamente garantizadas, mientras en los sistemas autoritarios se concentran en el juez las funciones del proceso.

Lusi Jiménez de Asúa dice acerca de la máxima: El monopolio que establece la ley en cuanto a la producción de Derecho Penal se expresa, como es sabido, en la máxima "*nullum crimen, nulla poena sine lege*" complementada por los conocidos aforismos "*Nema iudex sine lege*" y "*Nema damnetur nisi per legale iudicium*". Explicando lo anterior, el mismo Jiménez de Asúa señala que "los códigos penales suelen decir: nadie será castigado por un hecho que no estuviese expresamente previsto como punible ante la ley, ni con penas que ella no hubiere establecido previamente (Jimenez, 1980).

- a) En consecuencia, el fundamento del procesal penal, es el deber del Estado de garantizar la realización de justicia a los ciudadanos, lo que se corresponde a la idea del estado de derecho. La administración de justicia logra la más acabada materialización del ideal de justicia en la sentencia, pues permite obtener un efecto positivo en la vida social, que se había visto alterada por la comisión del delito.

Luis A. Bramont Arias contribuye a esclarecer el concepto del principio: La sumisión del Derecho Penal a la Ley, como única fuente creadora de delitos y penas se conoce generalmente con el nombre de "principio de legalidad". Consiste en no admitir otras infracciones penales ni otras sanciones de tal carácter que las previamente previstas por la ley", de este modo únicamente a la ley se puede acudir cuando se quiere sancionar un hecho que se estima susceptible de sanción penal (Bramont, 1980).

1.1.3. Características del proceso penal

Es una disciplina autónoma, con terminología propia, que no se subordina a otra disciplina que se relaciona con ellas (constitucional, penal, penitenciario, criminología, procesal civil, entre otras) con individualidad propia y se le puede identificar por su objeto y finalidad.

- Es una disciplina científica, pues importa un conocimiento racional, objetivo, metódico, explicativo informativo, con terminología propia, sistemático, verificable y que conduce a la tecnificación.
- Determina la función jurisdiccional penal, la forma de acceso por el Fiscal y el particular, de acuerdo con la forma de ejercicio de la acción penal.
- Determina los actos procedimentales para el cumplimiento de sus objetivos, verificación del hecho punible y la búsqueda de pruebas para la determinación del delito y sus posibles autores y partícipes.
- Determina el comportamiento de los sujetos procesales que intervienen en el procedimiento: funciones, obligaciones, atribuciones, derechos.

1.1.4. Ley procesal penal y sus efectos especiales dentro del proceso penal

Para el tratamiento del presente punto es conveniente señalar que, por el tipo de normas, las leyes o códigos que las receptan deben ser distinguidas en estáticas y dinámicas, según instituyen el órgano permanente de aplicación o regulen el proceso como medio o instrumento de actuación, respectivamente.

También, habrá de tenerse en cuenta si esas normas presentan un carácter tal, que su violación altere gravemente los principios fundamentales en que se asienta la legislación del país, por cuanto según el caso serán de orden público o no, y, en consecuencia, disponibles o no por las partes y el legislador.

Con tal prevención se abre a la consideración de validez de la ley procesal penal.

- a) **Efectos especiales:** Rige respecto de este tipo de ley el principio de territorialidad,

por el cual ésta es de aplicación dentro del territorio nacional, o provincial para el cual se ha dictado. Entendiendo por aquél, el espacio circunscrito por los límites jurídicos, tanto en lo que hace a la tierra como a las aguas y extendiéndose a todos los espacios de tierra o agua a los que por la naturaleza o por convenio se ha extendido la soberanía.

Se incluye dentro de ese aspecto espacial los conocidos como territorios flotantes, por delitos cometidos en lugares donde la única expresión de soberanía, en medio de un vacío de ella (aguas o espacio aéreo internacionales) es la bandera de la nave o aeronave. De este modo, en el proceso penal propio o rogado por otro Estado se cumplirá por la ley procesal penal del lugar de producción. Y los Estados regularán por acuerdos inter estatales (nacionales o internacionales) sus formas y validez.

- b) **Efectos temporales:** Es decir, lo que hace a los jueces creados por la ley en forma permanente y con anterioridad a cada hecho. Es incuestionable que ello se vincula con la garantía del juez natural por la cual nadie puede ser juzgado por comisiones especiales o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho y por consiguiente aquí sí tiene mucha importancia el momento de comisión del delito de que se trate, por cuando ese momento fija un límite temporal después del cual no se puede crear un nuevo Tribunal, ya sea en forma íntegra ya en forma parcial, en cuanto al ya existente al momento del hecho, se le modifiquen las competencias y, sacando el juzgamiento del "hecho anterior" del Tribunal competente en ese momento, lo trasladen al de la nueva competencia. De esta suerte y con relación al hecho ya cometido, cristalizado en el tiempo, la ley procesal estática posterior que crea nuevos Tribunales en forma total o parcial, no tiene ningún efecto respecto del Tribunal existente antes del hecho, por cuanto por imperio de la Constitución nadie puede ser sacado del conocimiento y juzgamiento de estos últimos designados por ley antes del hecho de la causa. Es decir, este tipo de ley procesal penal no tiene efecto retroactivo con relación al hecho ya cometido, y en cambio la ley antigua (la derogada) tiene efecto ultractivo. En todo esto está comprometido el orden público en cuanto se refiere a extremos básicos sobre los que se asienta la organización fundamental del Estado, en consulta con la garantía del juez natural. Por el contrario,

la situación no es igual con relación al otro tipo de ley procesal, cual es el que regula el proceso mismo como forma instrumental usada por el juez para el cumplimiento del objeto de la administración de justicia, esto es la actuación del derecho material penal, en el caso concreto. Tiempo, tiempo, pérdida de tiempo. La reducción del tiempo en la duración del proceso es una garantía constitucional que debe ser respetada siempre, si se desea tener seguridad jurídica.

- c) **Efectos personales:** Por imperio de la Constitución, todos los habitantes siendo iguales ante la ley, lo son también ante la ley procesal penal, ante los tribunales naturales y los procesos regulados. Pero esa garantía se adecua a cada caso, según la igualdad de condiciones, por lo que, recogiendo la realidad y con finalidad pedagógica, el proceso común, se especializa, por normas que se suman a los comunes, para el caso de los menores de cierta edad imputados de delitos. Hay también otras previsiones que sin excepcionar la aplicación de la Constitución demoran el sometimiento de algunas personas al proceso penal. La razón de ello es su carácter funcional. Así, el presidente, el vicepresidente y sus ministros y los jueces de cualquier grado y los asimilados a su rango, no entran al proceso penal, sin que previamente se les separe de su cargo por el antejuicio político que prevé la Constitución. Se agrega a lo anterior, la situación de los legisladores, los que, abierto el proceso, no podrán ser procesados sin que anteriormente, con vista a las constancias procesales, se les suspenda los fueros parlamentarios. Lo mismo ocurre con los miembros de las representaciones diplomáticas extranjeras, hasta que el Estado representado acepte la intervención de la Justicia del lugar del hecho. En caso negativo ésta no interviene. Ya en consideración a los particulares, en los delitos contra la libertad sexual, sólo se abre el juicio si la víctima o su representante legal instan la acción. Cumplidos en estos casos los recaudos previos, su sometimiento al proceso es igual al de todos los habitantes.

1.1.5. Etapas del proceso penal

Como sabemos el Derecho procesal penal es el conjunto de normas legales, necesarias, para la aplicación de las consecuencias jurídicas previstas en el derecho penal material.

De esta forma, el derecho procesal penal regula la actividad procesal para la determinación en concreto de la responsabilidad penal y de las penas.

Por lo tanto, el proceso penal, como único instrumento para imponer una resolución penal, no debe desarrollarse de cualquier modo, sino ordenadamente, pues muchas de las garantías y principios que pueden presentarse en las bases del proceso penal podrían verse distorsionadas por la estructura incorrecta de las mismas, ya que la organización y principios básicos, muchas veces sucumben ante las reglas de organización procesal. Es así, que dentro del proceso penal implementado por el nuevo Código Procesal Penal del 2004, encontraremos etapas que cumplirán, respectivamente, una finalidad específica; en primer lugar, podemos encontrar a la etapa de investigación preparatoria cuya función principal es asegurar todo cuanto condujere a la comprobación de un hecho presuntamente ilícito y a la identificación de quienes hayan participado, para que el órgano público de persecución penal pueda decidir si formula acusación en contra de una determinada persona o solicita sobreseimiento; como segunda etapa, encontraremos a la fase intermedia donde se critica, analiza y controla el resultado de la investigación y se realiza el control de la acusación o del sobreseimiento; y, como tercera tenemos al Juicio Oral, etapa central del proceso, donde se lleva a cabo la audiencia central y se evidencia en todo su esplendor los principios del sistema acusatorio y del juicio oral propiamente dicho.

Pero ¿por qué el Nuevo Código Procesal Penal ha decidido implementar tres etapas bien definidas como estructura del proceso, cual es la causa de esto? Pues bien, la respuesta nos la proporciona Binder, “quien señala que toda organización del proceso penal responde a una lógica, que es la lógica de la organización del proceso, la cual no es una mera racionalidad guiada por el principio de eficacia administrativa, ni mucho menos una simple tramitación de expedientes, sino que la lógica del proceso penal responde al tratamiento de conflictos humanos y como tal está orientada a sus consecuencias “prácticas”, es decir, a las consecuencias que se producen en la solución o en la “redefinición” de ese conflicto” (Binder, 1992).

Es en ese sentido que el Código Procesal Penal ha diseñado una estructura de procedimiento penal en consonancia con las garantías y principios que exige un Estado

de Derecho, teniendo en cuenta ello, el proceso penal debe ser estructurado, de tal manera se provoque la menor lesión de los derechos fundamentales de las personas sujetas a la persecución penal, y a lo largo del proceso se deben encontrar amparados por el principio de presunción de inocencia. “Encontrando por fin el legislador, con el Nuevo Código Procesal Penal del 2004, un equilibrio armónico entre la tan mentada eficacia y la garantía que tanto se anhela en un sistema democrático y que ha sido adoptado por nuestro modelo acusatorio adversarial” (Neyra, 2010).

El Código Procesal Penal de 2004, a diferencia del Código de Procedimientos Penales de 1940, apuesta por un proceso penal común constituido por tres fases claramente diferenciadas y con sus propias finalidades y principios: la fase de investigación preparatoria, la fase intermedia y la fase del juzgamiento.

La fase de investigación preparatoria a cargo del fiscal, comprende las llamadas diligencias preliminares y la investigación formalizada o también denominada por el nuevo Código como continuación de la investigación preparatoria. Por su parte, la fase intermedia a cargo del juez de la investigación preparatoria, comprende los actos relativos al sobreseimiento, la acusación, la audiencia preliminar y el auto de enjuiciamiento. Las actividades más relevantes son: el control de requerimiento de sobreseimiento, el control de la acusación y la preparación del juicio.

Por último, la fase del juzgamiento comprende al juicio oral y público, donde se practican las pruebas admitidas, se producen los alegatos finales y se dicta fallo luego de la deliberación. Desde una perspectiva funcional en el nuevo proceso penal se pueden distinguir cinco etapas que se caracterizan por su continuidad y cada una de ellas con claras delimitaciones:

- La investigación preliminar.
- La investigación preparatoria.
- La etapa intermedia.
- El juzgamiento.
- La etapa de ejecución.

1.1.6. Finalidad del proceso penal

El proceso penal tiene un carácter instrumental, ya que a través de él se afirma y hace efectivo el derecho penal sustantivo, es posible también afirmar que posee objeto y finalidad propios. La mayoría de opiniones respecto al objeto del proceso penal coinciden en el aspecto fáctico (hecho, acto o conducta). En suma, el objeto del Proceso Penal es aquella conducta ilícita imputada que da lugar a una posición dialéctica entre los argumentos de la acusación y los de la defensa, y que constituyen el punto de partida y el núcleo del proceso penal.

Al respecto Gómez Colomber señala “que los elementos fundamentales del objeto del proceso penal son desde el punto de vista objetivo el hecho imputado y desde el punto de vista subjetivo la persona acusada. El proceso penal está orientado a la resolución de la causa sometida a conocimiento el Juez, aplicando el derecho y haciendo efectiva la noción de justicia, con criterios de equidad e imparcialidad. En cuanto a la finalidad del proceso penal es la declaración de certeza judicial, y no como se argumentaba anteriormente, lograr la verdad concreta de los hechos, ya que en algunos casos ello no se realiza o no es posible, entre otras causas por la tenaz acción de las partes en defensa de los particulares intereses que defienden” (Gomez, 1985).

La declaración de certeza judicial, ella está orientada a conseguir que el juez tenga la convicción de que las afirmaciones expuestas en el proceso sean ciertas, y es en base a ellas que el Juez resuelve por la aplicación no de una sanción. Si relacionamos la noción sobre el objeto del proceso con la finalidad del mismo, podremos concluir diciendo que el proceso penal aspira a obtener la certeza respecto de la conducta ilícita imputada.

Todo lo anterior forma parte de lo que se ha llamado la seguridad jurídica. Es decir, el derecho debe servir para “revelar cuáles son las cualidades que debe tener para poder ser considerado seguro y, con ello, pueda servir de instrumento de orientación al ciudadano...” (Avila, 2012), por lo que, a contrario sensu, si el derecho penal no tuviera como norte la búsqueda de la verdad, ¿qué función tendría? (Avila, 2012).

Por ello, siguiendo a algunos autores que han analizado el tema y resaltan su importancia, se puede indicar y sostener que la búsqueda de la verdad en el proceso penal es un

“asunto de coraje” (Foucault, 2010), para otros es a su vez, el objetivo fundamental de “la ciencia” (Putnam, 1994) y también se agrega que dentro del proceso penal, porque esta constituye -a decir de Bentham- una “garantía de la correcta aplicación del derecho sustantivo” (Bentham, 2001), además de ser un elemento fundamental en la pretensión de racionalidad del derecho en general.

1.1.7. Constitución y proceso penal

Es sabido que, en el proceso penal moderno, fruto del Estado de Derecho, la Constitución adquiere una gran relevancia, no sólo porque ocupa la posición de primer nivel en el ordenamiento jurídico (art. 138°, segundo párrafo), sino porque materialmente en el proceso penal los derechos en conflicto son fundamentales, de relevancia constitucional, al estar integrados -de un lado- por el derecho de penar que ejercita el Ministerio Público (Art. 159°, incs. 4 y 5 Const.) y -de otro- por el derecho a la libertad del imputado que hace valer la defensa (Arts. 2°.24 y 139°.14 Const.). Lo expuesto es consecuencia de haber adoptado Constituciones rígidas [que no pueden ser modificadas por la ley ordinaria] y normativas que se integran al ordenamiento como normas supremas.

En este orden de ideas, la Constitución, especialmente en el Art. 139°, ha reconocido un conjunto de derechos y principios procesales que es del caso desarrollar en este capítulo, sobre la base de la necesidad del proceso penal o principio de jurisdiccionalidad, a tenor del Art. 139°.10 de la Ley Fundamental. Esta garantía jurisdiccional tiene un doble componente, pues, por un lado, atiende, a que la pena se impone sólo por los tribunales y, por otro, a que la pena se impone por los tribunales exclusivamente por medio del proceso.

El proceso penal debe atender asuntos de trascendente envergadura, recogidos no sólo en leyes o normas ordinarias, sino pautados en la Constitución. Así se tiene que el artículo 44 de la Carta Política estipula que es deber primordial del Estado garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, proteger a la población de las amenazas contra su seguridad y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y el desarrollo. Nadie negará que el delito encuadra perfectamente en esas amenazas a la seguridad y que, por ello, el Estado tiene que estructurar y poner en marcha un

mecanismo que lo afronte, sin que esa preocupación por la seguridad autorice dejar de lado los derechos fundamentales también del justiciable inculcado, según las previsiones del amplio artículo 2 de la suprema ley (Rodríguez, 2013).

Del conjunto de esos derechos y principios procesales, como es obvio, se derivan un conjunto de consecuencias en orden tanto a los derechos y garantías de los justiciables, cuanto a los límites de los poderes públicos. Es de recordar que en tanto el proceso es una estructura constituida por una serie ordenada de actos que se realizan en el tiempo, el quehacer de los sujetos procesales se halla gobernado por principios, que son categorías lógico jurídicas, muchas de las cuales han sido positivizadas en la Constitución o en la Ley, cuya finalidad es señalar el marco dentro del cual debe desenvolverse la actividad procesal.

“La Constitución ha incorporado un conjunto de garantías genéricas y una extensa relación de garantías específicas. Se trata, en ambos casos, de una vasta relación de cláusulas de relevancia constitucional que definen los aspectos orgánicos de la jurisdicción penal, la formación del objeto procesal y régimen de actuación de las partes (proceso), así como de la actuación formal de la pretensión punitiva y de su resistencia hasta la sentencia definitiva (procedimiento). Estas garantías, en cuanto tales, se proyectan en bloque en todo el ámbito procesal penal; son expansivas y polivalentes, pues una misma garantía tanto se la encuentra en una fase del proceso como en otra”.

FERRAJOLI sostiene que mientras las garantías penales o sustanciales subordinan la pena a los presupuestos sustanciales del delito (lesión, acción típica y culpabilidad), las garantías procesales o instrumentales permiten la efectividad de esas garantías en tanto se afirme la presunción de inocencia, la separación entre acusación y juez, la carga de la prueba y el derecho del acusado a la defensa. De igual manera, insiste el mismo autor, la principal garantía procesal, presupuesto de todas las demás, es la de jurisdiccionalidad (*nulla culpa sine iudicio*), que tiene su origen en el Art. 39° de la Carta Magna inglesa de 1215 y que incluía garantías contra la detención, la reserva de jurisdicción (juicio legal de un sujeto imparcial e independiente) y la presunción de inocencia; en tal virtud esta garantía de jurisdiccionalidad, en sentido estricto, exige la acusación, la prueba y la defensa.

El llamado principio de reserva de la ley, que complemente éste y que impide la analogía en nuestra disciplina se halla establecido en las constituciones; todos tienen el derecho de hacer lo que no perjudique a otro y nadie estará obligado a hacer lo que no estuviere legalmente ordenado, ni impedido de ejecutar lo que la ley no prohíbe".

1.1.8. La fundamentación de las medidas coercitivas personales en la constitución

La libertad es un valor supremo de la humanidad. Su búsqueda, logro y consecución, es un afán pocas veces, o ninguna, alcanzado a plenitud. Es materia de luchas entre los pueblos, de contiendas internas en los países y en muchos casos doloroso clamor de las personas para obtenerla individualmente. La libertad es, pues, uno de los derechos individuales consagrados probablemente por la totalidad de los estados del mundo. Es protegida básicamente por las normas constitucionales y afianzadas en los códigos y en las leyes; sin embargo, a pesar de estas declaraciones la historia nos demuestra que el hombre no cesa de luchar para vivir en libertad.

En nuestro caso la Constitución que nos rige desde hace poco, no podía dejar de contener normas programáticas para la protección de los derechos individuales, no sólo declarándolos sino garantizándolos; naturalmente, entre los más importantes, el de la libertad. Esto no sólo para guardar concordancia con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, votada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, en París, sino como resultado de nuestro propio proceso histórico y jurídico, dentro del cual se incorpora formalmente dicha declaración universal por Resolución Legislativa N° 13282 del 9 de diciembre de 1959.

En su artículo 2, la actual Constitución hace una enumeración minuciosa de los derechos de la persona. Así se trata de cubrir todos los ámbitos de su actividad de manera que pueda lograr su debida plenitud, en el respeto a su dignidad. En el párrafo 20 de esta disposición, se numeran las diversas expresiones del derecho a la libertad y seguridad personales. El inciso "a" de esta disposición preceptúa que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que la ley no prohíbe. En forma genérica, el inciso "b" señala que no se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo los casos previstos por la ley. El inciso "d" contiene el principio de legalidad; es

decir, que nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de someterse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible. La presunción de inocencia mientras no se declare judicialmente la responsabilidad, está regulada en el inciso "f".

En forma más concreta, la libertad física de la persona se encuentra estatuida en el inciso "g", al establecerse que nadie podrá ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del Juez o por las autoridades policiales en flagrante delito (Chaname, 2009). En todo caso el detenido debe ser puesto dentro de las veinticuatro horas o en el término de la distancia a disposición del juzgado que corresponda. Las excepciones de esta regla establecidas en este inciso las trataremos más adelante. El derecho a ser informado sobre los cargos, el asesoramiento y la comunicación con el defensor desde la citación o detención, se hallan regulados en el inciso "h". Las prohibiciones de la incomunicación, del empleo de la violencia para obtener declaraciones; del juramento o compulsión a declarar o reconocer su propia culpabilidad o del cónyuge o parientes, están contenidas en los incisos; "h", "i", "j" y "k", respectivamente. Más adelante, en el Capítulo IX, concerniente al Poder Judicial y, precisamente, en el artículo 233 sobre las garantías de la Administración de Justicia, se reitera la protección contra la coacción ilícita, amenaza o violencia en cualquiera de sus formas, invalidando las pruebas obtenidas por estos medios (inciso 12). Por último, el artículo 234 establece que nadie puede ser sometido a torturas o tratos inhumanos o humillantes.

1.1.9. La fundamentación de las medidas coercitivas personales en el proceso penal

Las medidas coercitivas son actos procesales de coerción directa que, pese a recaer sobre los derechos de relevancia constitucional, de carácter personal o patrimonial de las personas, se disponen con la finalidad de evitar determinadas actuaciones perjudiciales que el imputado puede realizar durante el transcurso del proceso instaurado en su contra llegando incluso a frustrarlo.

Si el imputado, por ejemplo, se fuga o simplemente no se somete a la investigación es imposible que el proceso se realice y llegue a su fin, lo natural es que se reserve hasta

que sea habido. No es posible juzgamiento ni condena en ausencia del imputado según prevé el inciso 12 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado.

Es natural que una persona cualquiera, ante la imputación de la comisión de un delito medianamente grave, por instinto de conservar su libertad, realice actos o conductas tendientes a sustraerse o esconderse de la acción de la justicia. En otros casos, ante la imputación de un delito es posible que pueda perturbar la actividad probatoria a fin de evitar ser encontrado responsable y, por ende, sancionado (Muñoz, 2004). En tanto que, en otros supuestos, es posible que el imputado buscando proteger la integridad de su patrimonio, trate de desprenderse de su patrimonio con la evidente finalidad de frustrar el pago de la reparación civil que corresponda, etc. Para evitar tales conductas, el ordenamiento jurídico ha previsto en forma taxativa la imposición de las medidas coercitivas al procesado considerado aún inocente, caso contrario, la justicia penal muy poco podría realizar en beneficio de su finalidad cual es redefinir los conflictos penales en procura de la paz social.

En tal sentido, en el artículo 202 del Código Procesal Penal de 2004, el legislador en forma contundente ha previsto que se podrá restringir un derecho fundamental siempre y cuando resulte indispensable para lograr los fines de esclarecimiento de los hechos. Siempre la restricción tendrá lugar en el marco de un proceso penal cuando así ley penal lo permita y se realice con todas las garantías necesarias.

El artículo 203 en los incisos 2 y 4 del CPP establece el procedimiento que debe seguirse para la imposición de una medida coercitiva. En primer término, se exige que haya requerimiento motivado y sustentado, adjuntando de ser posible los actos de investigación o elementos de convicción pertinentes, del sujeto legitimado, esto es, generalmente del Fiscal.

Ante el requerimiento sustentado, el juez decidirá inmediatamente, sin trámite alguno. No obstante, si no existiera riesgo de perder la finalidad de la medida, el Juez ante el requerimiento del Fiscal deberá:

- a) Poner en conocimiento de los sujetos procesales del requerimiento fiscal, en especial al afectado.

- b) Disponer la realización de una audiencia, en la cual se presentan las partes alegando sus peticiones, antecedentes y argumentos, luego de la cual el Juez debe resolver el asunto discutido.
- c) Y luego, el Juez emitirá la resolución motivada inmediatamente o, en todo caso, en el plazo de dos días después de efectuada la audiencia en la cual escuchó los fundamentos y razones del que solicita y luego las de aquel que se opone.

1.1.9.1. Antecedentes históricos

Antiguamente en el siglo XIX, en el mayor número de casos, los agraviados ocurrían previamente a las autoridades de policía que, de hecho, procedían a la captura del acusado, sea cual fuere la naturaleza del delito que se le impute (Ambos, 2004). No es extraño hallar detenidos a individuos a quienes se acusa de injurias, calumnias, delitos contra el honor y hasta de hechos que, aunque reprobados por la moral, no constituyen delito.

El reo, que fue capturado por meros indicios necesitaba, para obtener su libertad, una presunción fundada de su inocencia; y esa presunción se derivaba de las diligencias efectuadas. Pero si, por el contrario, las actuaciones venían a dar mayor vehemencia a los indicios, confirmando las sospechas que originaron la captura, el Juez debía expedir auto mandando que la detención continúe.

Luego, a principios del siglo XX, el Juez para ordenar la captura y detención del acusado, no debía esperar la comprobación del cuerpo del delito ni la culpabilidad de aquél, pues ellas no podían obtenerse sino practicadas las diligencias, cuya actuación previa facilitarían la fuga del reo. La notoriedad del hecho, un certificado aún no reconocido juratoriamente, la fractura de puerta o mueble, la presentación del documento que se decía falsificado, no comprobaban el cuerpo del delito, por falta de solemnidad, pero bastaban para presumir que la acusación descansaba sobre un hecho positivo y era imprudencia no tomar entonces la precaución de ley.

En los delitos que merecían penas más graves que la de arresto mayor, el Juez Instructor (hoy Juez Especializado en lo Penal), dictaba orden de detención

provisional fuera de los casos de flagrante delito o cuasiflagrante delito, en los que era obligatorio, siempre que a su juicio existían graves presunciones de que el acusado había cometido realmente el delito, o siempre que lo solicite el agente fiscal. En consecuencia, como se acaba de apreciar, ocasionaba y provocaba serios problemas al procesado por la congestión de expedientes con reos en cárcel.

1.1.10. Medidas coercitivas en el derecho comparado

Dentro del Derecho Comparado, se tiene que la legislación latinoamericana, como la europea han normativizado las medidas coercitivas en sus ordenamientos jurídicos. Algunos de ellos han llegado a darle una connotación mucho mayor, al darle un matiz de autonomía, al contar con una descripción y orden, dependiendo de cada realidad jurídico social.

a) Legislación boliviana

LIBRO QUINTO

Medidas sustitutivas a la detención preventiva.

Artículo 240°.- "Cuando sea improcedente la detención preventiva y exista peligro de fuga u obstaculización del procedimiento, el juez o tribunal, mediante resolución Fundamentada, podrá disponer la aplicación de una o más de las siguientes medidas sustitutivas”:

- La detención domiciliaria, en su propio domicilio o en el de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal disponga. Si el imputado no puede proveer a sus necesidades económicas o a las de su familia o si se encuentra en situación de indigencia, el juez podrá autorizar que se ausente durante la jornada laboral.

b) Legislación argentina

CAPITULO VI

Art. 314°. - "El juez ordenará la detención domiciliaria de las personas a las cuales pueda corresponder, de acuerdo al Código Penal, cumplimiento de la pena de prisión en el domicilio".

c) Legislación venezolana

TÍTULO VIII

Artículo 265. "Siempre que los supuestos que motivan la privación judicial preventiva de libertad puedan ser satisfechos, razonablemente, con la aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado, el tribunal competente, de oficio o a solicitud del interesado, deberá imponerle en su lugar, mediante resolución motivada", alguna de las medidas siguientes:

1°. "La detención domiciliaria en su propio domicilio o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal ordene (...)".

d) Legislación colombiana

TITULO II

Artículo 362. Suspensión. La privación de la libertad se suspenderá en los siguientes casos:

1. Cuando el sindicado fuere mayor de sesenta y cinco (65) años, siempre que su personalidad y la naturaleza o la modalidad de la conducta punible hagan aconsejable la medida.
2. Cuando a la sindicada le falten menos de dos (2) meses para el parto o cuando no hayan transcurrido seis (6) meses desde la fecha en que dio a luz.
3. Cuando el sindicado estuviere en estado grave por enfermedad, previo dictamen de los médicos oficiales.

En estos casos, el funcionario determinará si el sindicado debe permanecer en su domicilio, en clínica u hospital. El beneficiado suscribirá un acta en la cual se compromete a permanecer en el lugar o lugares indicados, a no cambiar sin previa

autorización de domicilio y a presentarse ante el mismo funcionario cuando fuere requerido (Carocca, 1997). Estas obligaciones se garantizarán mediante caución.

e) Legislación ecuatoriana

LIBRO TERCERO

Art. 171.- "Siempre que se trate de un delito sancionado con pena que no exceda de cinco años y que el imputado no haya sido condenado con anterioridad por delito, el juez o tribunal puede ordenar una o varias de las siguientes medidas alternativas a la prisión preventiva":

1. El arresto domiciliario, con la vigilancia policial que el juez o tribunal disponga (...)

Cualquiera que fuere el delito, la prisión preventiva será sustituida por el arresto domiciliario en todos los casos en que el imputado o acusado sea una persona mayor de sesenta y cinco años de edad o que se trate de una mujer embarazada y hasta noventa días después del parto. En estos casos también procede la caducidad prevista en el artículo 169 de este Código.

f) Legislación paraguaya

LIBRO CUARTO

Artículo 245. "Siempre que el peligro de fuga o de obstrucción pueda ser evitado por la aplicación de otra medida menos gravosa para la libertad del imputado, el juez, de oficio, preferirá imponerle en lugar de la prisión preventiva", alguna de las alternativas siguientes:

1. El arresto domiciliario, en su propio domicilio o en el de otra persona, bajo vigilancia o sin ella;

No se impondrán estas medidas contrariando su finalidad. Cuando el imputado no las pueda cumplir por una imposibilidad material razonable, en especial, si se trata de persona de notoria insolvencia o disponga del beneficio de litigar sin gastos, no se le podrá imponer caución económica.

En todos los casos, cuando sea suficiente que el imputado preste juramento de someterse al procedimiento, se decretará la caución juratoria, antes que cualquiera de las demás medidas (...).

g) Legislación chilena

TÍTULO V

Artículo 155.- Enumeración y aplicación de otras medidas cautelares personales. Para garantizar el éxito de las diligencias de investigación, proteger al ofendido o asegurar la comparecencia del imputado a las actuaciones del procedimiento o ejecución de la sentencia, después de formalizada la investigación el tribunal, a petición del fiscal, del querellante o la víctima, podrá imponer al imputado una o más de las siguientes medidas:

- La privación de libertad, total o parcial, en su casa o en la que el propio imputado señalare, si aquélla se encontrare fuera de la ciudad asiento del tribunal;
- La sujeción a la vigilancia de una persona o institución determinada, las que informarán periódicamente al juez; (...)

El tribunal podrá imponer una o más de estas medidas según resultare adecuado al caso y ordenará las actuaciones y comunicaciones necesarias para garantizar su cumplimiento (...).

h) Legislación española

TÍTULO VI.

Artículo 508. "El juez o tribunal podrá acordar que la medida de prisión provisional del imputado se verifique en su domicilio, con las medidas de vigilancia que resulten necesarias, cuando por razón de enfermedad el internamiento entrañe grave peligro para su salud. El juez o tribunal podrá autorizar que el imputado salga de su domicilio durante las horas necesarias para el tratamiento de su enfermedad, siempre con la vigilancia precisa (...)"

i) Legislación italiana

LIBRO IV

Art. 284.- *"Con il provvedimento che dispone gli arresti domiciliari, il giudice prescrive all'imputato di non allontanarsi dalla propria abitazione o da altro luogo di privata dimora ovvero da un luogo pubblico di cura o di assistenza"*

La infracción de la comparecencia, en que el inculpado sea citado para su declaración o diligencia determinara la orden de ser conducido compulsivamente por la policía.

1.1.11. Derechos fundamentales de la persona

Referente a los derechos fundamentales de la persona, el Jurista Domingo García Belaunde, García (1982) hace un recuento histórico de los derechos humanos, plantea que el uso del término se generaliza recién entrado el presente siglo, concretamente a partir de la finalización de la segunda guerra mundial. No obstante, hace la salvedad que la locución "derechos humanos", es una ampliación de lo que durante el siglo XVII y XIX se conoció genéricamente como "derechos del hombre", siendo ésta última, la expresión secularizada de lo que la historia del pensamiento conoce como "derecho natural", "derecho justo" o simplemente "justicia".

Para muchos como hemos visto anteriormente los derechos humanos y/o fundamentales existen inclusive en la Grecia clásica, partiendo de que su fundamento es el derecho natural, y que el origen de éste, es atribuido a los griegos. No obstante, en sentido estricto, esta afirmación no podrá ser aceptada, ya que el derecho se encontraba dentro de un todo indiferenciado teológico, moral o cosmológico. Esto no hace que se desdeñe el esfuerzo de los estoicos en cuanto la diferenciación entre el derecho natural y el derecho positivo, a su vez en Roma, Cicerón, influido por los estoicos, plantearía: El verdadero derecho es la recta razón, conforme a la naturaleza; es de aplicación universal inmutable y eterna.

El término "derecho natural" entonces, tendría una vigencia anterior y embrionaria de lo que luego se conoció como "derechos humanos". Es más, la relación podría también establecerse, en cuanto que la escuela del derecho natural fue muy importante en la configuración de los derechos humanos, y su fundamentos, y ahora bien, un aspecto de

muy difícil elucidación, es referente a intentar una definición de los derechos humanos, Sin embargo, Pérez (1984), ensaya el concepto siguiente: "los derechos humanos aparecen como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional". Más adelante completa su idea así: "La definición propuesta pretende conjugar las dos grandes dimensiones que integran la noción general de los derechos humanos, esto es, la exigencia iusnaturalista respecto a su fundamentación y las técnicas de positivación y protección que dan la medida de su ejercicio. Es evidente que con esta propuesta de definición no se pretende haber dado una respuesta satisfactoria a toda la serie de problemas que, como se ha tenido ocasión de comprobar, comporta cualquier intento definitorio de los derechos humanos"

A esto último, cabría agregar lo planteado por Miró (2003) cuando expresa lo siguiente: "pensamos, que, si se acepta el ideal de vida racional, si se toma la decisión de pensar y comportarse racionalmente, es imposible no reconocer los derechos humanos. Es decir que partiendo de la premisa de que debemos de pensar y comportarnos racionalmente, los derechos humanos pueden deducirse de ella Más aún, basta aceptar como premisa que debemos comportarnos racionalmente, pues si no se piensa de manera racional, es imposible comportarse racionalmente. Planteamos, pues, la siguiente hipótesis: si no comportamos racionalmente, entonces tenemos que comportarnos de acuerdo a los derechos humanos".

Como podemos apreciar, la dificultad en brindar una definición de loa derechos humanos, y, a su vez, de dar una fundamentación de los mismos, concuerda con la aguda apreciación de Bibbio (1985), en el sentido de que lo más importante actualmente es no tanto justificarlos, sino darles las garantías para su concreción y vigencia, algo análogo señala Truyol y Serra cuando manifiesta: "decir que hay "derechos humanos" o "derechos del hombre" en el contexto histórico espiritual, equivale a afirmar que existen derechos fundamentales que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que le son inherentes y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados".

Es necesario también, señalar que el término derechos del hombre, va a ser incorporado, así como el de derechos fundamentales, a mediados del siglo XVIII, como se ha mencionado líneas arriba. El primer término, es popularizado por Paine (1793), entre los años 1792 y 1793. Este autor considera a los derechos humanos como un término que engloba a los derechos naturales. Los derechos humanos para este autor, constituyen la conjunción, tanto de los derechos naturales, es decir, aquellos que le corresponden al hombre por el sólo hecho de existir, como también de los derechos civiles, vale decir, aquellos que le corresponden al hombre por el hecho de ser miembros de la sociedad.

El segundo término derechos fundamentales aparece a partir del año 1770, como advierte Pérez Luño, dentro del movimiento político y cultural que conduciría a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Ya en el presente siglo, a instancias de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, alcanzan particular importancia, al articularse en el sistema de relaciones entre el individuo y el Estado, en cuanto fundamento de todo el orden jurídico político. Expresa el citado profesor español, que es de ahí, que gran parte de la doctrina entienda que los derechos fundamentales son aquellos derechos humanos positivados en las constituciones actuales. De una posición análoga es Enrique P. Haba cuando nos dice: Los derechos humanos se transforman en derechos fundamentales, en la medida en que aquellos son recogidos por una legislación positiva, es decir, ubicados en un programa condicional garantizado por el Estado en su Constitución (Haba, 1996).

Entonces, cabe repetir lo mencionado anteriormente, en cuanto a que, tanto los términos derechos del hombre como aquel de derechos fundamentales, de acuerdo a su aparición histórica, son consecuencia del esfuerzo del iusnaturalismo iluminista por convertir o positivizar los derechos naturales, es decir, constitucionalizarlos o atribuirles en el ordenamiento positivo el sitio más encumbrado.

Podemos sintetizar diciendo, que "derechos naturales" viene a ser un término que no sólo es el embrión de lo que se conocerá como "derechos fundamentales", sino que, en sus primeras formulaciones, será su inspiración. En esta perspectiva, "derechos humanos" es un término que se encontraría como punto intermedio entre el primigenio de "derechos naturales" y el actual y concreto término "derechos fundamentales".

1.1.12. La libertad como derecho fundamental

La libertad como derecho fundamental se deriva del deseo por parte del individuo de ser su propio dueño. Reflejando el mismo al deseo que la vida y sus decisiones dependan de sí mismo, y no de fuerzas exteriores, sean éstas del tipo que sean. El querer ser el instrumento de sí mismo y no de los actos de voluntad de otros hombres, querer ser sujeto y no objeto, ser movido por razones y por propósitos conscientes que le pertenecen, y no por causas que le afecten.

La libertad que consiste en ser dueño de sí mismo y la libertad que consiste en que otros hombres no impidan decidir cómo quiere, pueden parecer a primera vista conceptos que lógicamente no distan mucho uno del otro y que no son más que las formas negativa y positiva de decir la misma cosa. Sin embargo, las ideas positiva y negativa de libertad se desarrollaron históricamente en direcciones divergentes, no siempre por pasos lógicamente aceptables, hasta que al final entraron en conflicto directo la una con la otra. Una manera de aclarar esto es hacer referencia al carácter de independencia que adquirió la metáfora del ser dueño de uno mismo, que en sus comienzos fue, quizá, inofensiva (García, 1982). Yo soy mi propio dueño; no soy esclavo de ningún hombre; pero ¿no pudiera ser (como tienden a decir los platónicos o los hegelianos) que fuese esclavo de la Naturaleza, o de propias desenfrenadas pasiones? ¿No son estas especies del mismo género esclavo, unas políticas o legales y otras morales o espirituales?.

1.1.13. Derecho a la libertad

La frágil realidad del ejercicio de los derechos se ha manifestado como una constante a lo largo de la historia. La sociedad humana, constituida por el conjunto de las relaciones entre individuos, se ha forjado en muchos aspectos sobre la pasión del poder y el dominio que ha marginado la consideración de persona para multitudes de seres humanos.

El escándalo de la esclavitud, que encontró acomodación en todos los sistemas sociales, morales y políticos, ha revestido hasta nuestros días las formas más sofisticadas de represión disimulando el atropello de los más elementales principios de la ética en la justificación de una legalidad emanada del recurso a la defensa de intereses sectoriales. El fundamento del derecho nace en la libre capacidad del ser humano para ejercitar actos

responsables de relación con otros semejantes. Sólo y en cuanto que el individuo tiene razón para conocer sus propios actos puede pactar en el grupo social, lo que implica que todos los miembros de la colectividad humana, por pertenecer a la misma, son sujetos libres y responsables de las vinculaciones establecidas entre el grupo social al que pertenecen. El derecho se crea porque cada persona desde su libertad constituye relaciones en las que empeña su voluntad de ejercicio en busca de consolidar su propio bien con el bien común del grupo que constituye.

El entramado social puede hacer parecer que la adscripción de sus miembros es formalmente necesaria, ocultar los fundamentos de sus relaciones internas hasta el grado de materializar a los individuos como elementos atómicos de un proceso global cosmológicamente establecido. La determinación necesaria del hombre a vivir en sociedad reduciría el ámbito de su libertad hasta situarlo en el margen de lo que en sí es el entramado social que le cobija y sostiene sus necesidades perentorias. La sociedad correspondería a una necesidad existencial anterior a cada persona y por tanto no dependiente en su esencia de los actos libres de cada uno de sus componentes.

Esta formulación que subyace en la raíz filosófica que educa las ideologías totalitarias conduce a que sea la corporación quien asigne los espacios de ejercicio de la libertad a sus partícipes. Ideologías imperiales y filosofías idealistas, incluyendo doctrinarios religiosos, se conjugan desde el dictado determinista que relega a la persona a sujeto paciente del orden social y no al factor agente que por naturaleza le correspondería. En nuestro tiempo contemporáneo hemos contemplado como fascismos y marxismos ideológicamente enfrentados fraternizaban en el dictado sobre el ser de la persona.

El derecho a la libertad que cada ciudadano posee por su condición de persona es inalienable en la responsabilidad de la construcción del grupo social. Todas sus relaciones le entrañan deberes y derechos emanados del entramado de vínculos que le afectan, siendo todos constituidos con su mayor o menor participación directa. Desde su libertad, vivir en sociedad le implica el compromiso del respeto hacia los demás ciudadanos, donde se inscribe los límites de su actuar para no violentar los derechos ajenos. Ese juego del mutuo derecho que constriñe los actos humanos se forja en la

convergencia de las libertades personales, por ello siempre que proceda de ese ejercicio no menoscaba, sino que enaltece, la dignidad de la persona.

La libertad es tan intrínseca en la especie humana que como derecho inalienable puede ejercerse frente al resto de la humanidad sin más limitación que el respeto ajeno en su mismo derecho. La condición a seguir los dictados del propio sentir y de la propia conciencia son prioritarios a los del dictado de cualquier otra institución, entendido en el paradigma de los actos humanos que no menoscaban el derecho de nadie a ser igualmente íntegro en su ser. Lo más esencial del orden social es que sea humano, o lo que es lo mismo, que facilite y respete la realización personal, tanto en el ámbito público con el derecho común a construir participativamente el estado, como en el ámbito privado favorecer el desarrollo de cada cual con plena libertad de ejercicio. La función de la ley estará precisamente en evidenciar y defender el derecho a la libertad personal de cada uno de los ciudadanos para revalorizarlos como personas (Miro, 2003).

Las doctrinas sociales deterministas del grupo social como un ente pseudomoral, bajo una aparente función perfectiva, conducen a la reducción de la persona a individuos. Desde esa devaluación del ser humano en su derecho a la libertad quedan abiertas todas las posibilidades de formas que según su maquiavelismo se configuran hasta el dominio de la esclavitud.

1.1.14. La constitución y el proceso penal

Es sabido que, en el proceso penal moderno, fruto del Estado de Derecho, la Constitución adquiere una gran relevancia, no sólo porque ocupa la posición de primer nivel en el ordenamiento jurídico (Art. 138°, segundo párrafo), sino porque materialmente en el proceso penal los derechos en conflicto son fundamentales, de relevancia constitucional, al estar integrados –de un lado- por el derecho de penar que ejercita el Ministerio Público (Art. 159°, incisos. 4 y 5 Const.) y -de otro- por el derecho a la libertad del imputado que hace valer la defensa (Arts. 2°.24 y 139°.14 Const.). Lo expuesto es consecuencia de haber adoptado Constituciones rígidas que no pueden ser modificadas por la ley ordinaria y normativas que se integran al ordenamiento como normas supremas.

En este orden de ideas, la Constitución, especialmente en el Art. 139°, ha reconocido un conjunto de derechos y principios procesales, sobre la base de la necesidad del proceso penal o principio de jurisdiccionalidad, a tenor del Art. 139°.10 de la Ley Fundamental. Esta garantía jurisdiccional tiene un doble componente, pues, por un lado, atiende, a que la pena se impone sólo por los tribunales y, por otro, a que la pena se impone por los tribunales exclusivamente por medio del proceso.

Del conjunto de los derechos y principios procesales, como es obvio, se derivan un conjunto de consecuencias en orden tanto a los derechos y garantías de los justiciables, cuanto a los límites de los poderes públicos. Es de recordar que en tanto el proceso es una estructura constituida por una serie ordenada de actos que se realizan en el tiempo, el quehacer de los sujetos procesales se halla gobernado por principios, que son categorías lógico jurídicas, muchas de las cuales han sido positivizadas en la Constitución o en la Ley, cuya finalidad es señalar el marco dentro del cual debe desenvolverse la actividad procesal.

La Constitución ha incorporado un conjunto de garantías genéricas y una extensa relación de garantías específicas. Se trata, en ambos casos, de una vasta relación de cláusulas de relevancia constitucional que definen los aspectos orgánicos de la jurisdicción penal, la formación del objeto procesal y régimen de actuación de las partes (proceso), así como de la actuación formal de la pretensión punitiva y de su resistencia hasta la sentencia definitiva (procedimiento). Estas garantías, en cuanto tales, se proyectan en bloque en todo el ámbito procesal penal; son expansivas y polivalentes, pues una misma garantía tanto se la encuentra en una fase del proceso como en otra.

Sostiene Luigi Ferrajoli que mientras las garantías penales o sustanciales subordinan la pena a los presupuestos sustanciales del delito (lesión, acción típica y culpabilidad), las garantías procesales o instrumentales permiten la efectividad de esas garantías en tanto se afirme la presunción de inocencia, la separación entre acusación y juez, la carga de la prueba y el derecho del acusado a la defensa. De igual manera, insiste el mismo autor, la principal garantía procesal, presupuesto de todas las demás, es la de jurisdiccionalidad (*nulla culpa sine iudicio*), que tiene su origen en el Art. 39° de la Carta Magna inglesa de 1215 y que incluía garantías contra la detención, la reserva de jurisdicción (juicio

legal de un sujeto imparcial e independiente) y la presunción de inocencia; en tal virtud esta garantía de jurisdiccionalidad, en sentido estricto, exige la acusación, la prueba y la defensa (Ferrajoli, 2010).

1.1.15. Fines del proceso penal

El proceso penal tiene un carácter instrumental, ya que a través de él se afirma y hace efectivo el derecho penal sustantivo, es posible también afirmar que posee objeto y finalidad propios. La mayoría de opiniones respecto al objeto del proceso penal coinciden en el aspecto fáctico (hecho, acto o conducta). En suma, el objeto del Proceso Penal es aquella conducta ilícita imputada que da lugar a una posición dialéctica entre los argumentos de la acusación y los de la defensa, y que constituyen el punto de partida y el núcleo del proceso penal.

Al respecto Gómez Colomber señala que los elementos fundamentales del objeto del proceso penal son desde el punto de vista objetivo el hecho imputado y desde el punto de vista subjetivo la persona acusada. El proceso penal está orientado a la resolución de la causa sometida a conocimiento el Juez, aplicando el derecho y haciendo efectiva la noción de justicia, con criterios de equidad e imparcialidad.

En cuanto a la finalidad del proceso penal es la declaración de certeza judicial, y no como se argumentaba anteriormente, lograr la verdad concreta de los hechos, ya que en algunos casos ello no se realiza o no es posible, entre otras causas por la tenaz acción de las partes en defensa de los particulares intereses que defienden (Gomez, 1985).

La declaración de certeza judicial, ella está orientada a conseguir que el juez tenga la convicción de que las afirmaciones expuestas en el proceso sean ciertas, y es en base a ellas que el Juez resuelve por la aplicación no de una sanción. Si relacionamos la noción sobre el objeto del proceso con la finalidad del mismo, podremos concluir diciendo que el proceso penal aspira a obtener la certeza respecto de la conducta ilícita imputada.

1.1.16. El juicio de ponderación en el proceso penal

La ponderación se utiliza en el ámbito de los derechos fundamentales porque no sólo se refieren a derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al estado, sino también

a deberes positivos por parte de éste. Los derechos fundamentales “son el fundamento del orden jurídico y de la paz social.”

A pesar de que al respecto de esta materia, no se remite una labor a la ponderación, sí hay un ámbito de aplicación. El principio de proporcionalidad, efecto recíproco, efecto de irradiación y concordancia práctica, también son ámbitos relativos a la aplicación de la ponderación y están referidos al valor equilibrado que se debe tener en cada caso, para sacrificar un derecho por un bien o por un interés, buscando siempre un fin positivo para el afectado. Con todo esto, se hace exigible la ponderación en el derecho público. Por la importancia que tiene el hecho de aplicar la justicia (Fernandez, 1988).

Los conflictos que existen entre reglas, se plantean en términos de vigencia, en cambio los conflictos entre principios, van más allá de la dimensión de la ponderación, partiendo de que el conflicto se da entre principios vigentes. Esto se refiere a que cuando se está en la disyuntiva de darle cierto valor a una regla o a un principio determinado, siempre habrá que atender a la vigencia de las reglas, y a la prioridad de los principios, según sea el caso.

De lo dicho hasta ahora, se concluye que la finalidad de la ponderación como respuesta al conflicto o tensión de derechos en concreto, es la ordenación de los derechos en cuestión, lo cual -siempre de conformidad con las circunstancias de un caso determinado- “hace posible que el juzgador dé preferencia a cierto derecho sobre otro y, de esta manera, resuelva el conflicto entre ellos”.

Esta operación de ordenación se plasma en lo que la doctrina denomina regla de precedencia condicionada entre los principios en colisión, esto es, la regla que establece las condiciones y requisitos por los cuales un principio debe preceder a otro de conformidad con las circunstancias concretas, vinculando asimismo las consecuencias jurídicas que dicha operación conlleve. Pero dicha regla no puede ser elaborada sin antes constatar ciertos requisitos de procedencia que vienen a delimitar la factibilidad de la ponderación en cada caso; pues la nutrida casuística jurisprudencial, en Europa básicamente, se ha demostrado que no toda norma o medida restrictiva de un derecho merece ser ponderada. Estos requisitos son los que encierran el contenido del llamado

test de proporcionalidad, (también llamado “test alemán de proporcionalidad” por su indiscutible origen germánico (Fernandez, 1988)) que, con algunas matizaciones o agregados implícitos determinados por el Tribunal Constitucional español, constituyen los escalones para arribar a la ponderación.

Dichos requisitos o escalones, en detalle, son los siguientes (Prieto, 2004):

- a) **Fin legítimo:** La interferencia en la esfera de otro principio o derecho debe presentar, en primer término, un fin constitucionalmente legítimo que lo fundamente. De lo contrario, se advertiría la gratuidad de la medida restrictiva del derecho fundamental afectado, por cuya consecuencia no existirían términos de comparación o de balance que permitan siquiera intentar la ponderación.

Ahora bien, resulta un tópico no resuelto la definición de lo que implica la legitimidad constitucional de la medida enjuiciada: ¿Debe ésta necesariamente ampararse en un principio o valor constitucional o basta que ella no esté prohibida o no sea incompatible con las prescripciones constitucionales?. A priori pudiera pensarse que la ponderación se tendría que determinar entre normas del mismo rango de jerarquía y con idéntico basamento constitucional; empero, como enseña el profesor Prieto (2004), pudiera admitirse como válida una ponderación que derive de la segunda alternativa, esto es, aceptando como fin legítimo aquél que no estando prohibido por la Constitución resulte coherente con su marco axiológico. En nuestra modesta opinión nos adscribimos a la tesis sostenida por el profesor de la referencia, pues ya antes hemos dicho que existen también principios no constitucionalizados –como la “buena fe”, la “moral pública” o el “interés público”- que de una u otra forma se vinculan con el esquema de valores reconocidos por la Constitución. Además, el respeto a la autonomía política del legislador, señalado por el autor en cita como un valor constitucional en sí mismo, posibilita que éste tenga la potestad de proponer en la redacción de las leyes cualquier fin que no sea inconstitucional; así, este primer requisito que estamos exponiendo desempeñaría una función “más bien negativa: no impone la consecución de un cierto catálogo de fines, sino que sólo excluye algunos” (Prieto, 2004).

En la postura antes indicada se adscribe también el profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Barcelona, Markus González Beilfuss, para quien no es jurídicamente necesario que la finalidad perseguida por la medida objeto de control tenga rango constitucional, aunque en algunos supuestos dicha conexión sí se produce de forma casi necesaria: es el caso de “los derechos de prestación, de los deberes de protección derivados de la dimensión positiva de los derechos fundamentales, o de las determinaciones de los fines del Estado”.

- b) Idoneidad o adecuación:** Este requisito apela a la aptitud que debe acreditar la medida restrictiva o limitativa de un derecho fundamental, en orden a proteger la finalidad legítima que supone estar bajo su respaldo. De la relación de consistencia con el bien o la finalidad legítima que debe subyacer como primer requisito, se determinará si la actuación que afecta un derecho es idónea o adecuada para tal propósito. Si se encuentra que la medida no es idónea para conseguir su propio fin se debe excluir la legitimidad de la intervención, porque es claro que al no ser ella relevante para el valor constitucional que está invocando, se estaría afectando o limitando un derecho fundamental sin lograr nada a cambio.

Este segundo requisito viene a constituir una extensión del anterior: “si la intromisión en la esfera de un bien constitucional no persigue finalidad alguna o si se muestra del todo ineficaz para alcanzarla, ello es una razón para considerarla no justificada” (Prieto, 2004).

Robert ALEXYY ejemplifica el juicio de idoneidad con un caso práctico: la exigencia legal de demostrar conocimientos técnicos específicos para el comercio de mercancías, impuesta por la Ley alemana del comercio minorista con la finalidad de proteger a los consumidores de los daños económicos o a la salud, fue considerada por el Tribunal Constitucional Federal no idónea, en el específico caso de la instalación de una máquina de tabaco en una barbería. Dicha prueba -por demás exorbitante- en nada protegía a los consumidores de eventuales daños; por el contrario, vulneraba la libertad de profesión y oficio. Luego, la imposición de una multa por no obtener el permiso administrativo prescrito por la ley conforme esa demostración, a guisa de que se estaba afectando los derechos de los consumidores,

resultó una medida inadecuada de conseguir un fin que realmente no se inmutaba, y por cuya adopción se vulneraba injustificadamente un derecho fundamental. Merece observarse que este requisito de idoneidad representa asimismo un criterio negativo en razón de que su finalidad es determinar qué medios no son idóneos; no se trata, luego, de fijar en sede jurisdiccional los medios que serían más idóneos o aptos para alcanzar un particular fin, sino de excluir aquellas medidas consideradas como inconsistentes o ineptas.

- c) **Necesidad:** La medida cuestionada debe ser, dentro de las alternativas fácticas posibles, la que menos gravosa o restrictiva resulte respecto al derecho fundamental afectado por la intervención. Para ello, debe acreditarse que no existe otra medida que cumpliendo de igual forma con su fin legítimo, sea más benigna. Al contrario del sentido negativo de los dos primeros requisitos, la exigencia de necesidad implica ensayar prospectos de medidas alternativas, que, cumpliendo con el mismo fin o valor perseguido, pudiesen resultar menos lesivas. Por ello, en este escalón se requiere de los jueces un tipo de argumentación positiva o prospectiva.

En consecuencia, a partir de las valoraciones realizadas respecto al grado de afectación o lesión de un principio o derecho, del grado de importancia o urgencia en la satisfacción de otro y, finalmente, de las valoraciones de la justificación o falta de justificación de la medida en cuestión, es que se determina el peso definitivo que en la causa particular tienen los principios en concurrencia, obtenido de la valoración conjunta y relativa entre satisfacción y sacrificio.

1.1.17. Derechos del testigo en el proceso penal

Testigo es la persona física que, sin ser parte en el proceso, es llamada a declarar, según su experiencia personal, acerca de la existencia y naturaleza de unos hechos conocidos con anterioridad al proceso. Según Cesar San Martín, testigo es la persona que hace un relato libre y mediato de hechos relacionados con la investigación del delito o de hechos coetáneos o subsiguientes a los acontecimientos delictuosos. Cuatro son los elementos referidos al testigo a) es una persona física; b) a quién se le ha citado para el proceso

penal; c). A decir lo que sepa acerca del objeto de aquel; y d) con fin de establecer una prueba, esto es con el fin de suministrar elementos de prueba (San Martín, 2003).

Para Arsenio Oré Guardia, el testigo es la persona física que aporta su relato al proceso sobre los hechos u objeto del proceso, sin ser parte de él. Lo hace en tanto observador directo o indirecto (Ore, 1999). Gonzáles Gómez Mendoza, sostiene que el testigo es una persona natural sin impedimento natural ni legal, citada o concurrente de mutuo propio, distante de la persona del imputado o del agraviado (Angulo, 2007).

El testigo no ha participado en el delito, sino conoce algún hecho generado antes, durante y después del delito. En algunos casos se permite que el testigo pueda ser también el agraviado. En la figura jurídica del artículo 96 del Código Procesal Penal se fundan dos posiciones el de actor civil y el de testigo: “La intervención del agraviado como actor civil no lo exime del deber de declarar como testigo en las actuaciones de la investigación y del juicio oral”. En ese caso parece que queda claro el derecho a la defensa, por cuanto la declaración testimonial puede poner en peligro su pretensión de actor civil. En el artículo 143 del Código Procesal Penal se aprecian que existe igualdad normativa para recepcionar las declaraciones testimoniales y la declaración del agraviado. “La declaración preventiva de la parte agraviada es facultativa, salvo mandato del Juez, o solicitud del Ministerio Público o del encausado, caso en el cual será examinada en la misma forma que los testigos.” Similar normativa encontramos en el artículo 171 inciso 5 del Código Procesal Penal. “Para la declaración del agraviado, rigen las mismas reglas prescritas para los testigos.”

Podemos ver que el testigo según las circunstancias, puede tener intereses en calidad de agraviado. Pero a su vez también puede convertirse en inculpado, si nos atenemos al artículo 118 inciso 1 del CPP: “Cuando se requiera juramento, se recibirá según las creencias de quien lo hace, después de instruirlo sobre la sanción que se haría acreedor por la comisión del delito contra la Administración de Justicia. El declarante prometerá decir la verdad en todo cuanto sepa y se le pregunte.”

1.1.18. Los derechos humanos

Los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Todos tenemos los mismos derechos humanos, sin discriminación alguna. Estos derechos son interrelacionados, interdependientes e indivisibles.

Los derechos humanos universales están a menudo contemplados en la ley y garantizados por ella, a través de los tratados, el derecho internacional consuetudinario, los principios generales y otras fuentes del derecho internacional. El derecho internacional de los derechos humanos establece las obligaciones que tienen los gobiernos de tomar medidas en determinadas situaciones, o de abstenerse de actuar de determinada forma en otras, a fin de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de los individuos o grupos.

El principio de la universalidad de los derechos humanos es la piedra angular del derecho internacional de los derechos humanos. Este principio, tal como se destacara inicialmente en la Declaración Universal de Derechos Humanos, se ha reiterado en numerosos convenios, declaraciones y resoluciones internacionales de derechos humanos. En la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993, por ejemplo, se dispuso que todos los Estados tenían el deber, independientemente de sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Los derechos humanos incluyen tanto derechos como obligaciones. Los Estados asumen las obligaciones y los deberes, en virtud del derecho internacional, de respetar, proteger y realizar los derechos humanos. La obligación de respetarlos significa que los Estados deben abstenerse de interferir en el disfrute de los derechos humanos, o de limitarlos. La obligación de protegerlos exige que los Estados impidan los abusos de los derechos humanos contra individuos y grupos. La obligación de realizarlos significa que los Estados deben adoptar medidas positivas para facilitar el disfrute de los derechos

humanos básicos. En el plano individual, así como debemos hacer respetar nuestros derechos humanos, también debemos respetar los derechos humanos de los demás.

1.1.19. Los derechos fundamentales

Es el conjunto de derechos subjetivos y garantías reconocidos en la Constitución como propios de las personas y que tienen como finalidad prioritaria garantizar la dignidad de la persona, la libertad, la igualdad, la participación política y social, el pluralismo o cualquier otro aspecto fundamental que afecte al desarrollo integral de la persona en una comunidad de hombres libres. Tales derechos no sólo vinculan a los poderes públicos que deben respetarlos y garantizar su ejercicio estando su quebrantamiento protegido jurisdiccionalmente, sino que también constituyen el fundamento sustantivo del orden político y jurídico de la comunidad.

Los derechos fundamentales son derechos humanos positivizados en un ordenamiento jurídico concreto. Es decir, son los derechos humanos concretados espacial y temporalmente en un Estado concreto. La terminología de los derechos humanos se utiliza en el ámbito internacional porque lo que están expresando es la voluntad planetaria de las declaraciones internacionales, la declaración universal de los derechos humanos frente al derecho fundamental.

1.1.20. Carácter irrestricto de los derechos fundamentales

Interesa destacar que ya sabemos que los derechos fundamentales tienen una dimensión subjetiva y son derechos de los individuos, pero además tienen otra dimensión que es la llamada política o social de los derechos fundamentales. Estas dos dimensiones las puso en evidencia el Tribunal Constitucional “en primer lugar los derechos fundamentales son derechos subjetivos, pero al propio tiempo son elementos esenciales del ordenamiento jurídico de la comunidad nacional”. Se está diciendo que el derecho fundamental por una parte es un derecho inigual, un derecho reaccional, que nos permite reaccionar, pero aparte de esta función, el derecho fundamental además es un elemento estructurador de la forma de Estado y de la forma de sociedad. Los derechos fundamentales son desde esta perspectiva, el canon desde el cual nosotros determinamos si el poder es legítimo o

ilegítimo. Los derechos fundamentales son una forma también de controlar la actuación de los poderes públicos.

El reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona, en el Orden Jurídico Nacional 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 la emanan todos y cada y 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, por ello que adopta su carácter de irrestricto para el cumplimiento de de tales derechos.

1.1.21. Los derechos constitucionales

Los derechos constitucionales son aquellos incluidos en la norma constitutiva y organizativa de un estado generalmente denominada constitución que se consideran como esenciales en el sistema político están especialmente vinculados a la dignidad humana. Es decir, son aquellos derechos que dentro del ordenamiento jurídico disfrutan de un estatus especial en cuanto a garantías (de tutela y reforma). Es conocido el planteamiento filosófico-antropológico de que donde nace una necesidad surge un derecho; este planteamiento tan lógico aparece por primera vez en "La República" de Platón. Los derechos constitucionales se clasifican en derechos fundamentales o de primera generación, Derechos económicos, sociales y culturales o de segunda generación, y derechos a un medio ambiente sano o de tercera generación.

1.1.22. Los derechos fundamentales que inspiran el proceso penal

El Derecho Procesal Penal debe entenderse como la forma de reflejarse, de manera especial, el derecho adjetivo en la rama penal. Consecuencialmente, aparece formalmente contenido en las normas a las que deben someterse los jueces y las partes que intervienen en los procedimientos penales con la finalidad de esclarecer los hechos punibles sometidos a juicio.

El Derecho Procesal Penal, no es más que eso, la rama de la legislación adjetiva que crea el modo de averiguar o comprobar los hechos delictuosos, de descubrir sus autores y oír a éstos en juicio contencioso, a fin de que pueda dictarse en definitiva el fallo condenatorio o absolutorio que se corresponda con la verdad procesal demostrada en autos.

En este orden de ideas, el proceso penal representa la forma normativizada, socialmente admitida del Derecho Procesal Penal. Tales normas, por estar íntimamente ligadas a la persona humana, aparecen profundamente vinculadas a la Constitución Política de cada Estado, siendo en los pueblos libres donde dicho proceso adquiere mayor plenitud, al hacerse público y contradictorio, es decir que permite al acusado rechazar las imputaciones que se hicieren en su contra y probar su inocencia durante el debate probatorio.

Con el desarrollo histórico de los derechos humanos y fundamentalmente a raíz de la Declaración Universal de éstos por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, el reconocimiento de tales derechos por todas las naciones de la tierra se aceleró en forma no experimentada anteriormente y proporcionó a los pueblos un argumento fundamental, de carácter concreto, para que en el ámbito jurídico éstos derechos penetrasen de manera profunda en el ámbito social y político del de las naciones, al asumir los pueblos los principios filosóficos y axiológicos de los derechos humanos para exigir su incorporación a todas las instituciones donde se requiera el respeto al fundamento ético de estos derechos, es decir el respeto a la dignidad humana.

1.1.23. Derechos fundamentales del imputado frente al proceso penal

Una perspectiva desde la cual podemos abordar este tema, y que es desde luego la que más nos interesa para dicho propósito, es mediante el análisis de la estructura del proceso penal y su evaluación en cuanto a si las normas legales que lo rigen, se adecuan al "respeto de las normas y principios de los derechos humanos por medio de un análisis fundamentalmente dogmático" (Riego, 1994).

Dicha adecuación a las normas y principios sobre derechos fundamentales debe considerarse no solo para satisfacer el requerimiento de respeto de los derechos de quien interviene en el proceso penal como imputado de la comisión de un delito, como en cuanto a los que acuden a él en calidad de víctimas de los mismos delitos.

Sabemos que desde la finalización de la Segunda Guerra Mundial y motivado por los horrores que en dicho conflicto universal se vivieron, es que se ha venido apreciando el desarrollo de una disciplina de enorme trascendencia para el respeto y protección de la persona y su dignidad, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En efecto, desde las primeras reacciones producidas al término de esa conflagración mundial, encaminadas a tan relevantes propósitos, en especial a contar de la Declaración Universal emanada de las Naciones Unidas se ha venido produciendo un amplio proceso de creación y aceptación de normas internacionales destinadas a establecer y resguardar derechos a favor de las, personas, cuya protección ha dejado de ser considerada un asunto interno de cada Estado, para pasar a constituirse en objeto de las relaciones internacionales y del Derecho Internacional.

Es, a través de diversas convenciones internacionales que los Estados han reconocido los más fundamentales de estos derechos que pertenecen en forma inalienable a la persona humana, han contraído la obligación de respetarlos y garantizarlos estableciendo mecanismos de protección (Benadava, 1999). Estas convenciones crean obligaciones jurídicas entre los Estados que son parte en ellas, e incluso otorgando a los individuos o grupos cuyos derechos humanos han sido infringidos ciertos recursos ante instancias internacionales para tratar de poner fin a la infracción de que son víctimas.

Los derechos fundamentales que, por respeto a la dignidad del ser humano han sido proclamados en la Declaración de Derechos Humanos y en otros convenios o pactos internacionales, requieren para su efectiva realización de un sistema de enjuiciamiento criminal que armonice las exigencias de la justicia penal con el respeto efectivo de las garantías de las personas cuyos derechos se ven afectados por el procedimiento penal. La Justicia Penal es un instrumento de poder en manos del Estado y puede afectar los derechos de las personas, sean culpables o inocentes pudiendo constituirse, incorrectamente empleada en un instrumento de violencia que desde luego requiere de mecanismos de control que puedan ser eficaces para atender, en opinión de Wolfgang Schone "con cuidado y equilibrio a la siguiente paradoja: que el ciudadano tiene que ser protegido por y contra *el derecho* penal" (Wolfgang, 1994).

Las exigencias de la actual Reforma Procesal Penal para que ella cumpla los objetivos fundamentales que la justifican plenamente y la hacen imprescindible, se materializan, desde nuestro punto de vista en exigencias de carácter constitucional, desde el momento que estimamos que el proceso penal vigente no responde adecuadamente a los principios y a los preceptos constitucionales ni a las normas contenidas en los pactos internacionales sobre derechos humanos vigentes en nuestro país.

La administración de justicia penal no solo demanda de protección frente a la inseguridad ciudadana por el aumento de la criminalidad que requiere de soluciones que, por lo general, se traducen en la aplicación de políticas autoritarias que incrementan el aparato represivo estatal conduciéndonos a un Estado policial, sino que también se demanda protección de parte de los ciudadanos ante los abusos del poder. "La justicia penal que hoy tiene América Latina -en opinión de Alberto Binder- no está en condiciones de protegernos del Estado policial", pues cada vez se va tomando más conciencia de "que la propia administración de justicia y en particular la justicia penal es una institución que ella misma viola permanentemente los derechos fundamentales de las personas."

Porque, agrega Binder, en la situación actual es posible observar que se encierra a las personas en las cárceles sin verdaderos juicios, pues la tramitación de un expediente "*no es un juicio*", además que las decisiones las toman por lo general los empleados judiciales y no los jueces, que no existe una verdadera defensa del imputado, que los

procesos demoran enormemente, que no existe publicidad, que no se respetan los derechos de las víctimas y se vulneran "directa y permanentemente las garantías fundamentales previstas en los pactos de derechos humanos".

El problema planteado de la insuficiencia normativa que posibilita, en mayor o menor grado, el desconocimiento de los derechos fundamentales de los imputados se apreció abiertamente y con lamentables resultados en el período siguiente al 11 de septiembre de 1973, en que la reacción de los tribunales de Justicia ante las violaciones a los derechos humanos fue insuficiente para prevenir o reprimir dichas violaciones.

Se requiere adquirir una elevada conciencia en cuanto a la importancia del problema que se ha planteado, puesto que el proceso penal incide notablemente en los niveles de seguridad ciudadana, objetiva y subjetivamente hablando, y en el sistema que al respecto se estructura inciden cuestiones vitales referentes a la legitimidad del Estado y de su aparato punitivo frente a procedimientos que por su propia naturaleza involucran los derechos fundamentales de las personas, quienes pueden enfrentar consecuencias que afecten a aspectos tan importantes como la libertad personal, la propiedad o incluso la vida. La doble cara de la "protección" que la sociedad exige al proceso penal, según lo vimos de acuerdo a Binder, nos lleva a la conclusión de que la sociedad por una parte demanda a la justicia penal que dé protección a las personas frente a los ataques que sufren sus bienes jurídicos y, por otra, la sociedad también exige protección frente a los excesos del propio proceso penal. Ello es así pues en nuestra realidad es el propio sistema de enjuiciamiento criminal el que resulta atentatorio para los derechos de las personas, especialmente si los consideramos estos bajo el prisma del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Frente a una realidad empíricamente estudiada y analizada Correa y Barros (1993), nos planteamos la interrogante de ¿cómo y en qué medida el sistema procesal actualmente vigente en nuestro país afecta los derechos fundamentales de las personas?. Además, cabe preguntarnos si frente a las evidentes limitaciones que presenta nuestra realidad en el campo de la justicia criminal, ¿tienen alguna justificación dichas restricciones especialmente si las examinamos no solo a la luz de nuestras normas fundamentales sino que también frente a las contenidas en los tratados internacionales sobre la materia y que

actualmente constituyen una normativa vigente en nuestro país?. Estas son las reflexiones más importantes que constituyen el meollo del tema, el mismo que pretende hacer conciencia respecto de la necesidad no solo de contar con una reforma puramente "procesalista" que lleve a la realidad cambios efectuados al interior del proceso penal, sino que las transformaciones en estudio afecten positivamente dicho procedimiento desde el punto de vista de las garantías del debido proceso y la protección de los derechos de los intervinientes en el mismo, sin perder de vista, desde luego, el que con ello se logre la satisfacción de la justicia.

1.1.24. Sistema procesal penal

Establecer un concepto de sistema procesal que nos sea útil para el desarrollo del presente trabajo, implica establecer previamente una concepción de Estado, esto se explica debido a que esta última entidad ejerce determinante influencia en la constitución y el desarrollo de un determinado sistema procesal, siendo además que cada Estado alberga o acoge el sistema procesal que vaya acorde con sus principios y bases constitucionales.

Partiendo de esta premisa, es preciso ahora decir, que la concepción de Estado que aquí se propone se sustenta en un presupuesto fundamental, la "dignidad", que corresponde de manera intrínseca a todo ser humano. Esto nos lleva a establecer que el Estado y el derecho positivo únicamente tienen sentido en tanto y en cuanto sean medios a disposición del hombre, guiados por la "dignidad" que a éste le corresponde, para la consecución de su autorrealización individual y colectiva. Más aún, si entendemos como Vásquez Rossi que el Derecho es una creación humana, un producto cultural que encontramos presente en distintas épocas y pueblos y que ha ido modificando sus características en relación a las circunstancias históricas (Vasquez, 2004).

Siendo así, el Estado en tanto medio que procura la autorrealización del hombre, ha de orientar sus actividades en función de *la dignidad humana*, y por ello también ha de tutelar el interés general en relación de aquella. Entendido esto, se reconoce en el Estado, el derecho y el deber de sancionar determinadas conductas de acción u omisión que son punibles y cuyo ámbito de estudio y aplicación corresponde al derecho penal; en tanto,

son deberes del Estado averiguar y establecer la responsabilidad de dichas conductas, entendiendo esto último como ámbito del derecho procesal penal. Es así que, tanto el derecho y el deber asignado al Estado, forman parte del derecho en general y como tal también de los medios de control social que buscan pues orientar y sancionar comportamientos individuales en razón de determinados intereses y valoraciones de interés general encaminados a restablecer el orden social.

En el párrafo anterior se expresa la relación existente entre el derecho penal y el Derecho Procesal Penal, y se puede apreciar que, mientras el primero se muestra eminentemente autoritario -y de hecho es muchas veces considerado así-, el Derecho Procesal Penal, es en cambio de carácter garantista; no obstante, ello, ambos se corresponden en una determinada política criminal. Así pues, Binder sostiene que "el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal son co-responsables de la política criminal y ejes estructurados de lo que se denomina Sistema Penal o Sistema de Justicia Penal (Binder, 1993).

Por otro lado, se establece con respecto a este sistema, el carácter de estructurado, correspondiente a una determinada política criminal, por cuanto es fundamental determinar, que "el fin del derecho procesal penal es la actuación del derecho penal mediante la declaración de existente o inexistente de la relación jurídica entre delito y deber de persecución", del mismo modo Montero Aroca, sostiene que "el Derecho Penal se actúa única y exclusivamente por los tribunales y precisamente por medio del proceso".

Partiendo de ello, podemos establecer que tanto el derecho penal como el derecho procesal penal pertenecen a un mismo sistema, denominado sistema penal o sistema de justicia penal, pero con finalidades distintas mas no contrapuestas. Ahora nos corresponde dilucidar: ¿Qué entendemos por "Sistema"? Ludwig Von Bertalanffy Von Bertalanffy (1976), en 1968, introduce como nuevo paradigma su "Teoría General de los Sistemas", en dicha obra sostiene que: "existen modelos, principios y leyes aplicables a sistemas generalizados o a sus subclases, sin importar su particular género, la naturaleza de sus elementos, componentes y las relaciones o fuerzas que imperen entre ellos principios universales aplicables a los sistemas en general. Un sistema puede ser definido como un complejo de elementos interactuantes. Estos componentes de un todo,

interactúan constantemente entre sí y, sin duda, influyen en los otros, así como estos últimos influyen en los primeros, modificando los productos parciales y, en consecuencia, el producto final de todo el proceso".

El planteamiento de este autor en lo referente al sistema de justicia penal, específicamente, al sistema procesal, nos presenta a los diferentes sujetos que concurren y se interrelacionan para contribuir en el desarrollo de determinados fines, los que son la búsqueda e impartición de justicia, restablecer el orden social, la paz social, etc. De tal manera que, dotando de eficacia y eficiencia al proceso, se lograría el producto final esperado.

Pero, por otra parte, Von Bertalanffy (1976), sostiene que: "Al menos parte de la dificultad queda expresada en el hecho de que las ciencias sociales se ocupen de sistemas "socioculturales". Los grupos humanos, desde los más reducidos -amistades personales- hasta los máximos -naciones y civilizaciones-, no son nada más fruto de "fuerzas sociales presentes, aunque sea en forma primitiva, en organismos sub-humanos; son parte de un universo creado por el hombre y que se llama cultura".

Por tanto, debemos entender por sistema procesal al evento cambiante a través de la historia, en el cual se han ido perfilando diversos sistemas procesales con rasgos diferenciados, ya que es un objeto cultural y como tal creado por el hombre, que obedece a sus formas de organización política y social; además, aun cuando esto no siempre fue así, han de estar orientadas en pro del ser humano y de su dignidad. Así, Maier sostiene que, "el hombre a medida que establece formas de convivencia comunitarias y, por ello, el contenido de sus reglas es contingente, como lo son también las formas de organización social que se suceden, en busca de una más perfecta convivencia pacífica, y los cambios sociales que se producen a medida que se transforman las condiciones demográficas y de ejercicio del poder en una comunidad; también el mayor conocimiento empírico sobre las relaciones humanas, de lo cual se ocupan varias ciencias en la actualidad, influyen en los cambios de contenido del orden jurídico" (Maier, 1989).

La idea de sistema procesal se infiere de manera doble a la característica de conjunto ordenado inherente al concepto de proceso y a los diferentes métodos o formas en que ese conjunto se dispone, componiendo una especie de modelo organizativo". La categoría de sistema procesal lleva a establecer conceptualmente la existencia de un número de rasgos determinantes, que, si bien son extraídos empíricamente de modos históricos de enjuiciamiento, se convierten en una reconstrucción conceptual, en una elaboración o paradigma teórico que, a su vez, constituye una herramienta para interpretar y valorar los métodos reales.

Entonces, un sistema procesal, dotado de características determinadas por su momento histórico, social y fundamentalmente político, tendrá rasgos determinantes que lo diferencien de otro; es así en palabras de San Martín Castro, "en el marco de la represión de los delitos, la influencia del tiempo ha sido más sensible a las evoluciones de cada momento histórico, en atención a la gama de preocupaciones jurídicas, ciudadanas y políticas. Históricamente se han dado tres grandes sistemas procesales penales que han determinado la configuración externa del proceso penal". Se trata de los sistemas acusatorio y mixto, que se suceden en aparición y responden a criterios dispares (San Martín, 2006).

1.1.25. Modelo procesal penal acusatorio

Para entender el sistema acusatorio debemos tener en cuenta, aunque sea muy someramente, su origen histórico y respecto de ello podemos decir que es el primero en aparecer en la historia. Nace en Grecia, de donde se extendió a Roma y sus orígenes se vinculan con una concepción Democrática, tan es así que fue adoptado por los antiguos regímenes democráticos y republicanos y prevaleció hasta el siglo XIII, cuando fue sustituido por el sistema inquisitivo. La denominación de Sistema Acusatorio toma ese nombre porque en él ubicamos de manera latente el Principio Acusatorio (Muñoz, 2004). El Principio Acusatorio implica la repartición de tareas en el proceso penal puesto que el juzgamiento y la acusación recaen en diferentes sujetos procesales es por eso que el Juez no puede efectuar investigaciones por cuenta propia ni siquiera cuando se cometa un delito durante el juicio entendiéndose delante de él, en este caso deberá comunicarlo al fiscal de turno; sin embargo, el Sistema Acusatorio no solo implica la separación de

funciones entre juzgador, acusador y defensor sino también que trae consigo otras exigencias fundamentales tales como que necesariamente deben existir indicios suficientes de que un individuo haya cometido un hecho constitutivo de delito y no solo meras sospechas para poder realizar una imputación o iniciar un proceso afectando de esta manera la dignidad del sujeto imputado. Del mismo modo también se establece que debe haber igualdad de armas antes y durante todo el proceso, pues el derecho de defensa que tiene el imputado es una derivación del principio de presunción de inocencia “e *in dubio pro reo*” reconocido como un derecho fundamental (Montero, 1994); otra exigencia es que el imputado no tiene el deber de ofrecer prueba en su contra sino que la carga de la prueba le corresponde al Fiscal como titular de la acción penal; así mismo también otra exigencia fundamental es que sin acusación no hay posibilidad de llevar a cabo juzgamiento alguno sobre la base del principio “*nemo iudex sine actore*” es decir sin acusación externa no puede iniciarse un proceso. Otra de las exigencias en este sistema es la evidente correlación que debe existir entre acusación y sentencia y solo cuando el fiscal o el querellante pida la ampliación de acusación al Juez, el órgano jurisdiccional podrá sancionar al imputado por hechos no contemplados en la acusación inicial pues la acusación debe contener todos los puntos o delitos que se atribuyen al imputado para no sorprender a la defensa y se respete el derecho de defensa que tiene el imputado y limitar su competencia fáctica a los hechos objeto del proceso. Además en este sistema se encuentra vigente también la exigencia de la interdicción de “*reformatio in peius*” que se debe seguir como garantía del imputado recurrente; esta prohibición implica analizar el derecho a recurrir el fallo ante un tribunal superior que se produce cuando la condición jurídica del recurrente resulta empeorada a consecuencia exclusivamente de su recurso, si el imputado recurre en forma exclusiva a un tribunal “*A Quem*”, a fin de mejorar su situación jurídica, el tribunal por este merito no podrá agravar su situación, en la medida que este debe sujetarse a la pretensión de las partes. Situación distinta acontece cuando el acusador público impugna también la sentencia, a fin de que se agrave la pena en este caso el tribunal hace suya la pretensión punitiva del agente fiscal y no se produce vulneración alguna a este principio general del derecho procesal. Asimismo, San Martín Castro señala que las características de un sistema acusatorio son:

- El proceso se pone en marcha cuando un particular formula la acusación. El juez no

procede de oficio.

- La acusación privada determina los ámbitos objetivo y subjetivo del proceso, es decir el hecho punible y la persona que se va a procesar.
- Rige el brocado *iuxta alegata et probata* es decir el juez no investiga hechos ni practica pruebas no ofrecidas por las partes.
- El juez no puede condenar ni a persona distinta de la acusada ni por hechos distintos de los imputados. Es el principio de inmutabilidad de la imputación.
- El proceso se desarrolla conforme a los principios de contradicción e igualdad, permaneciendo el acusado en libertad.

En los últimos tiempos, la mayor parte de los principios y reglas conformadoras del órgano jurisdiccional y del proceso penal han pretendido centrarse en el principio acusatorio que establece un juicio oral público y contradictorio como etapa central del procedimiento. Así, Montero Aroca señala que la distinción juez instructor y juez decidor se deriva de la incompatibilidad de funciones y no guarda relación alguna con la pretendida imparcialidad objetiva del juez, así pues el que el juez haya instruido no supone que el mismo tenga interés en que la sentencia se dicte en un determinado sentido, el instruir no afecta la parcialidad sino que comporta la realización de dos actividades incompatibles atendiendo a la forma regular del proceso es decir en la práctica misma. Otra de las reglas es que el juez no puede acusar, la distinción entre parte acusadora y juez no es algo propio de una clase proceso, sino que atiende a la esencia misma del proceso y esto se manifiesta en que no puede haber proceso si no hay acusación y esta ha de ser formulada por persona distinta de quien va a juzgar. En ese sentido, Montero Aroca señala que no puede confundirse esta regla de que no hay proceso sin acusación, con el que no puede haber condena sin acusación pues son cosas diferentes, pues aun cuando el juez en el proceso se percate de la existencia de otros delitos no los podrá condenar y solo se podrá basar en el objeto del proceso, pues no puede condenarse ni por hechos distintos de los acusados ni a persona distintas de los acusados. Pues contrario al sistema acusatorio al sostener que en la calificación jurídica la acusación vincula al juzgador, se está diciendo algo tan absurdo como que el proceso penal rige el principio “*Iura Novit Curia*”.

1.1.26. Actividad coercitiva en el proceso penal

Si bien las medidas cautelares son consideradas medidas que tienden a asegurar los fines del proceso, en materia penal, dichas medidas toman el nombre de coerción procesal, en razón que por dichas medidas se emplea la fuerza pública para lograr garantizar los fines del proceso penal. Las medidas de coerción procesal penal son el ejercicio de violencia estatal formalizada, dirigida a la restricción de las libertades y derechos de la persona humana del imputado. Su aplicación está regida por principios de jerarquía constitucional, y básicamente por el principio de excepcionalidad de la detención.

Las medidas de coerción no sólo tienen por finalidad asegurar el cumplimiento de una futura pena y la efectiva concurrencia del sujeto al juicio, sino que, además tienden a facilitar la actuación probatoria. De manera general, la actividad coercitiva para que se pueda aplicar, debe tener los siguientes requisitos:

- a) **El *fumus bonis iuris*:** Consiste en un juicio de probabilidad respecto de la responsabilidad del sujeto al que se le pretende aplicar la medida (en el aspecto referido a la pretensión punitiva), sobre su responsabilidad civil (en el caso de la pretensión resarcitoria) o sobre el hecho de que se pueda asegurar un medio probatorio de importancia para el proceso (en el caso de terceros no vinculados a la pretensión punitiva ni civil).
- b) **El *periculum in mora*:** Es el peligro real que se cierne sobre la pretensión, y que de esperar la conclusión del proceso, corre el riesgo de hacerse imposible o inejecutable, por lo que debe el proceso garantizar dicho fin. Es considerada la justificación última de la imposición de la medida coercitiva. Dada su alta sensibilidad para con los derechos fundamentales, las medidas coercitivas deben ser aplicadas conforme los siguientes criterios:
 - **Instrumentalidad:** Las medidas de coerción no constituyen un fin en sí mismas, no se aplican por tengan un valor propio, sino que se encuentran vinculadas necesariamente a los fines que debe alcanzar el proceso. Constituyen instrumentos para asegurar el éxito de los fines del proceso.

- **Provisionalidad:** Las medidas de coerción son siempre provisionales. Como máximo han de durar el tiempo en que permanezca pendiente el proceso principal. Durante el proceso pueden modificarse conforme a la intensidad del peligro procesal.
- **Homogeneidad:** Las medidas coercitivas poseen un contenido homogéneo, aunque no idéntico, según sea la naturaleza de la sanción o acto procesal cuyo cumplimiento se quiere asegurar.
- **Subsidiariedad:** La aplicación de las medidas coercitivas deben seguir un orden de prelación, desde el que comporte la menor coerción hasta el que se configure como la mayor coerción. Las medidas de coerción se clasifican en: medidas coercitivas personales (detención), reales (embargo) y accesorias (allanamiento, secuestro, etc.).
- **La Detención:** Es la medida coercitiva excepcional, por la cual se dispone el encarcelamiento del procesado, en razón de que además que se cumplen los requisitos formales para su procedencia (art. 135), resulta necesaria para afrontar un grave peligro procesal que no ha sido posible neutralizar con otra medida de coerción menos grave. En la actualidad existen 2 clases de detención judicial: la primera es la que se dicta dentro del proceso penal, con el auto de apertura; la segunda, la que se dicta durante la investigación preliminar a solicitud del MP en los delitos de corrupción de funcionarios.
- **Detención preliminar:** Conforme lo previsto en el art. 2 de la Ley 27379, en casos de estricta necesidad y urgencia, el MP solicitará al JP la detención preliminar del investigado por algún delito previsto en el art. 1 de la Ley 27379, siempre que existan pruebas suficientes del delito y que la persona presente peligro de fuga o de entorpecimiento probatorio.
- **Detención judicial:** Es la que se dicta conforme al art. 135 del CPP de 1991, y requiere de 3 elementos concurrentes: suficiencia probatoria del delito y la responsabilidad del imputado; que la pena a imponer supere los dos años de pena privativa de libertad; y, que exista peligro procesal.

- **La comparecencia:** Es la medida coercitiva que garantiza al imputado afrontar su proceso penal en libertad (fuera del encierro), y puede ser comparecencia simple o comparecencia con restricciones.
- **Comparecencia simple:** impone la obligación al imputado de comparecer al Juzgado cada vez que sea citado.
- **Comparecencia con restricciones:** Además del deber de comparecencia, se impone al imputado otras obligaciones, las que se detallan en el art. 143 del CPP.
- **El embargo:** Es la más representativa de las medidas de coerción real. Tiene por finalidad, garantizar la efectiva ejecución de la reparación civil. También se puede aplicar para garantizar la pena de multa. También se puede aplicar para garantizar la ejecución de las consecuencias accesorias. También tienen aplicación para la actuación probatoria. Se pueden aplicar al imputado, a terceros e incluso a personas jurídicas. Se trata de una medida coercitiva que se encuentra destinada a asegurar el pago de la reparación civil que se fije en la sentencia. Puede ser dispuesta de oficio o a pedido de parte.
- **El secuestro y la incautación:** Esta medida coercitiva presenta una doble operatividad, puede ordenarse para asegurar el pago de la pena de multa o para asegurar el decomiso o pérdida de los efectos provenientes del delito (previstos en el art. 102 del C.P.) o puede emplearse para el aseguramiento de elementos de prueba, como cuando se ordena con respecto de las comunicaciones.
- **Medidas contra cautelares:** Conocidas también como las medidas que dejan sin efecto el mandato de detención. Sinónimo de libertad provisional. En realidad, este término es extraño al proceso penal, pues éste no puede dejar de aplicar coerción en ningún caso, y más bien, son medidas sustitutivas de coerción. Por ejemplo, frente a la detención judicial, podría considerarse "medida contra cautelar", toda medida que deja sin efecto dicha detención, logrando el imputado recuperar su libertad. La detención judicial puede quedar sin efecto, por las siguientes medidas:

1.1.26.1. Definición jurisprudencial de la detención

Según el Tribunal Constitucional español, "Debe considerarse como detención cualquier situación en que la persona se vea impedida u obstaculizada para autodeterminar, por obra de su voluntad, una conducta lícita, de suerte que la detención no es una decisión que se adopte en el curso de un procedimiento, sino una pura situación fáctica, sin que puedan encontrarse zonas intermedias entre detención y libertad y que siendo admisible teóricamente la detención pueda producirse en el curso de una situación voluntariamente iniciada por la persona." (STC 98/1986).

Para el Tribunal Constitucional español, la adopción de la medida de detención judicial, deberá realizarse de acuerdo a la siguiente doctrina:

- a) La finalidad esencial de la prisión provisional no puede ser otra que la de garantizar la presencia del inculpado en el acto del juicio oral, puesto que la prueba ha de surgir bajo la vigencia de los principios inherentes al proceso penal de inmediación, contradicción, oralidad, defensa, de tal manera que, si el acusado no está presente, el juicio no se puede celebrar, salvo supuestos muy excepcionales, que no son del caso, con grave daño de la justicia.
- b) La resolución que decreta una prisión provisional ha de estar suficientemente motivada, tomando en consideración la trascendencia de la decisión en virtud de la cual se priva de libertad a una persona. Esta motivación, de acuerdo con la doctrina de este Tribunal (SSTC 56/1987, 128/1995 y 37/1996), ha de incidir especialmente en el examen ponderado de los valores igualmente importantes, en principio, de la libertad, como valor supremo de la persona y las exigencias legítimas de la justicia.
- c) En orden a las diferentes situaciones que se dan según el momento en que la prisión provisional se acuerda, en función del peligro de fuga, hay que señalar que aun siendo cierto que a medida que pasa el tiempo aquel peligro puede disminuir, no siempre sucederá de esta manera, de tal forma que, si

el delito imputado es muy grave, puede justificarse la permanencia de la prisión provisional acordada.

- d) Detención ilegal por exceso de plazo. No sólo es ilegal la detención ordenada sin la observancia de los requisitos legales, sino también "las detenciones que, ajustándose originariamente a la legalidad, se mantienen o prolongan ilegalmente o tienen lugar en condiciones ilegales". Deviene en ilegal una detención, cuando ésta excede el plazo superior al señalado en las Leyes, sin poner al detenido transcurrido el mismo, en libertad o a disposición del Juez.

La "ilegalidad" de la detención ha de entenderse referida fundamentalmente a la inexistencia de supuestos que la justifican, a la prolongación de su status más allá de ese máximo tiempo permitido, sin la puesta a disposición de la autoridad judicial correspondiente, con la advertencia, respecto a lo primero, que ha de ser entendido con criterios de racionalidad y ponderación, sin tratar de llevar a este estadio preliminar y antijudicial, el rigor y técnica enjuiciadora de los hechos que el Juez o Tribunal pondrá a contribución al término del procedimiento, con vista al bagaje probatorio de que se disponga.

Según el principio de presunción de inocencia, no se puede tratar al imputado como culpable, lo que implica que no se le puede aplicar ninguna medida que tenga el carácter de pena anticipada, pues de ser ello así, se violaría la Constitución que recoge este principio procesal. En consecuencia, el mandato contenido en el art. 330 del Código de Procedimientos Penales se trataría de una detención judicial, por consiguiente, debe estar igualmente limitada en el tiempo, a fin de evitar detenciones prolongadas, injustas e indebidas.

- e) Juez imparcial y las medidas coercitivas. Respecto de la alegada vulneración del derecho a un Juez imparcial, considera la representación del recurrente, en esencia, que la decisión relativa a la prisión provisional,

al afectar directamente al derecho a la libertad personal, debe ser adoptada por un Juez plenamente imparcial.

Ciertamente, entre las garantías constitucionales se encuentra, el derecho a un Juez imparcial, que constituye sin duda una garantía fundamental de la Administración de Justicia en un Estado de Derecho.

- f) La motivación de las medidas coercitivas. Otra de las garantías importantes en cuanto se refiere a las medidas coercitivas es la fundamentación del mandato que las ordena. Al respecto, debe señalarse que al ser la detención una medida limitativa del derecho fundamental a la libertad personal debe controlarse su razonabilidad, y de esa manera, excluirse todo signo de arbitrariedad.

Según la doctrina jurisprudencial, la motivación de las resoluciones judiciales limitativas de derechos fundamentales es una exigencia formal del principio de proporcionalidad y persigue, como fin, hacer posible el debate y comprobación de la legalidad y racionalidad de la restricción acordada. Para ello, el órgano judicial, en la resolución que adopte, debe efectuar necesariamente el juicio de ponderación entre el derecho o derechos fundamentales afectados y los intereses que tal afectación trata de proteger. Si los órganos judiciales no motivan dichas resoluciones judiciales, infringen ya, por esta sola causa, los derechos fundamentales.

Por ello, la motivación del acto limitativo, en el doble sentido de expresión del fundamento de Derecho en que se basa la decisión y del razonamiento seguido para llegar a la misma, es un requisito indispensable del acto de limitación del derecho.

La detención judicial se sitúa entre el deber estatal de perseguir eficazmente el delito y el deber estatal de asegurar el ámbito de libertad del ciudadano y por tratarse de una institución cuyo contenido material coincide con el de las penas privativas de libertad, pero que recae sobre ciudadanos que gozan de la presunción de inocencia, su configuración y aplicación como medida

cautelar ha de partir de la existencia de indicios racionales de la comisión de una acción delictiva, ha de perseguir un fin constitucionalmente legítimo que responda a la necesidad de conjurar ciertos riesgos relevantes para el proceso que parten del imputado, y en su adopción y mantenimiento ha de ser concebida como una medida excepcional, subsidiaria, necesaria y proporcionada a la consecución de dichos fines.

El Tribunal Constitucional, en su tarea de protección del derecho fundamental a la libertad, tan sólo le corresponde supervisar la existencia de motivación suficiente -en el doble sentido de resolución fundada y razonada, a la que ya nos hemos referido- y su razonabilidad, entendiendo por tal que al adoptar y mantener esta medida se haya ponderado la concurrencia de todos los extremos que justifican su adopción y que esta ponderación o, si se quiere, que esta subsunción, no sea arbitraria, en el sentido de que sea acorde con las pautas del normal razonamiento lógico y, muy especialmente, con los fines que justifican la institución de la prisión provisional. No corresponde, pues, al Tribunal Constitucional determinar en cada caso si concurren o no las circunstancias que permiten la adopción o el mantenimiento de la prisión provisional, sino únicamente el control externo de que esa adopción o mantenimiento se ha acordado de forma fundada, razonada, completa y acorde con los fines de la institución.

- g) La detención judicial y la Alarma social. No se puede justificar la adopción de un mandato de detención en la alarma social producida por el delito que se le imputa al procesado, pues la genérica alarma social presuntamente ocasionada por un delito constituye el contenido de un fin exclusivo de la pena (STC 98/1997). En el mismo sentido, Ore Guardia señala que las medidas cautelares se diferencian claramente de las penas y de las medidas de seguridad por cuanto no tienen función preventiva, protectora y resocializadora, ni mucho menos persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación, sino que están orientadas a asegurar el cumplimiento de los fines del proceso.

- h) Naturaleza de la libertad provisional. La libertad provisional es una medida cautelar intermedia entre la prisión provisional y la completa libertad, que trata de evitar la ausencia del imputado, que queda así a disposición de la autoridad judicial y a las resultas del proceso, obligándose a comparecer periódicamente.

1.1.27.1. Libertad del imputado y derecho de defensa

Es deber de los órganos judiciales de emplazar a quienes hayan de comparecer en juicio como partes, si bien es exigible en todo tipo de procesos, resulta reforzado y ha de ser cumplimentado con especial rigor en el ámbito del proceso penal y en todo lo referente al imputado, pues aquí los futuros efectos materiales de la cosa juzgada pueden seriamente incidir en su derecho fundamental a la libertad. Ello es así porque debe garantizarse el derecho de defensa, en su versión del derecho que todos tienen a ser informados de la acusación formulada en su contra. De ahí la transcendencia que, con mayor relevancia en el proceso penal, requiere la corrección del llamamiento al proceso de su sujeto pasivo, ya que de él depende el conocimiento por el imputado de la existencia del proceso y, en su caso, del recurso, a la vez que hace posible su intervención en el mismo con el consiguiente ejercicio del derecho de defensa frente a la acusación que se le dirige. Por ello, el emplazamiento o la citación, en el proceso penal, es un derecho para el imputado y una correlativa obligación del órgano judicial que ha de llevar a cabo con todo cuidado y diligencia, la cual no puede reducirse a una mera formalidad prevista en la Ley para proceder a la realización de los subsiguientes actos procesales, sino que es preciso, además, que el órgano judicial asegure, en la medida de lo posible, su efectividad real, acudiendo a la citación personal en aquellos actos de los que dependa la comparecencia del imputado en el proceso y siempre que pueda frustrarse dicho conocimiento a través de otros medios más rápidos de comunicación, a fin de que aquél pueda comparecer en el momento fijado y adoptar la conducta procesal que estime oportuna en defensa de sus derechos e intereses.

Sin duda, que uno de los principales intereses que tendrá el imputado al enterarse que pesa sobre él un mandato de detención, será buscar la revocatoria de dicha medida, pues es derecho fundamental la preservación de la defensa, y ello se logra mejor estando en libertad.

- a) No se puede acusar a quien no ha sido oído por el Juez. Siguiendo la línea anterior, el imputado que no ha sido eficazmente emplazado o notificado de la imputación, no puede ser materia de una acusación, pues, quién sea el presunto autor del delito, tiene derecho a conocer los hechos que se le imputan, para el Ministerio Público debe ilustrarle de la totalidad de los derechos que integran la defensa y tomarle declaración con el objeto de indagar, no sólo dicha participación, sino también permitir que el imputado sea oído por la autoridad judicial y pueda exculparse de los cargos contra él existentes con independencia de que haya prestado declaración ante otras autoridades que hayan intervenido en el sumario.

1.1.27. Conducción compulsiva

En el presente estudio se entenderá como la facultad otorgada al Ministerio Público, para el efecto de lograr la concurrencia del imputado y otros sujetos procesales, mediante el uso legítimo de la fuerza, por parte de la policía Nacional, luego de que hubieran sido notificados y, a pesar de ello, hicieran caso omiso de acatar y acudir a la citación.

1.1.28. Naturaleza jurídica

Es la configuración que tienen las distintas instituciones jurídicas, en razón a un derecho propio, cuyo documento principal es el llamado “Naturaleza Jurídica”. En él se explican los derechos y deberes que nacen de la institución jurídica.

1.1.29. Libertad individual

La libertad individual es el valor constitutivo de la persona humana en cuanto tal, fundamento de sus deberes y derechos, conforme al cual cada uno puede decidir autónomamente sobre las cuestiones esenciales de su vida, haciéndose responsable ante

la sociedad de las consecuencias de sus decisiones y de los resultados de su propia acción.

1.1.30. Derecho a la libertad

El derecho a la libertad, como parte del conjunto de derechos y garantías individuales, tiene ubicación importante dentro de nuestro texto constitucional, pues es un derecho esencial del ser humano, si bien es cierto no es absoluto, si es esencial, por cuanto “derecho fundamental” o “derecho humano” o de la “personalidad”, no nace del hecho de pertenecer a un Estado, sino que tiene como fundamento los atributos de la persona humana, y debe ser objeto de protección de todos los estados.

1.1.31. Derechos a la defensa

Por derecho de defensa, puede entenderse el derecho fundamental que asiste a todo imputado y a su Abogado defensor a comparecer inmediatamente en la instrucción y a lo largo de todo el proceso penal a fin de poder contestar con eficacia la imputación o acusación contra aquél existente, articulando con plena libertad e igualdad de armas los actos de prueba, de postulación e impugnación necesarios para hacer valer dentro del proceso penal el derecho a la libertad que asiste a todo ciudadano que, por no haber sido condenado, se presume inocente.

1.1.32. Imputado

Tendremos como concepto en la presente investigación al imputado dentro del Derecho penal, como aquella persona a la que se le atribuye participación en un delito, siendo uno de los más relevantes sujetos del proceso penal. El imputado es aquel interviniente contra quien se dirige la pretensión punitiva del Estado.

1.1.33. Testigo

Testigo es la persona física que, sin ser parte en el proceso, es llamada a declarar, según su experiencia personal, acerca de la existencia y naturaleza de unos hechos conocidos con anterioridad al proceso.

1.1.34. Proceso penal

En el presente trabajo, partiendo desde el punto de vista objetivo, externo y estático - cuando se analiza ese instrumento estatal en conjunto y en sus distintas fases- el proceso penal es una serie gradual, progresiva y concatenada de actos disciplinados en abstracto por el derecho procesal y cumplidos por órganos públicos predispuestos y por particulares obligados o autorizados a intervenir, mediante la cual se procura investigar la verdad y actuar concretamente la ley sustantiva.

1.2. Antecedentes

Hechas las indagaciones sobre el problema planteado en la presente Tesis de investigación, no se ha encontrado investigaciones, tanto en pre grado, post grado y sección doctoral, en las universidades de la región y del país conforme al planteamiento que se propone, ni tampoco en artículos, mucho menos en textos bibliográficos.

CAPÍTULO II

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

2.1. Identificación del problema

El proceso penal es el modo legalmente regulado de realización de la administración de Justicia, que se compone de actos que se caracterizan por su tendencia hacia la sentencia y a su ejecución definitiva, como concreción de la finalidad perseguida que es la de realizar el Derecho penal material. Estos actos se suceden entre el momento en que se pide la actuación de la ley sustancial y el momento que esa actuación se verifica; esto es, entre la noticia del delito y la sentencia. Por ello que esos actos sucesivos marchan sin retorno, proceden hacia el momento final.

Por tanto, el proceso penal es una investigación institucionalizada, regida por reglas de procedimiento que aseguran tanto el objeto como la forma como se tiene que llevar a cabo. Las partes no pueden convenir libremente ni lo que van a investigar, ni la forma de hacerlos, todo ello enmarcado siempre dentro de la base fundamental de todo derecho, como es la Constitución, a ella deben ajustarse todas las normas que se dicten, lo que como es lógico, rige también para las normas de naturaleza procesal. Consiguientemente, los principios constitucionales actúan como reguladoras de la actividad procesal, garantizando tanto el interés colectivo como individual.

En este orden ideas se debe tener en cuenta que dentro del proceso penal, en la actualidad el Ministerio Público, al amparo del código nuevo Código Procesal Penal efectúa requerimientos de conducción compulsiva en contra de los imputados y testigos, ello con el

objeto de que éstos puedan concurrir a prestar sus declaraciones; sin embargo ocurre que este tipo de requerimientos contraviene el derecho constitucional de libertad, y asimismo el derecho de defensa de los imputados, pues como es de conocimiento el imputado tiene derecho a construir su teoría del caso, sin embargo el Ministerio Público al dictar una conducción compulsiva contraviene dicho derecho, lo que como es de comprenderse genera un problema que afecta derechos fundamentales de la persona, y principios de derecho penal como es el derecho a la defensa, el mismo que no puede ser admitida de ninguna manera, por cuanto de seguir así estaríamos frente a procesos penales desiguales e injustos.

2.2. Definición del problema

2.2.1. Problema general

- ✓ ¿Cuál es la naturaleza jurídica y qué características tiene la Conducción Compulsiva, y como afecta el Derecho a la Libertad Individual de los citados y el derecho a la defensa de los imputados?

2.2.2. Problemas específicos

- ✓ ¿Cuál es la naturaleza jurídica y qué características tiene la Conducción Compulsiva?
- ✓ ¿La conducción compulsiva afecta la libertad individual del testigo?
- ✓ ¿La conducción compulsiva aplicada en el Nuevo Código Procesal Penal, afecta la libertad individual de los imputados y su derecho a la defensa?

2.3. Intención de la investigación

El proceso penal es una investigación institucionalizada, regida por reglas de procedimiento que aseguran tanto el objeto como la forma como se tiene que llevar a cabo. En este entender, como podemos saber cuál es la naturaleza jurídica y qué características tiene la Conducción Compulsiva, y como afecta el Derecho a la Libertad Individual de los citados y el derecho a la defensa de los imputados.

2.4. Justificación

La importancia de la presente investigación radica en abordar la problemática surgida en el derecho procesal penal respecto a la afectación de derechos fundamentales como es el derecho a la libertad individual, y el derecho a la defensa, siendo por tanto de utilidad para el derecho procesal penal por cuanto se pretende encontrar las causas por las cuales el Ministerio Público en la actualidad viene dictando requerimientos de conducción compulsiva a los imputados y testigos, para que éstos puedan prestar su declaración y analizar la naturaleza jurídica y características de la conducción compulsiva a efectos de determinar si su aplicación afecta el Derecho a la Libertad Individual de los citados y el derecho a la defensa del imputado. Las bases teóricas que recabarán servirán de fundamento a la doctrina y jurisprudencia nacional a efectos de que pueda superar este inconveniente para lo cual recurriremos a la Jurisprudencia Nacional y Comparada para desarrollar el tema materia de la presente investigación hecho que nos permitirá identificar los derechos que se viene transgrediendo por la forma como en la actualidad el Ministerio Público viene procediendo a efectos de recabar elementos de convicción para efectuar sus investigaciones, lo que obviamente nos permitirá recomendar desde sus perspectivas una adecuada reorientación respecto al derecho de defensa y sobre todo el respeto irrestricto de la libertad individual.

2.5. Objetivos

2.5.1. Objetivo general

- ✓ Analizar la naturaleza jurídica y las características de la Conducción Compulsiva, determinando si su aplicación afecta el Derecho a la Libertad Individual de los citados y el derecho a la defensa del imputado.

2.5.2. Objetivos específicos

- ✓ Analizar la Naturaleza jurídica y qué características tiene la Conducción Compulsiva.
- ✓ Determinar si la conducción compulsiva afecta la libertad individual del testigo.

- ✓ Determinar si la conducción compulsiva aplicada en el Nuevo Código Procesal Penal, afecta la libertad individual de los imputados y su derecho a la defensa.

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3.1. Acceso al campo

El tipo de investigación del presente estudio por su finalidad es de tipo BÁSICO, por cuanto “los resultados se refieren al conocimiento teórico del objeto de investigación”, (Hernández 2006), asimismo está concebido dentro de la Investigación de carácter cualitativa, debido a que se concibe en determinar si se afecta el derecho a la libertad individual de los citados y el derecho de los imputados a partir de la revisión de la naturaleza jurídica y sus características de la conducción compulsiva. Por su enfoque, es una investigación especializada, por cuanto versa sobre un problema propio y exclusivamente referido a una investigación Dogmático - Jurídico, Según Álvarez (2003) “las investigaciones Jurídico Dogmáticas se caracterizan por el análisis crítico de leyes, doctrinas o modelos teóricos”; y desde el punto de vista de su naturaleza del problema, el presente estudio corresponde a la investigación de contenido por cuanto constituye un proceso de búsqueda de información respecto al problema de investigación en fuentes bibliográficas que permitieron en analizar las teorías, doctrina nacional y comparada respecto al tema, así mismo se revisó la información contenida en los cuadernos jurisprudenciales del derecho nacional y comprado.

Se utilizó hipótesis correlacionales debido a que cuenta con ejes que tratan de dar una explicación correlacional entre ellos, registro y análisis que permitieron encontrar desde su

naturaleza jurídica y características de la Conducción Compulsiva, sus efectos en la afectación de derechos de la libertad de los citados e imputados.

3.2. Selección de informantes y situaciones observadas

El objeto de la investigación está dado por la conducción compulsiva dentro del Proceso Penal (Investigación Preliminar y/o investigación Preparatoria); y la investigación de éste nos conllevó al análisis de su naturaleza jurídica y características, y sus efectos dentro del proceso penal.

El universo del presente trabajo de investigación está constituido por las teorías Jurídicas existentes exclusivamente relacionados a la Conducción Compulsiva, los mismos que han sido sometidas a estudio a fin de cuestionarlas, perfeccionarlas y adaptarlas a realidades concretas para generar nuevas teorías jurídicas en el campo procesal penal.

3.3. Estrategias de recogida y registro de datos

Las técnicas e instrumentos de investigación fueron los siguientes:

- a) **Técnicas de observación:** Esta Técnica nos permitió registrar los datos que recogimos a través de la observación, en función de los objetivos de investigación para demostrar la verdad de las hipótesis planteadas. En el presente estudio, con esta técnica se investigó la naturaleza jurídica y características de la conducción compulsiva, y a partir de sus fundamentos encontrar sus efectos dentro del proceso penal. El instrumento de esta técnica viene a ser la guía de análisis. (Ver Anexo N° 1).
- b) **Fichas de estudio:** Esta técnica consiste en el registro de las ideas centrales de las teorías propuestas en las fuentes bibliográficas y hemerográficas. Los instrumentos de esta técnica son las fichas textuales, fichas de resumen y las fichas bibliográficas (Ver Anexo N° 2).
- c) **Registro de datos**

El procedimiento que se adoptó para recoger los datos son los siguientes:

- **Primero:** Se seleccionó las fuentes bibliográficas y hemerográficas que son necesarias para recoger los datos requeridos. Además, se dispuso de la Constitución Política del Estado, Código Procesal Penal vigente y Ejecutorias referido al tema.
- **Segundo:** Se aplicó la técnica del análisis de contenido para recoger los datos referidos a la Conducción Compulsiva en el Derecho Nacional y Comparado. También durante este proceso se aplicó la técnica del fichaje.
- **Tercero:** Se ordenó los datos recogidos considerando como parámetros del sistema de unidades y ejes.

3.4. Análisis de datos y categorías

Se utilizó el siguiente procedimiento:

El análisis e interpretación de los datos se realizaron considerando la secuencia lógica del sistema de unidades y ejes. Este diseño consistió en abordar primero la naturaleza jurídica y características de la conducción Compulsiva, segundo; el estudio de la libertad como derecho fundamental y su vulneración en el proceso penal por la conducción compulsiva, y tercero el estudio del derecho a la libertad y el derecho de defensa del Imputado.

El análisis e interpretación, además se realizó considerando los objetivos de investigación y las hipótesis que se han contrastado.

3.4.1. Técnicas de interpretación de datos

En las investigaciones de carácter cualitativo, la recolección y análisis concurren prácticamente en paralelo; siendo además, que el análisis no es estándar, ya que cada estudio requiere de un esquema propio de análisis, por tratarse de estudios teóricos; sin embargo hemos efectuado un proceso de análisis e interpretación de datos a efectos de estructurarlo y a su vez pueda servir de directriz para un fácil entendimiento del proceso de investigación; los mismos que llevaron en el siguiente orden:

a) Estructuración de datos

Se realizó una estructuración de datos, lo cual implica organizar las unidades, ejes, sub ejes, sus categorías y los patrones, a efectos de contar una debida estructuración de datos.

b) Orientación del sentido de los datos

En este apartado, se ha orientado en encontrar el sentido a los datos en el marco del planteamiento del problema, para que puedan contrastarse y constatarse sistemáticamente y objetivamente los parámetros planteados al inicio de la investigación.

c) Búsqueda de la relación de resultados

Finalmente se ha efectuado la relación de los resultados del análisis con la teoría fundamentada y consecuentemente la construcción de nuevas teorías.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1. Unidad de investigación I: naturaleza jurídica y características de la conducción compulsiva

4.1.1. Naturaleza jurídica

La conducción compulsiva, desde el punto de vista de su naturaleza jurídica constituye una suerte de conducción coactiva, mandato de acompañamiento, es decir un conducción de grado o fuerza; y es que conforme al nuevo código procesal penal, la conducción compulsiva es una facultad otorgada al Ministerio Público, para el efecto de lograr la concurrencia del imputado y otros sujetos procesales, mediante el uso legítimo de la fuerza, por parte de la Policía Nacional, luego de que hubieran sido notificados y, a pesar de ello, hicieran caso omiso de acatar y acudir a la citación.

Los cierto es que esta facultad coercitiva, concede fuerza a la citación del fiscal en el nuevo modelo, como objetivamente puede apreciarse esta atribución del fiscal está vinculada a la facultad de citación únicamente y se activa ante el desacato de la citación bajo apercibimiento de hacerla efectiva.

Como hemos señalado la conducción compulsiva, es una conducción coactiva, mandato de acompañamiento o conducción de grado o fuerza. Implica la comparecencia forzosa del imputado o de un tercero ante la autoridad por la acción de la fuerza pública cuando no ha concurrido a una citación bajo apercibimiento.

La conducción compulsiva o conducción coactiva tiene como objeto común ejecutar una citación, generalmente para conseguir interrogar, pero también para que el investigado asista a diligencias en las que se requiera su presencia o como medio de presentar al individuo ante el Fiscal o Juez, cuando la persona citada no se presenta voluntariamente. La eficacia de la medida cesa con la práctica del interrogatorio o la celebración del acto procesal correspondiente.

En este orden de ideas, podemos establecer que, es el Fiscal o Juez, quien deberá medir la relevancia de un imputado, testigo u otro sujeto procesal que deba comparecer en el proceso, de tal modo, que, al acreditarse la presencia de un omiso, podrá el agente fiscal ordenar la conducción compulsiva de esta persona, disposición coercitiva que debe ser ejecutada como se ha señalado por la Policía Nacional del Perú como fuerza del orden público. No obstante, es importante acotar, que estas facultades coercitivas no se equiparan a las detentadas por el órgano jurisdiccional, en la medida que una detención provisional, así como otras medidas de injerencia que tienen una vigencia prolongada pueden ser adoptadas únicamente por el juzgador. Contrario sensu la conducción compulsiva del omiso, sólo implica su comparecencia al proceso para la realización de una determinada diligencia, luego de finalizada ésta, el sujeto recupera su libertad de movimiento u libertad ambulatoria de forma inmediata. Bajo estos alcances, se pronuncia el artículo 66.2 del nuevo código procesal penal, al establecer que, realizada la diligencia cuya frustración motivó la medida, o en todo caso, antes que transcurran veinticuatro horas de ejecutada la orden de fuerza, el Fiscal dispondrá su levantamiento bajo responsabilidad. En efecto pasado el tiempo prudencia que justificó la imposición de la medida. Ésta deberá cesar inmediatamente a fin de restablecer la vigencia plena de la libertad individual; si ésta se prolonga más allá del plazo establecido, la medida se convertirá en arbitraria, y, por lo tanto, el agente fiscal sería pasible de responsabilidad (o administrativa o penal). De tal modo, que al afectado con la medida podrá interponer los recursos que sean necesarios a fin de cautelar sus derechos fundamentales.

4.1.1.1. Concepto

La conducción compulsiva es conocida también como conducción coactiva, mandato de acompañamiento o conducción de grado o fuerza. La infracción de

la comparecencia, en los casos en que el imputado u otro sujeto procesal sea citado para su declaración u otra diligencia determinará la orden de ser conducido compulsivamente por la Policía Nacional del Perú.

Acorde con los fines de la investigación y/o proceso penal, si las personas se niegan a acudir ante las citaciones fiscales, judiciales y ello se repite a pesar del apercibimiento que debería efectuarse, según nuestro código procesal penal, cabe facultar al fiscal para que decrete mandato de búsqueda por intermedio de la Policía Nacional y se conduzca ante sí al investigado, debiéndose respetarse para tal cometido el apercibimiento previo, pues sino estaría cometiendo un abuso.

Paralelamente, debe entenderse que la conducción compulsiva también opera en casos especiales como delitos flagrantes o captura policial en operativo por el Ministerio Público y captura y conducción de terceros que, aunque no se encontrarían vinculados y para evitar el peligro de fuga, siendo que para dicho efecto debe existir, necesidad, proporcionalidad y prueba suficiente, funcionando la provisionalidad hasta la conducción ante la autoridad jurisdiccional, quien determinará la conveniente según su criterio discrecional que lo enviste.

La conducción compulsiva o conducción coactiva tiene como objeto común ejecutar una citación, generalmente para conseguir interrogar, pero, también para que el investigado asista a la vista oral o como medio de presentar al individuo ante el fiscal, cuando la persona citada no se presenta voluntariamente, siendo que su eficacia cesa con la práctica del interrogatorio o la celebración del acto procesal correspondiente; asimismo la custodia policial termina igualmente con el fin de la diligencia, pues pretender mantener a la persona más que aquel tiempo imprescindible constituiría un abuso.

La “conducción compulsiva”, se entiende como tal a “la medida coercitiva personal por la que un sujeto procesal es traslado ante el fiscal mediante la fuerza pública con el objeto de asegurar su presentación en la investigación o juicio”. Pueden ser objeto de tal medida tanto los testigos y peritos como el propio imputado. Se pretende la colaboración de los indicados para que ofrezcan su

declaración en la investigación o juicio y, en el caso del imputado para garantizar su presencia en su propio enjuiciamiento. La medida se materializa con el “hecho de que el obligado sea puesto ante el despacho del fiscal”.

Como se ha señalado líneas arriba la conducción compulsiva tiene como finalidad, asegurar que el investigado y/o procesado obedezca a los mandatos estatales y se someta a la autoridad fiscal o jurisdicción penal para su juzgamiento. Es por ello que la Policía Nacional tiene no sólo que ponerlo físicamente en el despacho fiscal, sino que, ha de esperar que, se inicie la diligencia para el cual ha sido requerido con el ánimo de asegurar su presencia en el mismo.

4.1.1.2. Regulación legal

Para lograr el objetivo que se persigue en las investigaciones de delitos, se lleva a cabo algunas diligencias que se consideran necesarias, pero con la presencia de las personas involucradas o terceros que pueden coadyuvar. Para ello y conforme lo detalla el Art. 331° del Nuevo Código Procesal Penal, las citaciones que en el curso de las investigaciones se realice por parte del director de la investigación pueden efectuarse hasta por tres veces.

Las citaciones son actos procesales que se realizan a las víctimas, imputados, testigos, peritos u otros con la finalidad de llevar a cabo algunas diligencias para recibir su declaración o efectuar un reconocimiento u otra diligencia, ello tiene que ser dentro del marco del respeto al derecho a la defensa.

Es por ello, que a efectos de cumplir con dichas diligencias en nuevo proceso penal se ha establecido el Art. 66° en el Nuevo Código Procesal Penal, que establece que en caso de inconcurrencia a una citación debidamente notificada bajo apercibimiento, el Ministerio Público puede disponer la conducción compulsiva del omiso por intermedio de la Policía Nacional, textualmente se señala *“En caso de inconcurrencia a una citación debidamente notificada bajo apercibimiento, el Ministerio Público dispondrá la conducción compulsiva del omiso por la Policía Nacional”*. Esto quiere decir que tanto el Ministerio Público

como la policía a través del primero, pueden disponer la conducción compulsiva de la persona que haya sido citada en reiteradas oportunidades (tres veces para el caso de la policía y citación bajo apercibimiento en caso del Ministerio Público).

Hay que tener en cuenta al respecto que no estamos ante un mandato de detención, sino más bien de retención, pues el Fiscal, como es sabido, no tiene función jurisdiccional, pero como director de la investigación cuenta con mecanismos que ayuden a la búsqueda de la verdad, por lo que la policía encargada de ubicar y conducir al citado compulsivamente deberá tener el cuidado de no recluir al retenido en ambientes destinados a la detención de las personas y en la medida de lo posible, conducirlo de manera inmediata al Despacho Fiscal o ante el Policía encargado de la investigación, considerando que el fin de esta medida es que se realice la diligencia para la cual ha sido citada la parte, que debido a su inasistencia ha obligado al que el Fiscal ordene su conducción compulsiva. Resumiendo entonces, esta facultad del Ministerio Público, debe ser entendida en la Policía como una posibilidad de poder efectuar la conducción compulsiva de las personas en aquellos casos en que habiendo recibido la delegación de efectuar algunos actos de investigación, las personas citadas no concurran al Despacho Fiscal o Policial, por lo que agotada la vía de la persuasión mediante tres citaciones debidamente acreditadas y formalmente efectuadas, solicitarán al Fiscal del caso, su conducción compulsiva, el cual accederá de acuerdo a su criterio y atribuciones.

De la misma forma el nuevo Código Procesal Penal en su Art. 122 inciso 2, regula la conducción compulsiva, la misma que señala “Las Disposiciones se dictan para decidir: a) el inicio, la continuación o el archivo de las actuaciones; b) la conducción compulsiva de un imputado, testigo o perito, cuando pese a ser emplazado debidamente durante la investigación no cumple con asistir a las diligencias de investigación; c) la intervención de la Policía a fin de que realice actos de investigación; d) la aplicación del principio de oportunidad; y, e) toda otra actuación que requiera expresa motivación dispuesta por la Ley”; es decir el Ministerio Público al momento de emitir sus disposiciones fiscales, también

puede dictar para la conducción compulsiva del imputado, testigo o perito, cuando éstos pese a estar debidamente notificados para realizar las diligencias pertinentes no cumplen con asistir a las diligencias establecidas por el director de la investigación.

La conducción compulsiva también está regulado dentro del nuevo Código Procesal Penal en su Art. 164 inciso 3, que a la letra establece “Si el testigo no se presenta a la primera citación se le hará comparecer compulsivamente por la fuerza pública”; siendo que nuestro cuerpo normativo adjetivo penal establece que en el caso de que el testigo que no se presenta para prestar su declaración a efectos de coadyuvar en el esclarecimiento de los hechos, el director de la investigación puede hacer comparecer a éste compulsivamente a efectos de que pueda prestar su declaración testimonial. Finalmente, la conducción compulsiva está regulado también en su Art. 337 inciso 3 numeral a) en la que se establece “Disponer la concurrencia del imputado, del agraviado y de las demás personas que se encuentren en posibilidad de informar sobre circunstancias útiles para los fines de la investigación. Estas personas y los peritos están obligados a comparecer ante la Fiscalía, y a manifestarse sobre los hechos objeto de investigación o emitir dictamen. Su inasistencia injustificada determinará su conducción compulsiva”;

4.1.2. Características

Si bien es cierto que la libertad es un derecho fundamental de toda persona, que todo Estado de Derecho, como el nuestro garantiza su cumplimiento, teniéndose en cuenta que la conducción compulsiva es una forma de restringir la libertad de una persona, al respecto, debe tenerse presente, que nuestro ordenamiento procesal penal establece como excepción para restringir dicha libertad, la conducción compulsiva que se encuentra contemplada en el inciso 1° del artículo 66° del Código Procesal Penal, que faculta al Ministerio Público la conducción compulsiva, norma que se encuentra concordada con el literal a), numeral 3° del artículo 337° del mismo cuerpo legal, que prevé la posibilidad de aplicar dicha restricción al imputado, al testigo, peritos y demás personas que resulten útiles para los fines de la investigación.

Dicha restricción de la libertad, es decir la conducción compulsiva tiene las siguientes características:

- a) La conducción compulsiva se dicta solo con la existencia de un proceso penal:** La obligación de comparecencia del imputado y/o testigo es posible, sólo si existe citación para presentarse al proceso penal. No obstante la afirmación, dadas las etapas en el nuevo modelo procesal, debe distinguirse las razones que subyacen a la obligación de la comparecencia del imputado: mientras que, en la etapa de investigación preparatoria se exige la presencia del imputado para asegurar la realización de las diligencias que requieren “su intervención”; durante la etapa de juicio oral se pretende resguardar la garantía constitucional de no ser condenado en ausencia, tal como señala el inc. 12 del art. 139 de la Constitución, lo que expone, diferencias que, pueden motivar acciones desproporcionadas en mérito al derecho de no autoinculpación de que goza el procesado. Así, por ejemplo, requerir la presencia “obligatoria” del imputado en sede fiscal para oír su declaración sobre los hechos que se investigan genera la posibilidad de que éste haga ejercicio de su derecho a permanecer en silencio, con lo que su declaración y, los efectos que supone, carecen de mayor mérito, toda vez que existe un derecho constitucional que ampara la posibilidad de no-colaboración del imputado respecto de la pretensión del órgano de persecución penal.
- b) La conducción compulsiva se ejercita solo si el imputado tiene pleno conocimiento de la existencia del proceso penal en su contra:** La materialización de este requisito se recoge bajo distintos supuestos en el Art. 71 del Código Procesal Penal cuando expone los derechos del Imputado. Cualquiera de las expresiones hace referencia como elemento común a la exigencia del conocimiento previo de la existencia de un proceso penal que le impone obligaciones al imputado. En el derecho, el conocimiento de un acto de investigación o proceso penal se presume de la notificación válidamente efectuada y se adquiere certeza plena del mismo cuando el inculcado se apersona al proceso, señala domicilio, firma constancia de haber recibido la notificación o declara sobre los hechos con conocimiento pleno

- c) **La conducción compulsiva sólo se ejercita cuando exista una citación y/o requerimiento previo:** Los cierto es que esta facultad coercitiva, concede fuerza a la citación del fiscal en el nuevo modelo, como objetivamente puede apreciarse esta atribución del fiscal está vinculada a la facultad de citación únicamente y se activa ante el desacato de la citación bajo apercibimiento de hacerla efectiva, es decir la conducción compulsiva, es una conducción coactiva, mandato de acompañamiento o conducción de grado o fuerza, que implica la comparecencia forzosa del imputado o de un tercero ante la autoridad por la acción de la fuerza pública cuando no ha concurrido voluntariamente a una citación bajo apercibimiento.
- d) **La conducción compulsiva solo se presenta cuando el citado demuestra una voluntad a cumplir con la citación efectuada:** Para la ley no basta que el imputado conozca de su obligación de concurrir al proceso, sino que, se requiere, que “persista en la incomparecencia” o “se muestre renuente a concurrir”. No basta, por tanto, la verificación del modo como se han notificado los actos procesales en los que se le requiere al imputado su presencia, sino que se evalúa la conducta procesal para establecer su “deliberada persistencia” a no comparecer. Así debe presumirse que, si efectuada la notificación válidamente, el imputado no se presenta a la diligencia citada, entonces no tiene voluntad de comparecer en el proceso.

4.1.2.1. La conducción compulsiva en la constitución

La conducción compulsiva dentro de nuestra legislación nacional no tiene amparo constitucional, pues después de la revisión del marco normativo de nuestra carta magna no se ha encontrado ninguna regulación legal que ampare la conducción compulsiva, *contrario sensu*, nuestra carta magna establece la libertad personal como derecho fundamental, es decir señala que el derecho a la libertad es protegido por la Constitución y las normas internacionales como valor supremo de la persona, como condición sine qua non para que el individuo desarrolle su personalidad. Las normas internacionales ponen de relieve, junto al derecho a la vida, el derecho a la libertad de la persona, como exigencia genérica de la naturaleza humana. Es el caso, por ejemplo, de la Declaración de Derechos Humanos (Art. 3), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de

Nueva York de 19662. En éste se establece que "todo individuo tiene derecho a la libertad y seguridad personales" y se prohíbe la privación de la libertad "salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta". Disposición similar contiene la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica de 1,9693 (Art. 7, así como el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1,9504 (Art. 2).

Si bien es cierto que nuestra constitución establece la detención, sin embargo, ella no tiene características similares que la de una conducción compulsiva, es por ello que la constitución política claramente ha establecido la detención como la restricción de la libertad personal, con carácter excepcional, tanto en los Tratados y acuerdos internacionales como en la Constitución y leyes procesales ordinarias; es decir, sólo en los casos estrictamente necesarios y predeterminados por la ley. Nuestra Constitución (Art. 2, inc. 20 apartado g, primera parte) reconoce, de un lado, a toda persona el derecho a la libertad y seguridad personales y, de otro lado, establece la excepción a esta regla: "Nadie puede ser **detenido** sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en flagrante delito. En todo caso el detenido debe ser puesto, dentro de las veinticuatro horas o en el término de la distancia, a disposición del Juzgado que corresponde".

Conforme a este mandato, todas las personas tienen derecho a la libertad, "no se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo los casos previstos por la ley", aclarándose que ésta no está referida a una conducción compulsiva que tiene otras características distintas a la de una detención. Además, el mismo artículo dispone que la persona detenida sea informada "inmediatamente" (inc. 20, ap. i, in fine) y por escrito de la causa o razones de la detención (inc. 20. h), así como que se señale "sin dilación" y bajo responsabilidad el lugar donde se halla la persona detenida.

La detención aparece como una medida cautelar cuya función es asegurar el mantenimiento de un estado de hecho o de derecho durante el desarrollo de un

proceso 5, es decir, asegura, bajo estrictas garantías, la sujeción al proceso penal de la persona a quien se imputa un delito. La regulación constitucional va aún más allá: comprende tanto las privaciones de libertad anterior (detención preventiva y judicial) como posteriores a la imposición de la condena e, igualmente, la forma en que tal privación de libertad debe llevarse a cabo en la práctica. De esta manera, se regula específicamente la detención preventiva e inclusive la duración máxima de la misma. En cuanto a la regulación de la detención dictada en el curso de un proceso penal, se prevé que sea realizada en la ley procesal.

De todo esto se desprende que, siendo la libertad personal un derecho fundamental, las medidas cautelares que la restringen deben de aplicarse con "suma cautela" cuando sea necesario y mediante resolución motivada. Su aplicación debe ser una "consecuencia directa de una valoración acerca de la existencia de indicios de criminalidad". Por tanto, su adopción es compatible con el principio de presunción de inocencia, pues el procesado es considerado inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.

Conforme se tiene de lo anotado la conducción compulsiva no tiene respaldo constitucional, por lo tanto, se puede afirmar categóricamente que la conducción compulsiva de la persona no se encuentra regulado en nuestra carta magna, por lo tanto, se puede señalar que su realización connota características propias de una ausencia de cualquier tipo de garantía legal y judicial.

4.1.2.2. Legitimidad del sujeto procesal que dispone la conducción compulsiva

Dentro de nuestra legislación nacional, específicamente en el nuevo Código procesal Penal, se establece que el Fiscal puede disponer conducción compulsiva, es decir, es en este cuerpo normativo donde se le otorga legitimidad para ejercitar tal potestad al Fiscal, conforme se tiene del Art. 331° del Nuevo Código Procesal Penal, en las que se señala, que en el curso de las investigaciones el director de la investigación puede efectuar citación hasta por tres veces. Las citaciones son

actos procesales que se realizan a las víctimas, imputados, testigos, peritos u otros con la finalidad de llevar a cabo algunas diligencias para recibir su declaración o efectuar un reconocimiento u otra diligencia, ello tiene que ser dentro del marco del respeto al derecho a la defensa, y siendo que a efectos de cumplir con dichas diligencias en nuevo proceso penal ha establecido el Art. 66° en el Nuevo Código Procesal Penal, que en caso de inconcurrencia a una citación debidamente notificada bajo apercibimiento, el Ministerio Público puede disponer la conducción compulsiva del omiso por intermedio de la Policía Nacional, textualmente se señala. De la misma forma, la conducción compulsiva está regulada en el Art. 79 inciso 3 del nuevo Código Procesal Penal; asimismo en el nuevo Código Procesal Penal en su Art. 122 inciso 2, se regula también la conducción compulsiva, en el Art. 164 inciso 3, Art. 337 inciso 3 numeral a).

Sin embargo debemos de precisar que la conducción compulsiva solamente encuentra legitimidad en el nuevo código procesal penal, y más no en la Constitución Política como norma rectora de nuestra legislación nacional, si bien es cierto que en la marcha del proceso hacia sus objetivos, la elucidación de la verdad material y la determinación y realización, en su caso, de las consecuencias sancionadoras de las normas jurídicas materiales, sobre el agente declarado culpable, es bastante común encontrar situaciones que los obstaculizan; éstas son las que integran el peligro procesal de fuga o elusión de la justicia, y de entorpecimiento de la actividad probatoria. El remedio procesal para estos riesgos se halla en el procedimiento y las medidas cautelares o coercitivas, que representan injerencias más o menos intensas sobre los derechos fundamentales de la persona, sin dejar de ser siempre instrumentales y nunca prejuiciosas decisiones de condena anticipada. Las medidas coercitivas o provisionales son, desde la perspectiva expuesta, manifestación del empleo de la fuerza dentro del proceso, la que podría desbordarse si no es legitimada, y así morigerada, por requisitos o presupuestos sin los cuales deviene arbitraria, tales son la razonabilidad y proporcionalidad, aplicadas a la resolución de las eventuales necesidades procesales. Por lo dicho es que, cuando se trata de coerción procesal personal, la ley pone especial cuidado en establecer exigentes requisitos y

controles, de modo que si la libertad del procesado, favorecido aún por la presunción de inocencia, deba ser afligida con medidas como la prisión preventiva o la comparecencia simple o restrictiva, ello responda estricta y cabalmente a una auténtica necesidad procesal y no configure adelantamiento de sanción o condena. Bajo determinadas circunstancias, específicamente cuando se busca pruebas, nuestro código procesal penal contradictoriamente a su espíritu del modelo que abraza permite usar la fuerza o coerción para restringir derechos fundamentales, como sucede con la conducción compulsiva, nada de lo cual puede quedar fuera del prolijo cumplimiento de los procedimientos garantizadores establecidos por la ley. La contención de la fuerza en el proceso penal o los impedimentos para evitar se desborde, se ven servidos por las siguientes garantías:

- a) La aplicación imperativa de los criterios de razonabilidad y proporcionalidad cuando se van a limitar derechos fundamentales (artículo 200 de la Constitución).
- b) La prohibición de restringir la libertad personal, salvo en los casos legalmente previstos, lo que impone el ineludible requisito de legalidad de la coerción y las medidas provisionales, pues su elenco sólo puede ser encontrado en la ley (artículo 2.24.b de la Constitución).
- c) La interdicción de la prisión por deudas, lo que no abarca los incumplimientos de deberes alimentarios (artículo 2.2.24.c de la Constitución).
- d) El régimen de la detención que claramente delimita la detención policial en flagrante delito, ordinario o especial, y el mandamiento judicial, escrito y motivado, de detención (artículo 2.24.f de la Constitución).
- e) El libre tránsito por el territorio nacional y el derecho a salir y entrar en él, salvo las limitaciones impuestas por mandato judicial (artículo 2.11 de la Constitución).

- f) La prohibición de la incomunicación sino resulta indispensable para el esclarecimiento de un delito y, en este caso, siempre que se respete la forma y el tiempo previsto por la ley (artículo 2.24.g de la Constitución).

4.1.2.3. Derecho comparado

El Derecho Comparado es la disciplina jurídica que estudia las diferencias y similitudes en los diferentes sistemas jurídicos. Además, el derecho comparado consiste en la aplicación del método comparativo al derecho o a las fuentes o partes del derecho, es decir, el método comparativo no es exclusivo del derecho, sino que también puede ser utilizado en otras materias (AMBOS, Kai. 2004:95). Es decir, puede compararse todo el derecho o sólo parte o partes de él. Es por ello que el estudio es de mejor calidad o nivel cuando se hace derecho comparado sobre un tema, estudiando todas las fuentes del derecho, que sería un estudio serio que no induciría a error y permitiría conocer a cabalidad las diferencias y semejanzas de dos o más sistemas jurídicos o familias jurídicas respecto de una institución jurídica. Algunos autores señalan que el derecho comparado es la disciplina que se propone, por medio de la investigación analítica crítica y comparativa de las legislaciones vigentes, descubrir los principios fundamentales y el fin de las instituciones jurídicas y coordinarlos en un sistema positivo actual. Asimismo, se señala que el derecho comparado consiste en la comparación científica de sistemas jurídicos distintos o de un aspecto de los mismos y de las causas que los han producido y los efectos que han resultado en los medios sociales respectivos. El derecho comparado tiene como objeto la confrontación de los sistemas jurídicos de diversos países, para determinar lo que hay de común y diferencial entre ellos y determinar sus causas. En esta definición se hace en referencia a que el derecho comparado se toma en cuenta la parte principal del derecho comparado que es encontrar las semejanzas y diferencias entre los sistemas jurídicos, y también a que tiene como objetivo determinar las causas de tales diferencias o semejanzas.

Después de haber definido al Derecho Comprado, estableceremos la regulación legal de la Conducción Compulsiva en derecho comparado:

a) **Derecho procesal penal colombiano**

En el proceso penal colombiano no se encuentra prevista una potestad como la de ordenar la conducción compulsiva por parte del Fiscal, si bien es cierto que se establece que el Fiscal puede ordenar de manera excepcional una captura, sin embargo esta potestad no tiene el mismo propósito que la conducción compulsiva conforme se tiene regulado en nuestra regulación procesal adjetiva de nuestro país, es más la conducción compulsiva tiene distinta naturaleza jurídica que la de detención dentro de la hermenéutica jurídica. En derecho procesal penal colombiano, específicamente en el artículo 114, Inc. 7 del Código de Procedimiento Penal Colombiano se establece que una de las atribuciones de la Fiscalía General de la Nación es ordenar capturas de manera excepcional, para mejor entendimiento transcribiremos textualmente lo establecido en dicho aparta del código adjetivo colombiana: “La Fiscalía General de la Nación, para el cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales, tiene las siguientes atribuciones (...) Ordenar capturas, de manera excepcional y en los casos previstos en este código, y poner a la persona capturada a disposición del Juez de control de garantías, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes”.

Esta atribución que tiene el Fiscal en nuestro vecino país de Colombia está básicamente enmarcado a la detención que es una medida de carácter cautelar personal que supone la privación de la libertad ambulatoria por un determinado período, es decir no se emplea para efectuar una determinada diligencia (declaración), como sucede en caso de la conducción compulsiva. Implica tanto el impedir que una persona abandone un lugar como conduciría contra su voluntad a otro. En sentido amplio, se considera como detención cualquier situación en que se impida o obstaculice a una persona para autodeterminarse, por su propia voluntad, a realizar una conducta ilícita, sin que puedan encontrarse zonas intermedias entre detención y libertad. En conclusión, podemos establecer que la atribución que tiene el Fiscal en

Colombia no es una figura como la de conducción compulsiva prevista en nuestro ordenamiento, pues se establece claramente que tiene atribuciones para efectuar detenciones, que es pues una medida cautelar "personal".

b) Derecho procesal penal chileno

En la legislación chilena, se tiene que, dentro de ordenamiento procesal penal, específicamente en su Art. 247 y siguientes se tiene regulado la citación para efectos de prestar declaración y demás diligencias conducentes a esclarecer la realidad de los hechos criminales en investigación, es así que en su Art. 248 y 249 se establece los siguiente: “La citación a que se refiere el artículo precedente se hará en la forma prevenida en los artículos 194 y 195. Si el inculpado o procesado no compareciere, ésta se practicará en forma personal por cualquier ministro de fe o empleado del tribunal y contendrá el apercibimiento de que, si no comparece, se libraré contra él orden de detención o de prisión, según los casos. Si el citado con arreglo a lo prevenido en el artículo anterior, no compareciere ni justificare causa legítima que se lo impida, el juez hará efectivo el apercibimiento despachando la orden correspondiente”; sin embargo, se debe de precisar que la atribución de dictar orden de detención está reservada solo para el Juez, conforme así lo señala el Art. 194 del Código de Procedimiento Penal chileno. Art. 194 “El juez mandará extender orden de citación para cada persona designada como testigo que, residiendo en el territorio de su jurisdicción (...), esta orden será firmada por el secretario y en ella se expresarán el día, hora y lugar en que el testigo deba presentarse. Cuando sea urgente el examen de un testigo, podrá citársele verbalmente para que comparezca en el acto sin esperar que se expida orden escrita de citación, pero se hará constar en los autos el motivo de la urgencia”.

Como es de advertirse dentro de la legislación chilena, se tiene que una de las atribuciones del Juez, es la dictar orden de detención en caso de que el imputado no cumpla con presentarse para prestar su declaración, precisándose en este contexto que tal facultad solo está irrogada a favor del

Juez, de la misma forma se debe de tener presente que la atribución que tiene el Juez es de dictar orden de detención, figura procesal que tiene distinta naturaleza jurídica a la de la conducción compulsiva, pues ésta es una conducción coactiva, mandato de acompañamiento o conducción de grado o fuerza, la misma que implica la comparecencia forzosa del imputado o de un tercero ante la autoridad por la acción de la fuerza pública cuando no ha concurrido a una citación bajo apercibimiento, es decir la conducción compulsiva o conducción coactiva tiene como objeto común ejecutar una citación, generalmente para conseguir interrogar, pero también para que el investigado asista a diligencias en las que se requiera su presencia o como medio de presentar al individuo ante el Fiscal, cuando la persona citada no se presenta voluntariamente; sin embargo como es de advertirse es muy distinta al de una detención, que tiene un distinta característica conforme así se establece del título II del Código procesal penal de nuestro país, donde establece expresamente que la libertad personal y los demás derechos fundamentales, reconocidos por la Constitución y los Tratados relativos a los derechos humanos ratificados por el Perú, sólo podrán ser restringidos cuando fuera absolutamente indispensable, en la medida y por el tiempo estrictamente necesario, para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del procedimiento y la aplicación de la ley . Tales medidas requieren de resolución judicial debidamente motivada. Ninguna otra autoridad puede arrogarse dicha facultad, salvo las excepciones en caso de flagrancia prevista en la ley. Precisándose taxativamente que el Ministerio público no está facultado para dictar este tipo de medidas cautelares.

c) Derecho procesal penal salvadoreño

En el proceso penal salvadoreño se tiene previsto poder coercitivo para la Fiscalía, la misma que está previsto conforme a su normatividad para casos en las que el imputado no comparezca para efectos de cumplir con la citación que se la emplazó; debiéndose precisar que el poder coercitivo que tiene la

Fiscalía es para ordenar una detención y más una conducción compulsiva conforme se tiene en nuestra legislación nacional.

Esta potestad, conferida al Ministerio Fiscal, es una potestad propia, en el sentido que le corresponde al fiscal apreciar la concurrencia de todos los presupuestos a que se condiciona su ejercicio. Se trata además de una potestad orientada, única y exclusivamente, al cumplimiento de los fines del proceso penal. Precisándose asimismo que el poder coercitivo establecida a favor del Ministerio Fiscal en el Salvador debe entenderse exclusivamente a las funciones del Fiscal en materia de investigación del delito, ya que, en lo referente a la actividad procesal stricto sensu, son los jueces y tribunales quienes adquieren el monopolio del ejercicio de las facultades de coerción que el proceso exija, estableciendo al respecto que en el ejercicio de sus funciones, el juez o el tribunal podrán requerir la intervención de la seguridad pública y disponer todas la medidas necesarias para el cumplimiento de los actos que ordenen. Como es de advertirse, si bien es cierto que el Ministerio Fiscal tiene poder coercitivo, sin embargo, ello está previsto para una detención y no una conducción compulsiva como sucede en nuestro país, es por ello que incluso se prevé que la detención ordenada por el fiscal puede durar hasta setenta y dos horas.

A continuación, para mayor entendimiento citaremos textualmente lo establecido en el ordenamiento procesal penal salvadoreño:

FISCALÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Poder coercitivo:

Art. 77.- En el ejercicio de sus funciones, los fiscales tendrán el poder de solicitar informaciones, requerir la colaboración de los funcionarios públicos y de cualquier autoridad, quienes tendrán la obligación de prestar la colaboración y expedir la información que se les solicite sin demora alguna, cuando sea procedente.

También podrán citar a testigos y víctimas, practicar todas las diligencias que consideren pertinentes para la investigación y, ordenar las medidas cautelares que sean de su competencia, todo de conformidad con la Constitución de la República, este Código y demás leyes.

Para esos efectos, podrán requerir la intervención de la policía y disponer de todas las medidas que consideren necesarias y conformes con su competencia.

Detención por la Fiscalía General de la República

Art. 324.- El fiscal podrá ordenar, antes del requerimiento, la detención administrativa del imputado cuando estime que concurren los presupuestos que justifican la detención provisional. En todo caso, el fiscal deberá presentar requerimiento en un plazo no mayor de diez días. Una vez aprehendido el imputado, será puesto a disposición del juez dentro de las setenta y dos horas. En este caso, además de los otros indicados en este Código, deberá acompañarse al requerimiento las diligencias que se hubieren realizado.

Detención por orden judicial o por la Fiscalía General de la República

Art.326.- La Policía Nacional Civil ejecutará las órdenes de detención libradas por el juez o el fiscal asignado a la investigación, bastando con que las mismas consten fehacientemente en los archivos de las delegaciones policiales.

Otros casos de Detención Provisional

Art.330.- Procederá también la detención provisional en los casos siguientes:

- 1) Cuando el imputado no comparezca sin motivo legítimo a la primera citación o cada vez que el tribunal lo estime necesario.

- 2) Cuando por el comportamiento del imputado durante el procedimiento o las circunstancias del caso se infiera que intentará evadir la acción de la justicia o no sea posible acreditar sus arraigos domiciliario, familiar, laboral o cualquier otra circunstancia que indique su voluntad de someterse al proceso.
- 3) Cuando se considere que el imputado pueda obstaculizar un acto concreto de investigación, porque se tiene grave sospecha que destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba, o influirá para que coimputados, ofendidos, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente, o que inducirá a otros a realizar tales comportamientos, u otros hechos análogos.
- 4) Cuando por el comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otros anteriores, el juez tenga grave sospecha que aquél continuará cometiendo hechos punibles.
- 5) Cuando el imputado haya incumplido las condiciones impuestas por las medidas sustitutivas de la detención provisional.

En estos casos deberá concurrir además el requisito número uno que señala el artículo anterior”.

d) Derecho procesal penal ecuatoriano

En proceso penal ecuatoriano se tiene que dentro de la atribución del Fiscal tampoco encontramos la facultad de ordenar conducción compulsiva, si bien es cierto que al Fiscal se le otorga la facultad de utilizar la fuerza pública, sin embargo, no se establece taxativamente como una conducción compulsiva, es debemos de precisar que dentro del ordenamiento procesal penal ecuatoriano se establece que el único facultado para ordenar una detención es el Juez.

Para efectos de mayor comprensión señalaremos lo señalado textualmente el código de procedimiento penal ecuatoriano:

“Art. 216.- Atribuciones del Fiscal.- El Fiscal deberá, especialmente:

1. Recibir las denuncias presentadas por delitos de acción pública;
2. Reconocer los lugares, resultados, huellas, señales, armas, objetos e instrumentos conducentes a establecer la existencia del delito e identificar a sus posibles responsables, conforme a lo dispuesto en el capítulo de la prueba material;
3. Recibir del ofendido y de las personas que hubiesen presenciado los hechos o de aquellas a quienes constare algún dato sobre el hecho o sus autores, sin juramento, las versiones que dieren. Se les advertirá de la obligación que tienen de presentarse a declarar ante el juez o ante el tribunal penal. Estos datos se consignarán en el acta que será suscrita por las personas intervinientes;
4. Solicitar al juez que con las solemnidades y formalidades previstas en el capítulo de la prueba testimonial, reciba el testimonio de quien se encuentre imposibilitado de concurrir cuando procesalmente le corresponda;
5. Impedir por un tiempo no mayor de seis horas que las personas cuya información sea necesaria se ausenten del lugar sin haberla proporcionado;
6. Ordenar la detención de la persona sorprendida en delito flagrante y ponerla, dentro de las veinte y cuatro horas siguientes, a órdenes del juez competente;
7. Solicitar al juez que realice la identificación del sospechoso o del imputado, cuando el agraviado o los declarantes no conozcan el nombre y apellido de la persona a la que consideran incriminada en

el delito que es objeto del proceso, pero aseguren que la reconocerían si volvieran a verla. Esta diligencia, se cumplirá en presencia del abogado de la defensa de acuerdo a las siguientes reglas:

a) El juez, el secretario y el agraviado, o el declarante en su caso pasarán al lugar donde se encuentre el sospechoso y, colocado éste en el puesto que hubiere escogido entre diez o más individuos, lo más análogamente vestidos, el juez preguntará a la persona que debe realizar la identificación, si en el grupo que tiene frente a él se encuentra el sospechoso;

b) Si el agraviado o el declarante respondiere afirmativamente, el juez ordenará que señale a la persona a quien se refirió en el momento de declarar; y,

c) De lo practicado en el acto de identificación se sentará el acta correspondiente, con las firmas del Juez, Secretario e identificante. Este mismo procedimiento de identificación se observará cuando se tratare de personas homónimas.

8. Disponer que la Policía Judicial recoja, custodie y preserve los objetos, documentos e instrumentos que puedan servir para asegurar las pruebas del delito y la identidad de sus autores; y cuide que tales señales no se alteren, borren u oculten. De ser posible y necesario, realizará u ordenará que se realice el levantamiento de un croquis del lugar donde se cometió el delito y que se obtengan fotografías, grabaciones u otras pericias criminalísticas;

9. Solicitar al Juez que dicte las medidas cautelares, personales y reales que el Fiscal considere oportunas. Igualmente deberá pedir la revocatoria o cesación de dichas medidas, cuando estime que la investigación practicada ha permitido desvirtuar los indicios que las motivaron. En estos casos, deberá remitir al Juez copias certificadas de lo actuado; y,

10. Practicar todas las demás investigaciones que juzgare necesarias para el esclarecimiento del hecho delictivo y para la fundamentación de la acusación. El Fiscal podrá delegar la práctica de las diligencias a que se refieren los numerales 2, 3 y 5 a la Policía Judicial o a investigadores especializados bajo la dirección de ésta. El denunciante o cualquier persona que, a criterio del Fiscal deba cooperar para el esclarecimiento de la verdad, está obligado a concurrir a la fiscalía para la práctica del acto procesal respectivo, para cuyo fin el Secretario le notificará personalmente o por una boleta dejada en la residencia del notificado.

“En caso de incumplimiento, el Fiscal o Tribunal pueden hacer uso de la fuerza pública”.

4.2. Unidad de investigación II: la libertad del testigo como derecho fundamental y su vulneración en el proceso penal por la conducción compulsiva

4.2.1. El derecho fundamental a la libertad del testigo

La libertad es un valor esencial e imprescindible del sistema democrático, y a la vez un derecho subjetivo fundamental, que se traduce en un conjunto de "libertades específicas consagradas en las normas constitucionales y en los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos". La libertad; significa sustancialmente tres cosas: "exención o independencia o autonomía, por la que constituye una esfera de autonomía privada, de decisión personal o colectiva protegida frente a presiones que puedan determinarla.

Poder hacer, esto es, capacidad positiva, para llevar a cabo esas decisiones y actuar eficazmente en la vida social; Libertad de elección, entre hacer o no hacer, o entre varios haceres posibles. "De allí que la libertad se traduce en el derecho a una acción u omisión libre, es decir, que se efectúan de un modo independiente, posible y querido”.

Unos de los ámbitos específicos que involucra la libertad individual es el derecho a la libertad personal. Está comprende una libertad física o ambulatoria, que reconoce a toda persona la facultad de desplazarse libremente, sin otras limitaciones que las impuestas

por el medio en que se pretende actuar y las establecidas por las normas constitucionales para preservar otros derechos o valores igualmente relevantes. En consecuencia, el derecho a la libertad personal, en su aspecto de libertad física, garantiza a su titular el no verse arbitraria o irrazonablemente privado de ésta, ni ser detenido o sometido a restricciones de la libertad en supuestos distintos a los previstos por la norma constitucional, la ley o los Pactos Intencionales sobre Derechos Humanos.

Ahora bien, conforme se ha expresado, la libertad es un derecho que está pues versado sobre una libertad física o ambulatoria, que reconoce a toda persona la facultad de desplazarse libremente, sin otras limitaciones que las impuestas por el medio en que se pretende actuar y las establecidas por las normas constitucionales para preservar otros derechos o valores igualmente relevantes, por lo que es obvio que este derecho fundamental es parte de los derechos fundamentales que posee el testigo dentro de un proceso penal.

Para que exista un Estado de derecho democrático es indispensable el respeto a la libertad de las personas por ser un interés moral de protección de la persona humana que reposa sobre derechos fundamentales como límite al poder estatal, considerando como aptos para imponerse y sobreponerse a toda voluntad arbitraria de las autoridades en toda sociedad de hombres libres, organizada jurídica y políticamente, teniendo como referente la Constitución Política en la que se consagran igualdad de derechos para gobernantes y gobernados. El disfrute de la libertad física del individuo o de movimiento, es la regla general y está formada por todos los derechos inherentes al hombre, pero no se concibe su existencia sin el cumplimiento de deberes y obligaciones para su ejercicio con responsabilidad, para tal efecto, es importante que las conductas o actos prohibidos estén plasmados en sus normas penales en forma expresa e inequívoca como garantía constitucional y cómo deben ser aplicadas por el órgano jurisdiccional.

La privación de libertad y cómo se afecta a toda persona que la sufre, y en este caso se habla del testigo dentro del proceso penal: Imponer a un hombre una restricción de su libertad, resulta ser una mancha en su honra como es haber estado en la cárcel, y esto sin haberle probado que es culpable, y con la probabilidad de que sea inocente, es cosa que dista mucha de la justicia.

La restricción de la libertad, como es la detención, prisión preventiva, conducción compulsiva, ha sido y será impugnada, en todos los tiempos, ya sea en su concepción teórica, en su postulación legislativa y en su realidad carcelaria, debiendo ser rechazada cuando es utilizada con propósitos de represión. Por todo ello creemos que la libertad jurídica se ha convertido en enemigo de la verdadera libertad humana y de la igualdad, por ser necesariamente igualdad de punto de partida, igualdad de posibilidades, igualdad de oportunidades. La idea de libertad física de movimiento de la persona nace con el hombre y aparece concebida como la cesación de presiones externas, que pueden ser materiales, morales o intelectuales, en forma de estructura jurídica.

Nuestra Constitución Política en cuanto derecho subjetivo, garantiza que no se afecte la libertad física o locomotora, porque es la facultad que tiene la persona de hacer o no hacer, asumiendo características de reacción o resistencia ante el vínculo jurídico, que es una amenaza de fuerza material contra el individuo que comete el delito, más aún contra el testigo de la comisión de un delito, y tiene eficacia cuando asume formas de sanción; así comienza, también, su conocimiento de responsabilidad que acompaña a la experiencia de libertad.

Teniendo este orden de ideas, creemos que todas las demás normas jurídicas se deben someter de manera irrestricta a la Constitución para proteger los derechos humanos, generando obligaciones y deberes a los ciudadanos, así como también para fijarle límites al Estado, porque es una norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto y como tal, guía primordial del sistema jurídico descansando en ella todo el ordenamiento legal, precisando una máxima forma de garantía de los derechos y libertades, que solidariamente compromete a todos en la obra dinámica de realización de los valores constitucionales como demostración de una estrecha relación entre la forma que adopta una determinada sociedad, a fin de organizarse políticamente y aplicar el respectivo modelo en cada país para combatir la delincuencia. Esto significa que para decretar la conducción compulsiva a quien se tiene como testigo de una presunta comisión de un delito, el Fiscal debe tener en cuenta el principio constitucional, penal y procesal de Legalidad, como protección de los derechos fundamentales garantizados en la Constitución Política y Tratados Internacionales.

En el sistema jurídico se indican los procedimientos que se han de tener en cuenta para decretar o que es lo que no deben realizar las autoridades encargadas de ejercitar ciertas medidas en contra de los testigos de la comisión de un delito, que se encuentran inmersos dentro de un proceso penal, por haber presenciado un acto ilícito, precisándose las reglas y límites para que intervengan, a fin de que éstas conozcan que les está permitido o prohibido para que llegado el caso puedan restringir la libertad personal del testigo, porque de acuerdo a la Constitución Política sólo caben dos tipos de restricciones de libertad:

- a) Judicial, dictada por el órgano jurisdiccional, mediante una resolución debidamente motivada.
- b) Policial, la misma que debe ser ejecutada por dicha entidad cuando sorprenda al sujeto en flagrante delito o cuasiflagrancia.

Sin embargo, es inadmisibles que en virtud de la dación del nuevo Código Procesal Penal se haya variado dichos conceptos, en cuanto a que una persona puede ser conducida compulsivamente.

4.2.1.1. Constitucionalidad de la conducción compulsiva del testigo

Conforme se puede desprender de nuestro texto constitucional, ésta postula un profundo respeto por el derecho a la libertad personal, corporal y física que debemos gozar los ciudadanos, los que se encuentran reconocidos también en instrumentos internacionales sobre derechos humanos; la violación de estos derechos fundamentales e incluso el incumplimiento de estos compromisos puede acarrear responsabilidad del Estado ante la Comunidad Internacional, cuando su privación ha sido fuera del alcance constitucional y causado perjuicio a la persona privada de su libertad, no importando para ello el tiempo de su privación de su libertad.

Corresponde enfatizar que, la protección de la libertad personal, está prevista en el artículo 2, inciso 2 y 24, literales b, e, f y g; artículos 51 y 139, inciso 3, y 4ta Disposición Final de la Constitución Política del Estado, que señala expresamente

que las normas relativas a los derechos y a las libertades se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias. De acuerdo a los apartados a) y b) del inciso 24, la libertad personal no es un derecho absoluto, aparte de ser regulados, pueden ser restringidos o limitados mediante ley. De la misma forma, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el artículo en el artículo I: “Todo ser humano tiene derecho (...) a la libertad”, en los artículos XXV, párrafo 1 “nadie puede ser privado de su libertad...”.

Igualmente, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en los artículos 9 “nadie podrá ser arbitrariamente, preso ni desterrado”, y 11, inciso 2 “nadie será condenado por actos u omisiones si en el momento de cometerse no fueron delictivos, según el derecho nacional e internacional”. Además, en la convención americana sobre Derechos Humanos, el Pacto de San José de Costa Rica, en los incisos 1,2,3,5,6,7 del artículo 7, señala y precisa todo lo concerniente a la libertad y seguridad personal, como, por ejemplo: que toda persona tiene derecho a la libertad, nadie puede ser privado de su libertad, nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrario.

Se señala también que, sobre las garantías de los derechos fundamentales en la Constitución, señala: “El juicio de constitucionalidad realiza, también, una función de garantía característica del moderno Estado democrático: a favor de los derechos fundamentales de los individuos contra los abusos del legislador. La libertad, no es sólo un derecho que tiene una configuración legal, no es una norma en blanco, sino como derecho fundamental constituye una garantía constitucional considerada como uno de los pilares básicos sobre los que se asienta la estructura institucional del actual Estado de derecho.

Teniendo este orden de ideas, es claramente apreciable que la conducción compulsiva no tiene amparo constitucional, por tanto podemos señalar que la conducción compulsiva prevista en el nuevo código procesal penal que facultad al Fiscal dictar dicha medida es inconstitucional, puesto que la libertad persona

dentro de ello la libertad ambulatoria es un derecho fundamental que no puede ser privado por ningún motivo, menos por una autoridad que no sea parte del órgano jurisdiccional, ello por cuanto dentro de un Estado de derecho democrático como el nuestro es indispensable el respeto a la libertad de las personas por ser un interés moral de protección de la persona humana que reposa sobre derechos fundamentales como límite del poder estatal, considerando como aptos para imponerse y sobreponerse a toda voluntad arbitraria de las autoridades en toda sociedad de hombre libres, organizada jurídica y políticamente, teniendo como referente la Constitución Política en la que se consagran igualdad de derechos para gobernados y gobernantes. Como es bien sabido, el disfrute de la libertad del individuo o de movimiento, es la regla general y está formada por todos los derechos inherentes al hombre, pero no se concibe su existencia sin el cumplimiento de deberes y obligaciones para su ejercicio con responsabilidad, para tal efecto, es importante que las conductas o actos prohibidos estén plasmados en sus normas penales en forma expresa e inequívoca como garantía constitucional y cómo deben ser aplicadas por el órgano jurisdiccional.

4.2.1.2. El testigo en el proceso penal

Existen diversas definiciones del término Testigo, desde el punto de vista etimológico proviene del latín “*testis*” hasta en su aspecto procesal, como la persona que de manera directa presencia y puede de manera consciente dar testimonio de los hechos acaecidos. También se designa a las personas que garantizan o comprometen su palabra, asegurando la autenticidad de un documento o de la condición de una persona y testimonio, será considerado como la declaración de un tercero sobre los hechos materia de la litis que sean de su personal y directa experiencia.

Es decir, Testigo es la persona física que, sin ser parte en el proceso, es llamada a declarar, según su experiencia personal, acerca de la existencia y naturaleza de unos hechos conocidos con anterioridad al proceso. Se señala también que el testigo es la persona que hace un relato libre y mediato de hechos relacionados con

la investigación del delito o de hechos coetáneos o subsiguientes a los acontecimientos delictuosos.

Cuatro son los elementos referidos al testigo:

- a) es una persona física;
- b) a quién se le ha citado para el proceso penal;
- c) a decir lo que sepa acerca del objeto de aquel; y
- d) con fin de establecer una prueba, esto es con el fin de suministrar elementos de prueba.

Algunos autores sostienen que el testigo es la persona física que aporta su relato al proceso sobre los hechos u objeto del proceso, sin ser parte de él. Lo hace en tanto observador directo o indirecto.

En algunos casos se permite que el testigo pueda ser también el agraviado. En la figura jurídica del artículo 96 del Código Procesal Penal se fundan dos posiciones el de actor civil y el de testigo: “La intervención del agraviado como actor civil no lo exime del deber de declarar como testigo en las actuaciones de la investigación y del juicio oral”. En ese caso parece que queda claro el derecho a la defensa, por cuanto la declaración testimonial puede poner en peligro su pretensión de actor civil.

En el artículo 143 del Código Procesal Penal se aprecian que existe igualdad normativa para recepcionar las declaraciones testimoniales y la declaración del agraviado. “La declaración preventiva de la parte agraviada es facultativa, salvo mandato del Juez, o solicitud del Ministerio Público o del encausado, caso en el cual será examinada en la misma forma que los testigos. Similar normativa encontramos en el artículo 171 inciso 5 del Código Procesal Penal. “Para la declaración del agraviado, rigen las mismas reglas prescritas para los testigos”.

Podemos ver que el testigo según las circunstancias, puede tener intereses en calidad de agraviado. Pero a su vez también puede convertirse en inculpado, si nos

atenemos al artículo 118 inciso 1 del Código Procesal Penal: “Cuando se requiera juramento, se recibirá según las creencias de quien lo hace, después de instruirlo sobre la sanción que se haría acreedor por la comisión del delito contra la Administración de Justicia. El declarante prometerá decir la verdad en todo cuanto sepa y se le pregunte”.

A decir de los testigos dentro del proceso penal, la declaración testimonial es aquella basada en el relato de un tercero sobre hechos relacionados con el delito investigado. El testimonio se define como toda manifestación oral o escrita hecha por el testigo dentro del proceso, destinada a dar fe sobre el hecho investigado. Consiste en la atestiguación oral, válida, narrativamente hecha ante la autoridad competente que investiga o juzga, producida sobre aquello que es inherente al *thema probandum*, con sujeción a la prescripción procesal pertinente.

En principio y en atención al artículo 166 del Código Procesal Penal, el testigo debe dar su testimonio sobre hechos: “Contenido de la declaración.- 1. La declaración del testigo versa sobre lo percibido en relación con los hechos objeto de prueba.” También existen los testigos indirectos, quienes no han visto directamente los hechos del delito, pero tienen referencias por haber recibido la información de una persona que sí estuvo en el escenario. Da cuenta de este aspecto el artículo 166 del Código Procesal Penal: “2. Si el conocimiento del testigo es indirecto o se trata de un testigo de referencia, debe señalar el momento, lugar, las personas y medios por los cuales lo obtuvo. Si dicho testigo se niega a proporcionar la identidad de esa persona, su testimonio (de referencia) no podrá ser utilizado.” No todo testimonio será valedero para el proceso penal, por cuanto el artículo 352 inciso 5 – b) del Código Procesal Penal exige que “el acto probatorio propuesto sea pertinente, conducente y útil. El pedido de actuación de una testimonial especificará el punto que será materia de interrogatorio”.

Ahora, respecto a quienes puede declarar como testigo, se tiene que, por norma general, todos están obligados a concurrir ante el llamado de la autoridad, previa citación, y a declarar oralmente cuando supiesen sobre los hechos, en virtud del

deber genérico que toda persona tiene de prestar auxilio a la Administración de Justicia.

El artículo 162 del Código Procesal Penal expresa una norma general con dos excepciones: “Capacidad para rendir testimonio.- 1. Toda persona es, en principio, hábil para prestar testimonio, excepto el inhábil por razones naturales o el impedido por la Ley.” Las excepciones de inhabilitación para testificar provienen de dos razones: Por razones naturales o impedimento por Ley.

La inhabilidad natural puede estar determinada por deficiencias físicas o psíquicas que obstaculizan o limitan las condiciones de percepción, o en todo caso que imposibilitan la transmisión de las percepciones de manera inteligible y del modo previsto en la ley.

El testigo debe tener una idoneidad física o psíquica, la misma en algunos casos requiere su probanza mediante pericia. Según el artículo 162 Código Procesal Penal la Capacidad “para valorar el testimonio es necesario verificar la idoneidad física o psíquica del testigo, se realizarán las indagaciones necesarias y, en especial, la realización de las pericias que correspondan”.

El testimonio de menores y los que adolecen de alguna anomalía psíquica son recepcionados en el proceso judicial con ciertas limitaciones especiales. En estos casos el artículo 170 inciso 2, del Código Procesal Penal prescribe que “No se exige juramento o promesa de honor cuando declaran menores de edad, los que presentan alguna anomalía psíquica o alteraciones en la percepción que no puedan tener un real alcance de su testimonio o de sus efectos”.

Similar contenido encontramos en el artículo 171 inciso 3 del Código Procesal Penal. “Cuando deba recibirse testimonio de menores que hayan resultado víctimas de hechos que las han afectado psicológicamente, se podrá disponer su recepción en privado. Igualmente, permitirá la asistencia de un familiar del testigo.” El testigo con alguna limitación para expresarse puede declarar con el apoyo de un intérprete, establece el artículo 171 inciso 1, del Código Procesal Penal: “Si el

testigo es mudo, sordo o sordo mudo, o cuando no hable el castellano, declarará por medio de intérprete”.

También existe los impedimentos de ley que son de carácter funcional o procesal, según afecten a los funcionarios judiciales, fiscales, secretarios, personal técnico, administrativo y auxiliar que conocen de un mismo proceso. Los jueces no pueden ser testigos si antes han intervenido como juzgadores en una causa que les tocó resolver, así establece el artículo 53 del Código Procesal Penal.

Los testigos podrán abstenerse a declarar en causas en que estén involucrados familiares dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad a tenor del artículo 165 inciso 1 del Código Procesal Penal: “Podrán abstenerse de rendir testimonio el cónyuge del imputado, los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Todos ellos serán advertidos, antes de la diligencia, del derecho que les asiste para rehusar a prestar testimonio en todo o en parte”.

4.2.2. Vulneración del derecho a la libertad del testigo

El derecho a la integridad personal ha sido consagrado en el numeral 1 del artículo 2 de nuestra Constitución Política, al reconocer que toda persona tiene derecho: “A su integridad moral, psíquica y física, y a su libre desarrollo y bienestar”. Asimismo, la propia norma constitucional también ha prescrito en el literal h) del numeral 24 del artículo 2 que: “nadie puede ser víctima de violencia moral, psíquica o física”. En el mismo sentido ha sido recogido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el numeral 1 de su artículo 5, en el cual se establece que: “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”.

Las regulaciones prescritas corresponden entonces a una visión amplia de este derecho, la misma que también se aprecia con claridad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Así, se ha señalado que el derecho a la integridad personal abarcaría actos lesivos contra aspectos físico sociológico y moral.

Ahora bien, cuando hablamos de este derecho estamos haciendo referencia a un atributo vinculado de manera indelible a la dignidad humana, así como a los derechos a la vida, a la salud, a la seguridad personal y al libre desarrollo y bienestar, junto a los cuales se constituye en uno de los derechos básicos de la persona humana. En ese sentido se ha pronunciado dentro del derecho comparado la Corte Constitucional Colombiana cuando señala que: “El derecho a la integridad física es una prolongación del derecho a la vida, que además es una manifestación directa del principio de la dignidad humana, que impone tanto el respeto por el derecho a la no violencia física y moral, como el derecho máximo trata razonable y la mínima disminución del cuerpo y el espíritu”.

En cuanto a la integridad moral el Tribunal Constitucional tiene dicho que “defiende los fundamentos del obrar de una persona en el plano de la existencia y coexistencia social. Dichos fundamentos manifiestan el conjunto de obligaciones elementales y primarias que el ser humano se fija por mandato de su propia conciencia, y los condicionamientos que ella recibe a través de la educación y cultura de su entorno.

Por otra parte, el derecho a la integridad psíquica persigue la protección del estado psicológico de la persona, proscribiendo cualquier conducta que pueda alterar su equilibrio. Aquí es importante destacar que las afectaciones de este derecho se consuman con actos que vicien la voluntad, el consentimiento de la persona, sin que ello se produzca algún tipo de restricción o privación de la libertad corporal.

Teniendo estos fundamentos, debemos ahondar básicamente lo referido al derecho de la libertad, el mismo que es un atributo esencial para la coexistencia humana, es por ello que en ella se ven al bien humano más valioso, incluso definitorio de la esencia humana.

Siendo un ámbito importante, como se aprecia, existen diferentes concepciones sobre la libertad. Es más, se trata de un concepto ciertamente manipulado y que ha justificado acciones de todo orden. A lo largo de la historia la libertad ha sido utilizada, con diferente contenido, para perseguir fines distintos y hasta incompatibles entre sí. Al respecto existe dos conceptos fundamentales de libertad: de una parte, está la denominada “libertad negativa”, que implica no padecer interferencias ni obstáculos, se dice que yo soy libre en la medida en que ningún hombre, ni ningún grupo de hombres interfieren en mi

actividad; en tal sentido, es el ámbito en que un hombre puede actuar sin ser obstaculizado por otros.

De otra parte, se encuentra la “libertad positiva”, el mismo que se deriva del deseo por parte del individuo de ser su propio dueño, es decir; quiero que mi vida y mis decisiones dependan del mismo, y no de fuerzas exteriores. La libertad personal, desde esta perspectiva, significa “autodominio” y no simplemente “no interferencia”. Ahora bien, esta idea de libertad normalmente lleva a aceptar, en nombre de una auténtica libertad, la existencia de un yo “verdadero”, mejor o superior que merece ser realizado, a diferencia del otro yo que sucumbe a los apetitos de los sentidos, los deseos y las pasiones. Esto implica cierta imposición desde fuera de una visión verdadera de personas o del ejercicio correcto de la libertad, sea inventando un ideal de sujeto racional o una concepción de persona que incluye fines o metas sociales, lo que significa, en buena cuenta, asumir una noción recortada de libertad y de talante totalitario. De esta forma, la libertad para no ser desnaturalizada solo podía ser bien entendida con “no interferencia”.

En este orden de ideas podemos afirmar que la conducción compulsiva dictada en contra del testigo dentro de una investigación penal, constituye una limitación de un derecho fundamental (libertad personal). El artículo VI del Título Preliminar del nuevo código procesal penal señala que, salvo las excepciones previstas en la Constitución, las medidas limitativas de derechos fundamentales solo podrán dictarse por la autoridad judicial (jurisdiccionalidad) en el modo, forma y con las garantías previstas en la ley (legalidad); y que se impondrán mediante una resolución motivada que debe respetar el principio de proporcionalidad. Al ubicarse en el Título Preliminar, ostenta una especial relevancia porque inspira la posterior redacción de sus presupuestos, y, de conformidad con el artículo X del propio Título Preliminar, es una norma que prevalece sobre cualquier otra disposición del Código, es decir, tiene nivel de desarrollo constitucional y constituye un fundamento de interpretación que privilegia un criterio finalista o teleológico.

Asimismo, se tiene el artículo 253.2 del nuevo código procesal penal, que señala: la restricción de un derecho fundamental en el proceso penal requiere que se imponga con el necesario respeto del principio de proporcionalidad. Su referencia constituye un hito

fundamental, porque reconoce en forma expresa una regla de principio de carácter vital aplicable a toda limitación de derechos fundamentales. Una medida que respete este principio debe ser idónea: su adopción debe conducir a que se alcance o favorezca el fin perseguido legítimamente por el Estado; necesaria: no puede ser utilizada cuando su finalidad pueda ser alcanzada por otro medio menos gravosos pero igualmente eficaz; y debe de proporcional en sentido estricto: que supone llevar a cabo un juicio de ponderación en el caso concreto, entre la gravedad o intensidad de la intervención y el peso de las razones que la justifican. En el mismo sentido, el artículo 253.3 del nuevo código procesal penal menciona que la restricción de un derecho fundamental en el proceso penal solo tendrá lugar cuando fuera indispensable y en la medida y por el tiempo estrictamente necesario; sin embargo cabe al respecto una aclaración, todos estos aspectos referidos están referidos a una limitación del derecho de libertad ordenada por la autoridad jurisdiccional, es decir, estamos hablando específicamente de una detención, pero que no se refiere a una conducción compulsiva, pero que se efectuó tal referencia a efectos de determinar que respecto a una conducción compulsiva, ésta, ni siquiera tiene dichos fundamentos que apoyen para convalidar sus efectos dentro del proceso penal, llegando básicamente a una acción totalmente vulneratoria de derechos fundamentales (derecho a la libertad), más aún si tenemos en cuenta que estamos refiriéndonos a un testigo.

Es, en ese orden de ideas, tenemos el literal f, numeral 24 del artículo 2 de la Constitución, que establece que: “Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito”. Denotándose de la misma que la conducción compulsiva no tiene amparo constitucional, por lo que creemos que esta facultad otorgada al Fiscal, escapa de toda lógica, más aún si tenemos en cuenta que el modelo procesal penal que está vigente en nuestro país es eminentemente garantista, que consagra fundamentalmente la igualdad de armas, y teniendo en cuenta que el Ministerio Público es un sujeto procesal, no entiende como es que a una parte de las partes del proceso se le otorgue tales prerrogativas, desnaturalizando de este modo el principio de igualdad de armas. Asimismo, es necesario destacar que el derecho penal en sentido amplio en un Estado constitucional de derecho debe ser derecho constitucional reglamentado, en consecuencia, la teoría

penal debe construirse a partir de las normas supremas, y nunca sólo desde la legislación de rango inferior, es decir debe ser elaborada de la mano del sistema de garantías constitucionales que restringen el poder punitivo estatal.

Por otra parte, la restricción de la libertad del testigo, como prototipo de sanción penal, por no haberse presentado a las citaciones efectuadas por parte del fiscal, produce efectos deteriorantes terribles a los que la sufren. La privación de la libertad así sea por un mínimo de tiempo, al separar, a quien la padece de la sociedad y obligarlo a soportar una vida de privaciones, de inseguridad personal y de sufrimiento permanente, produce efectos desgarradores en la personalidad humana, contribuyendo al aumento de los niveles de “inseguridad”, entendida ésta última en términos de “inseguridad de los derechos”.

4.2.2.1. Fin del proceso penal y el derecho a la libertad del testigo

El proceso penal tiene un carácter instrumental, ya que a través de él se afirma y hace efectivo el derecho penal sustantivo, es posible también afirmar que posee objeto y finalidad propios. La mayoría de opiniones respecto al objeto del proceso penal coinciden en el aspecto fáctico (hecho, acto o conducta). En suma, el objeto del Proceso Penal es aquella conducta ilícita imputada que da lugar a una posición dialéctica entre los argumentos de la acusación y los de la defensa, y que constituyen el punto de partida y el núcleo del proceso penal.

En cuanto a la finalidad del proceso penal es la declaración de certeza judicial, y no como se argumentaba anteriormente, “lograr la verdad concreta de los hechos, ya que en algunos casos ello no se realiza o no es posible, entre otras causas por la tenaz acción de las partes en defensa de los particulares intereses que defienden” (Gomez, 1985). La declaración de certeza judicial, ella está orientada a conseguir que el juez tenga la convicción de que las afirmaciones expuestas en el proceso sean ciertas, y es en base a ellas que el Juez resuelve por la aplicación o no de una sanción. Si relacionamos la noción sobre el objeto del proceso con la finalidad del mismo, podremos concluir diciendo que el proceso penal aspira a obtener la certeza respecto de la conducta ilícita imputada.

Teniendo en cuenta la finalidad del proceso penal, ahora es necesario establecer el derecho a la libertad con la que cuenta el testigo del proceso penal, esto es, la libertad es un pilar esencial del constitucionalismo. Es más, en sus orígenes, el constitucionalismo es básicamente una forma de liberalismo, esto es, de técnica de control del poder y de maximización de las libertades, es decir se asignan a la libertad un rol esencial. La dogmática considera que la libertad es un valor superior de ordenamiento, además de un derecho fundamental y un principio constitucional. Así, en tanto valor superior, se trata de un concepto esencial y fundamentador del Estado y del ordenamiento jurídico, que tiene además una fuerza jurídica e interpretativa preferente frente a otros bienes constitucionales.

La libertad fundamental sea concebida como un valor o principio muy genérico no significa que no puedan existir derechos de libertad más específicos como es la libertad personal o física. Es por ello que afirmamos que el testigo que pasa formar parte de un proceso penal goza del derecho de libertad, pues este derecho que tiene el testigo es considerado como la capacidad que tiene éste de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho del testigo de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones, por lo tanto, la seguridad, por su parte, sería la ausencia de perturbaciones que restrinjan o limiten la libertad. Libertad que es un derecho humano básico, propio de atributos de las personas que se proyecta dentro de nuestro ordenamiento constitucional y tratados internacionales. Teniendo estos argumentos es de destacar que, al dictarse una conducción compulsiva en contra del testigo, se afecta el derecho constitucional a movilizarse, es decir a la libertad de locomoción o tránsito o a la integridad del propio cuerpo.

Finalmente debemos de señalar la libertad es esencial para la existencia humana, desde la perspectiva que se considera la superioridad del concepto de libertad como “no interferencia”, por lo tanto el testigo goza de este derecho, por lo que no se podría afectarse su derecho de locomoción para efectos de recibir una declaración testimonial o en su defecto cualquier diligencia conexo, pues de efectuarse se

estaría afectando su derecho fundamental de libertad, entendida como el derecho de locomoción o tránsito.

4.2.2.2. Determinación de la vulneración

La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, y al existir una norma procesal que afecte tal derecho, como es el caso de la conducción compulsiva, es una regla contradictoria en sí misma e implicarte con un Estado Social y Democrático de Derecho en el que se consagra la libertad personal.

Como se sabe los derechos humanos son intrínsecos a la persona humana, El racionalismo hizo ver al hombre la necesidad de reconocer su dignidad por el hecho de ser tal, de gozar atributos de especie que no los tienen otras especies del planeta. La razón, la conciencia, la inteligencia, la voluntad, etcétera, conforman el ser trascendente del hombre y constituyen un privilegio de él, pues le son congénitos. Por tal motivo, es exigible que el Estado, esa creación artificial concebida y diseñada por el hombre para el logro del bien común en la comunidad política, reconozca tales derechos como anteriores y superiores, dado que como organización jurídico-política está al servicio de la persona humana. Entonces, el poder público, debe afirmar la dignidad humana y no debe ser empleado para rebajarla u ofenderla, es decir el ejercicio del poder no debe de menoscabar arbitrariamente, contrariamente a la razón a la justicia, el efectivo goce de los derechos humanos, no debe de traspasar los límites señalados por tales derechos, sencillamente porque la creación jurídico-política del hombre está al servicio de éste.

En este orden de ideas, es indudable que, en un Estado, los derechos humanos no son ilimitados, pero tampoco los límites son absolutos, no pudiéndose restringir más allá de su delimitación constitucional, por lo que al existir una regulación legal dentro del código procesal penal, como es la conducción compulsiva respecto del testigo, es a nuestro criterio abiertamente inconstitucional porque trastoca el derecho ambulatoria o de movimiento.

Después de haber determinado el derecho que se viene trastocando con la regulación legal de la conducción compulsiva, es también necesario establecer la característica del modelo que trae el nuevo Código Procesal Penal que es el galantismo, en razón a que el código contiene un tipo de proceso que integra de modo redoblado garantías procesales o escudos protectores del justiciable, quien no por estar sujeto a imputación y encartamiento deja de ser persona o pierde su dignidad de tal; distanciándose de este modo de las posiciones inquisitivas o mixtas para las cuales, de manera explícita o sobre entendida, el imputado es sólo un objeto al servicio del proceso que, por ejemplo, puede permanecer indefinidamente bajo prisión preventiva. Estas características que nuestro sistema procesal penal ha adoptado normativamente, constituyen los lineamientos generales que lo definen. Sin embargo, dichas cualidades no pueden sustentar por sí solas todo el sistema procesal penal, pues necesitan de una serie de derechos y principios normativos que coadyuven a fortalecer el sistema desde un punto de vista no sólo interpretativo, sino también de aplicación fáctica: y entre los más importantes se destaca el irrestricto respeto al derecho de la libertad ambulatoria de la persona. Por lo tanto se puede afirmar categóricamente que la conducción compulsiva del testigo, resulta siendo disfuncional con el esquema garantista de la coerción ya que se convierte en una herramienta de represión de corte autoritario por parte del Ministerio Público, que a todas luces trastoca el derecho a la libertad de la persona, y el modelo que se adoptó para la vigencia del nuevo código procesal penal, pues el galantismo procesal es una corriente filosófica que en resumidas palabras propugna una jerarquía constitucional, por cuanto no tolera alzamiento alguno contra la norma fundamental, instaurando una serie de garantías constitucionales que deberán regir para todos los sometidos al proceso, y siendo que la conducción compulsiva va diseñada claramente en contra del espíritu constitucional es pues una regulación legal que linda con criterios y/o aspectos relacionados a la inconstitucionalidad.

4.3. Unidad de investigación III: libertad del imputado y el derecho a la defensa del imputado

4.3.1. Derecho a la libertad del imputado

En primer término, es necesario delimitar quién es imputado, para luego establecer el derecho a la libertad que éste tiene conforme a nuestra legislación nacional e incluso internacional. Imputado es aquel en contra de quien existen simples sospechas de participación en un hecho que reviste caracteres de delito, teniendo dicha calidad desde el primer momento de la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia.

Todos los derechos del imputado son tendientes a resguardar su persona y su dignidad de tal, asegurándole su calidad de sujeto de la investigación y no de objeto de la misma. En ese contexto, es importante señalar que se protege la calidad jurídica del imputado respetando su derecho de "presunción de inocencia", esto es mientras no se pruebe su culpabilidad, abarcando todas las etapas del procedimiento.

En ese entender, a cualquier persona a quien se le presume que tiene participación en un delito, por muy grave que esta sea, tiene una serie de derechos y garantías que estipulan las leyes, la misma que tiene como su fundamento la "presunción de inocencia", ya que a partir de la idea que toda persona es inocente hasta que no recaiga sobre ella sentencia condenatoria firme y debe ser tratado como tal; por lo tanto se han de reducir al mínimo las medidas restrictivas de sus derechos y el más importante en este caso como lo es el de la "libertad"; ésta garantía es la más importante dentro del proceso penal que tiene en su favor el imputado, sin embargo hasta el momento, este derecho que se encuentra contemplado en nuestra carta magna viene siendo objeto vulneración con la medida de conducción compulsiva dictada en contra del imputado, más aún si éste viene siendo dictada por parte del Ministerio Público, hasta el punto de desnaturalizar a modelo procesal penal adoptado, pues nuestro sistema más que garantista, con este tipo de medidas se podría llegar a decir que es reprimidor.

Los derechos fundamentales que, por respeto a la dignidad del ser humano han sido proclamados en la Declaración de Derechos Humanos y en otros convenios o pactos

internacionales, requieren para su efectiva realización de un sistema de enjuiciamiento criminal que armonice las exigencias de la justicia penal con el respeto efectivo de las garantías de las personas cuyos derechos se ven afectados por el procedimiento penal. La Justicia Penal es un instrumento de poder en manos del Estado y puede afectar los derechos de las personas, sean culpables o inocentes pudiendo constituirse, incorrectamente empleada en un instrumento de violencia que desde luego requiere de mecanismos de control que puedan ser eficaces para atender.

Las exigencias de la actual Reforma Procesal Penal para que ella cumpla los objetivos fundamentales que la justifican plenamente y la hacen imprescindible, se materializan, desde nuestro punto de vista en exigencias de carácter constitucional, desde el momento que estimamos que el proceso penal vigente no responde adecuadamente a los principios y a los preceptos constitucionales ni a las normas contenidas en los pactos internacionales sobre derechos humanos vigentes en nuestro país, estamos frente a procesos penales inconstitucionales. La administración de justicia penal no solo demanda de protección frente a la inseguridad ciudadana por el aumento de la criminalidad que requiere de soluciones que, por lo general, se traducen en la aplicación de políticas autoritarias que incrementan el aparato represivo estatal conduciéndonos a un Estado policial, sino que también se demanda protección de parte de los ciudadanos ante los abusos del poder. "La justicia penal que hoy tiene nuestro país, y si lo vemos desde la perspectiva de la regulación legal de la conducción compulsiva, no está en condiciones de protegernos del Estado policial", pues cada vez se va tomando más conciencia de "que la propia administración de justicia y en particular la justicia penal es una institución que ella misma viola permanentemente los derechos fundamentales de las personas, con este tipo de regulaciones legales (conducción compulsiva)".

La doctrina procesal penal moderna garantista rechaza de plano los abusos, arbitrariedades y atropellos del poder contra el ciudadano y sus derechos, sin que ello signifique la renuncia del Estado al ejercicio del ius puniendo o a la utilización de medios eficaces para garantizar la aplicación de sanciones penales cuando se ha incurrido en hechos que afectan las bases mismas de la sociedad o el status ético-jurídico. El mantenimiento de ese equilibrio entre los derechos ciudadanos y, en particular, su

libertad, y el poder represivo eficaz del Estado, hace necesario que la persona sometida a proceso, el más débil en la relación, se vea protegido frente al más fuerte, el Estado, a través de reglas precisas que garanticen el debido proceso, que postula, entre sus principios fundamentales, como el reconocimiento de un estado de inocencia que no puede quedar desvirtuado sino con una sentencia firme de culpabilidad.

Las exigencias previstas respecto al derecho de la libertad de toda persona constituyen garantías fundamentales de todo justiciable. Siendo además que tales garantías se ven expresadas en tratados internacionales del cual nuestro país forma parte, es así que en la declaración Universal de Derechos Humanos se proclama que: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona” (artículo 3); “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal” (artículo 10). En la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) se consagra que: “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la integridad de su persona” (artículo 1); “Se presume que todo acusado es inocente hasta que se pruebe que es culpable. En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) se garantiza que: “Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales, nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias, nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta” (artículo 9.1). En la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José, 1969) se establece que: “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales (artículo 7.1)”. Por lo tanto, en razón de estos principios, resulta lógica la consecuencia de la afirmación de la libertad del imputado durante el proceso, debiendo rechazarse una pretendida exigencia de la conducción compulsiva del imputado para efectos de prestar su declaración en una investigación penal, ya que ello implica la vulneración de garantías claramente establecidas tanto en nuestra carta magna y tratados internacionales conforme hemos podido apreciar.

En este contexto no pueden ser desconocidas ni malinterpretadas. La libertad del imputado durante el proceso penal constituye la regla y sólo puede ser afectado en ese derecho, que pone en tela de juicio el estado de inocencia de que goza, en la medida en que una norma expresa faculte al juez, salvo el caso de flagrancia, para acordar restricciones.

Debe, entonces, alertarse, desde el inicio de la vigencia del nuevo régimen, en relación a cualquier abuso contra el principio de la libertad durante el proceso y contra cualquier interpretación extensiva de las disposiciones que permiten su restricción, ya que la tentación represiva y autoritaria, auspiciada por inadecuadas regulaciones legales trastocan orientaciones valederas de un Estado de derecho.

Resulta, claro, entonces, que en el nuevo proceso se consagra como principio la libertad, derecho que corresponde a quien se encuentra sometido a un proceso penal, mientras no quede establecida su culpabilidad por una sentencia firme y se imponga entonces su restricción como pena, no encontrando justificación la imposición de una conducción compulsiva sin juicio previo. Pero, por supuesto, el derecho del Estado a investigar los delitos e imponer las sanciones, cuando ello es procedente, puede servir de fundamento, en casos excepcionales a que, por exigencias del proceso y dentro de los límites de la más estricta necesidad, para no ver frustrada la justicia, pueda imponerse, como medida de este tipo, o en su defecto incluso una detención preventiva del imputado, por orden judicial, sin embargo es inaceptable que un sujeto procesal como es el Ministerio Público pueda tener tales potestades.

Finalmente debemos de establecer que, si la respuesta es que los parámetros objetivos y subjetivos establecidos por el legislador pueden impedir la libertad de los imputados sin argumentarse concretamente y objetivamente, en contra de actos de entorpecimiento de las investigaciones y de necesidad indispensable de afianzar la justicia en los casos bajo juzgamiento, la conducción compulsiva resulta ser inconstitucional por contradecir derechos y garantías de la Constitución Política en favor de los habitantes y ciudadanos, que no se pierden por estar involucrado en un proceso en trámite, al igual que cuando se quiere impedir la libertad con motivo de procesos penales.

4.3.1.1. Afectación de la libertad del imputado en el proceso penal

El Proceso Penal es un instrumento esencial de la jurisdicción, de la función o potestad jurisdiccional. Decir el Derecho no puede ser instantáneo, sino que a él se llega a través de una serie o sucesión de diferentes actos, llevados a cabo en el tiempo. Para imponer una pena resulta imprescindible la garantía procesal, como lo exige el Artículo 139° de la Constitución, que es la concreción del principio *nullum poena sine previa lege penale et sine previo processo penale*.

El proceso penal es pues necesario. A través de los titulares de la potestad jurisdiccional cumplen las funciones atribuidas constitucionalmente. Es decir el derecho penal se actúa única y exclusivamente por los tribunales y precisamente por medio del proceso.

El proceso penal como ya se ha dejado sentado, tiene como marco de referencia un conflicto suscitado entre el delincuente y la sociedad. Todo proceso penal importa enjuiciamiento, debe existir una acusación del Ministerio Público y reconocerse el equivalente derecho de defensa del imputado; además, su dilucidación requiere de una contradicción efectiva, sobre la base de argumentos jurídicos y pruebas concretas y determinadas, cuyo corolario es la sentencia penal.

Paralelamente, el proceso penal es un "proceder", es decir, un procedimiento regulado en la Ley, a través de él, se realizan actividades de investigación destinadas a reunir la prueba necesaria para 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, con fines de enjuiciamiento y la consiguiente condena o absolución. El proceso penal es sino el conjunto de actos encaminados a la decisión jurisdiccional acerca de la realización de un delito estableciendo la identidad y el grado de participación de los presuntos responsables.

Como se ha señalado, dentro del proceso penal, y más propiamente dentro de la investigación, se efectúa diversas diligencias a efectos de recabar elementos de convicción para determinar la delictuosidad de los hechos denunciados, y dentro

de ellas se recaba declaraciones de cargo y descargo, es decir se recibe declaraciones tanto de la parte de denunciante y la parte denunciada, en este caso el imputado, y al respecto nuestro código procesal penal prevé que, en el caso de que el imputado no presente a prestar su declaración pese a que se le haya notificado reiteradamente, el fiscal puede dictar su conducción compulsiva a efectos de que el imputado cumpla con prestar su declaración; este hecho como es de verse restringe la libertad ambulatoria del imputado, lo cual conforme se ha desarrollado el presente trabajo de investigación, es atentatoria con el propio modelo garantista adoptado por nuestro código procesal penal, pues precisamente éste pregona el respeto irrestricto respeto a los derechos fundamentales de la persona.

Como sabemos, la Libertad de tránsito o también conocido como libertad de locomoción (desplazamiento) reconoce la facultad de las personas para trasladarse por cualquier lugar; es decir es el atributo que permite a todo individuo entrar al territorio del Estado, permanecer en este, fijar su domicilio y cambiarlo, movilizarse de un lugar a otro y salir del país sin mayores restricciones, salvo las que respondan a razones de sanidad, mandato judicial o por aplicación de la ley de extranjería.

La libertad de tránsito debe considerarse como una proyección de la libertad física, sin duda, de muy poco serviría la libertad física si no se encontrara acompañada de las libertades de movilizarse dentro del territorio nacional. El derecho al libre tránsito, a pesar de ser en principio una libertad negativa, esto es, una obligación para el Estado de abstenerse frente al albedrío individual, tiene una dimensión social excepcional que demanda acciones positivas del Estado para optimizar la eficacia del derecho.

Si bien es cierto, que nuestra carta magna contempla la posibilidad de limitar el derecho de locomoción por razones de sanidad, mandato judicial o por aplicación de la ley de extranjería, sin embargo, no prevé la conducción compulsiva.

Cuando la privación de la libertad sea la regla y por tanto se sitúe el siempre difuso interés general en la seguridad por encima de los valores individuales, estaremos en presencia de un estado autoritario. Cuando suceda lo contrario serán los valores democráticos los que imperarán. Y ello al margen de una posible apariencia democrática que, en tales casos, no pasa de ser solo una simple apariencia.

Esto no significa, obviamente que una privación de libertad, en si misma considerada, se oponga a los valores que presiden una sociedad democrática. El estado de derecho es compatible con la restricción de derechos siempre y cuando se destierren todo tipo de posturas extremas y la injerencia esté presidida por la fundamental regla de la proporcionalidad de los sacrificios, y dentro de ellas, a nuestro parecer la conducción compulsiva de ninguna manera puede admitirse en un estado de derecho, más aún cuando ésta señala claramente que la única manera de restringir la libertad de tránsito del imputado es por mandato judicial y más no por parte de uno de los sujetos procesales como es el Ministerio Público.

A nuestro parecer y conforme también a los fundamentos esgrimidos, la conducción compulsiva, es la forma más grave en que el ordenamiento jurídico procesal puede restringir la libertad de los ciudadanos para asegurar el proceso penal y siendo los derechos fundamentales límites a la actuación del legislador, las medidas de restricción del derecho de libertad de locomoción, cuando no se producen a consecuencia de la imposición de una pena, quedan justificadas únicamente, como última ratio, en la medida que resulten absolutamente imprescindibles y necesarias para la defensa de bienes jurídicos fundamentales en un proceso penal y siempre que no haya otros mecanismos radicales para conseguirla.

Las formas de coerción procesal, particularmente la privación de libertad durante un proceso se asemeja mucho al modo de afectación que le produce al imputado al término del proceso cuando se le aplica una pena condenatoria. En general, en nuestro sistema legal, tanto aquellas medidas que se adoptan durante el proceso, como asimismo las penas, coinciden en la privación de libertad como aquel instrumento principal.

Finalmente debemos de señalar que el derecho a la libertad de tránsito cuenta con reconocimiento constitucional e internacional, y sin duda es uno de los derechos que tiene mayor relevancia en el actuar de las personas, puesto que al restringir tal derecho se va en contra de la propia naturaleza del ser humano, en razón a que éste tiene como una característica propia, la -movilidad-, el de trasladarse de uno a otro lugar. Sin embargo, como reiteramos el hecho de que dentro del nuevo código procesal penal esté previsto una facultad para el Ministerio Público, como es de dictar una conducción compulsiva nos causa alarma, por cuanto se advierte la inversa relación entre regla y excepción, siendo además que la implementación del nuevo modelo garantista en el proceso penal devenga en discursos que transiten por carriles lejanos a la realidad de sus propios fundamentos. La restricción de la libertad mediante la conducción compulsiva pierde su esencia desde el momento en que ésta va contra el ordenamiento constitucional, y convierte al estado en un ente autoritario, pues no se entiende como es que dentro de un Estado de Derecho y más aun teniendo como modelo procesal penal al galantismo que como reiteramos pregona el respeto irrestricto de los derechos fundamentales, se pueda regular la conducción compulsiva que a todas luces atenta contra derechos fundamentales y desnaturaliza el modelo procesal penal adoptado en nuestro país, por cuanto en este modelo adoptado el Ministerio Público se convierte en un sujeto procesal tan igual que el imputado, la misma que deber de regularse por el principio procesal de igualdad de armas, sin embargo el propio código procesal penal alarmantemente faculta al Ministerio Público a que éste pueda dictar medidas coercitivas como la conducción compulsiva en contra del imputado en el caso de que éste se resista a prestar su declaración ante el Ministerio Público.

La restricción de un derecho fundamental por parte del Ministerio Público, como lo es el derecho de la libertad ambulatoria resulta aberrante, no solo por la injusticia que supone privar coactivamente de la libertad por la mera sospecha de intervención en cualquier hecho punible, sino, también, por las consecuencias nocivas que la restricción de la libertad produce para el afectado y para el orden social en general. Los discursos que tratan de explicar la llamada conducción compulsiva como una excepción al principio general de la libertad del imputado

durante el transcurso del proceso penal contrastan, abiertamente, con una realidad que nos vive mostrando todo lo contrario, es por ello nuestra propuesta abolicionista de la conducción compulsiva de nuestro ordenamiento adjetivo penal.

4.3.1.2. Juicio de ponderación: libertad del imputado en el proceso penal

Dentro de un Estado de Derecho se trata de ser imparcial jugando un papel mediador entre la moral y el derecho, o como lo dice Alexy el estado constitucional democrático trata de resolver la vieja relación de tensión entre el derecho y la moral, presentándose en esta situación la participación de un positivismo jurídico, dándose en el verdadero fundamento de esta organización política de gobierno, mostrando un no positivismo llevando consigo los ideales y postulados de este estado, el constitucional democrático. En ese sentido se entra a determinar la racionalidad de la ponderación, si este mecanismo permite contactar la meta-teoría planteada por Alexy para que se vea representada en una constitución material y no idealizada, llevando a cabo dicho juicio propuesto, para la construcción de una dogmática seria de los derechos fundamentales que permite aplicar y explicar acertadamente su teoría.

En su teoría de los derechos fundamentales Alexy plantea, que las colisiones de principios deben ser solucionadas de manera totalmente distinta. Ya que cuando dos principios entran en colisión tal como ocurre cuando, según un principio, algo está prohibido, y según otro principio, lo mismo está permitido, uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro, y este último no se aplicaría para el caso concreto, ocasionaría una incertidumbre jurídica, ya que por el caso especial la aplicación de este principio sería diferente. A la hora de sopesar los principios, debemos tener en cuenta que una posible solución sería la precedencia de un principio sobre otro, en el caso de la sentencia de incapacidad procesal en la cual dos garantías están en controversia, porque la aplicación de una, sometería a la vulneración de la otra, delicada condición que se entraría a estudiar con la aplicación del mecanismo que trae consigo el juicio de ponderación en este caso llamado por Alexy ley de la ponderación. La precedencia de uno de los principios

al otro, trae consigo un interrogante, ¿Cuál de los dos principios es el que prevalece?, en los casos concretos los principios tienen diferente peso y primaria el principio con mayor peso, esto va más allá de la dimensión de validez, lleva entonces a la dimensión del peso, y precisamente este fundamento se enmarca al derecho de la libertad, pues es un derecho preponderante sobre otros derechos, es por ello que al adoptarse el nuevo modelo procesal penal, se ha establecido que ésta propugna la libertad como regla y la excepción su restricción contrario al modelo anterior que propugnaba contrariamente.

Ahora bien, teniendo algunos bosquejos respecto a la calidad del derecho de libertad sobre los demás derechos, se tiene que el fundamento de la libertad del imputado durante la tramitación del proceso es, en esencia, de rango constitucional. Ello así porque la inocencia cabe presumirla en el sentido que otorgan las propias normas de nuestra Constitución, y si todos somos inocentes antes de que se demuestre lo contrario, antes de que se tenga una sentencia firme, no resulta atendible la restricción del derecho de la libertad (conducción compulsiva). El espíritu constitucionalista nos hace ver a la eximición de restricción de la libertad de la persona, no como simples remedios procesales, como cuestiones propias del derecho público, sino como verdaderos derechos consagrados o emanados en nuestra carta magna, tal como lo reconoce e reiteradas jurisprudencias del tribunal Constitucional. Es más frente a la corriente “garantista” adoptada por nuestro código procesal penal, el respeto de los derechos fundamentales son el fundamento de este modelo procesal.

El sistema constitucional de derechos humanos cuya concreción encontramos desarrollada en norma constitucional, reforzado con los derechos y garantías contemplados en los Tratados Internacionales sobre la materia ratificados por nuestro país y que se hallen vigentes, incluye entre aquellos que se aseguran a todas las personas derechos fundamentales a los cuales nos interesa remitirnos en este estudio como son: la igualdad en el ejercicio de los derechos y la igualdad ante la justicia, y la libertad personal y la seguridad individual. La consagración de tales derechos nos conduce al estudio y análisis de su contenido esencial, y allí debemos

considerar, en primer término, que a toda persona se le reconocen otorgándosele el amparo constitucional un conjunto de derechos destinados a asegurar la igualitaria protección en el ejercicio de sus derechos, la seguridad de que tendrá expedito acceso a la defensa jurídica, de que en caso de conflicto se le garantice un justo proceso, y la presunción de inocencia y respecto de su libertad personal, desde luego las garantías que le asisten para disfrutar de la más amplia libertad de ambulatoria.

La conducción compulsiva es un estado de privación de libertad ambulatoria que un ilegítimamente el Ministerio Público impone al procesado por un delito reprimido con cierta pena privativa de libertad, durante la investigación del proceso. Esta es la coerción más grave autorizada en y con motivo de un proceso por las leyes adjetivas contra el imputado y se ejecuta por restringir la libertad del imputado, a pesar de gozar aquél de la situación de inocente y de ser beneficiado con el *in dubio pro reo*, por lo cual tiene que ser decidida con prudencia y fundamentamente.

4.3.2. Derecho a la defensa del imputado

La finalidad de este derecho es asegurar la efectiva realización de los principios procesales de contradicción y de igualdad de armas, principios que imponen a los órganos judiciales el deber de evitar desequilibrios en la posición procesal de ambas partes agraviado/imputado, e impedir que las limitaciones de alguna de las partes puedan desembocar en una situación de indefensión prohibida por la Constitución y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

El Derecho de defensa es un Derecho fundamental e imprescriptible en un debido proceso, que permite al imputado hacer frente al sistema penal en una formal contradicción con igualdad de armas. Y es que el derecho a la defensa del imputado lo que no implica que los sujetos procesales no gocen también de este derecho comprende la facultad, de controlar la prueba de cargo, en la de probar los hechos que procuran una exclusión o atenuación de responsabilidad, y todas aquellas que signifiquen la obtención de lo más favorable al acusado.

Algunos tratadistas sostienen también que el derecho de defensa está íntimamente relacionado con los derechos esenciales del hombre, vinculado a los valores de libertad y de seguridad jurídica; pues sin libertad de defensa no puede haber juicio propiamente dicho, siendo este uno de los requisitos del debido proceso. Es por ello que se afirma que el derecho de la defensa significa para todo habitante la real posibilidad de acudir ante los órganos jurisdiccionales en demanda de justicia y la facultad de llevar a cabo antes dicho poder “todos los actos razonables encaminados a una cabal defensa personal de su persona o de sus derechos de juicio.

En ese orden de ideas podemos señalar finalmente que el derecho de defensa es un derecho predicable de todos los órdenes jurisdiccionales, y se aplica en cualquiera de las fases del procedimiento penal. La finalidad de este derecho es asegurar la efectiva realización de los principios procesales de contradicción y de igualdad de armas, principios que imponen a los órganos judiciales el deber de evitar desequilibrios en la posición procesal de ambas partes agraviado/imputado, e impedir que las limitaciones de alguna de las partes puedan desembocar en una situación de indefensión prohibida por la Constitución y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Es por ello que el Tribunal Constitucional remarcó que el derecho a la defensa comporta, en el sentido estricto, el derecho a no quedar en estado de indefensión en cualquier etapa del proceso penal, el cual tiene una doble dimensión: un material, referida a la propia defensa del imputado; y otra formal, mediante el patrocinio de un abogado defensor. Así lo estableció mediante la sentencia contenida en el Exp. N° 00616-2011-PHC/TC, que declara improcedente la demanda de hábeas corpus en el extremo que se pretendía cuestionar el proceso penal en sede constitucional, e infundada en lo demás al no haberse acreditado la vulneración de los derechos a la libertad individual, al debido proceso y a la tutela procesal efectiva. En sus fundamentos, el tribunal explica que lo alegado por el demandante, respecto a que fue sentenciado por delitos que no fueron incluidos en la denuncia del proceso penal seguido, está referido al derecho de defensa. Sobre este último, refiere que comporta una doble dimensión, material y formal. La primera, referida al derecho del imputado o demandado de ejercer su propia defensa desde el mismo instante en que toma conocimiento de que se le atribuye la comisión de determinado hecho delictivo; y la segunda, que supone el derecho a una defensa técnica,

es decir, al asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor durante todo el tiempo que dure el proceso. "El tribunal ha precisado que el derecho a no quedar en estado de indefensión se conculca cuando los titulares de los derechos e intereses legítimos se ven impedidos de ejercer los medios legales suficientes para su defensa", manifiesta el TC. No obstante, añade, no cualquier imposibilidad de ejercer esos medios produce un estado de indefensión que atenta contra el contenido constitucionalmente protegido de dicha prerrogativa, sino que también es constitucionalmente relevante cuando se genera una indebida y arbitraria actuación del órgano que investiga o juzga al individuo, conforme a los Expedientes N° 00582-2006-PA/TC; N° 5175-2007-HC/TC, entre otros.

La consideración de la defensa como derecho fundamental conlleva su directa aplicabilidad, el deber de respeto y promoción de las condiciones para el óptimo ejercicio de este derecho por parte de los poderes públicos. El derecho de defensa reconocido en el inciso 14) del artículo 139° de la Constitución garantiza que los justiciables, en la protección de sus derechos y obligaciones, cualquiera que sea su naturaleza (civil, penal, laboral, etc.), no queden en estado de indefensión. El contenido esencial del derecho de defensa queda afectado cuando, en el seno de un proceso judicial, cualquiera de las partes resulta impedida, por concretos actos de los órganos judiciales, de ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos (STC 1230-2002-HC/TC).

En ese orden de ideas, cabe señalar que el contenido esencial del derecho de defensa queda afectado cuando, en el seno de un proceso judicial, cualquiera de las partes resulta impedida, por actos concretos de los órganos judiciales, de ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos. Su contenido en términos generales, comprende, los siguientes derechos: a) El derecho a ser oído, lo que abarca a su vez el derecho a conocer el contenido de los cargos que se le imputan y los antecedentes que los fundan, a objeto de ejercer adecuadamente su derecho a defenderse y a formular los planteamientos y alegaciones que convengan a su defensa. Desde el punto de vista del juez, atendida la existencia de éste derecho, las decisiones judiciales sólo podrán basarse en hechos y elementos probatorios sobre los cuales se les haya ofrecido a las partes la posibilidad de tomar noticia 25; b) El derecho a controlar y

controvertir la prueba de cargo; c) El derecho a probar los hechos que el mismo invoca para excluir o atenuar la reacción penal; d) El derecho de valorar la prueba producida y exponer las razones, fácticas y jurídicas, para obtener del tribunal una sentencia favorable; y e) El derecho a defenderse personalmente o, si esto no le fuera permitido, elegir un defensor para que lo represente y asista. Este haz de derechos reunidos en el concepto de “derecho de defensa”, es reconocido a nivel constitucional y a nivel de tratados internacionales, el mismo que presenta dos aristas, una, a la que denominamos derecho de defensa material, y que consiste en el ejercicio de los derechos que la Constitución y las leyes le confieren durante el procedimiento y que, en general, atingen en forma personal al imputado; y, otra, a la que llamamos derecho de defensa técnica, consistente en el derecho a ser asistido o defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento. La relación que existe entre una y otra, radica en que la defensa técnica es consecuencia necesaria de la efectiva defensa material.

En lo que dice relación con el derecho de defensa de nivel material, este comprende: a) derechos de información; b) derechos de intervención en el procedimiento; y, c) derechos que imponen un deber de abstención por parte de los órganos que intervienen en la persecución y el enjuiciamiento penal. Por su parte, el derecho de defensa de nivel técnico, comprende: a) El derecho a la autodefensa técnica; y, b) El derecho del imputado a designar un letrado de su confianza y, si no lo tiene o no puede tenerlo, a que se solicite por el ministerio público o se decrete de oficio por el tribunal la designación de un defensor penal público.

Finalmente debemos de señalar que el derecho de defensa en un sentido general, prejurídico y natural el verbo defenderse significa rechazar por sí mismo una agresión. La defensa se vincula así a un mecanismo elemental de actividad instrumental necesaria en la lucha por la supervivencia. Si trasladamos el concepto general de defensa al ámbito del derecho procesal, podemos entender que la defensa se configura como la posibilidad de desarrollar toda la actividad precisa para contribuir a eliminar la duda que el ejercicio de la acción penal ha hecho recaer sobre una determinada persona. Y más especialmente, como el derecho del imputado y la víctima a la tutela de su libertad y derechos

respectivamente, cuando pretende la observancia de las normas que evitan la lesión del propio derecho a la libertad.

El Código Procesal Penal reconoce expresamente el derecho a la defensa como uno de sus principios fundamentales en el artículo IX del Título Preliminar “toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a que se le informe de sus derechos, a que se le comunique de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra, y a ser asistida por un abogado defensor de su elección o, en su caso, por un Abogado de oficio, desde que es citada o detenido por la autoridad.” El proceso penal garantiza el ejercicio de los derechos que corresponden a la persona agraviada por el delito. Los Pactos internacionales también regulan la defensa oficial, como el “derecho irrenunciable”; es por ello que el derecho de defensa se convierte a la facultad de las partes de sostener sus posiciones y de contradecir los fundamentos del contrario. Es un derecho público constitucional que asiste a toda persona física parte de un proceso penal, mediante cuyo ejercicio se garantiza la asistencia técnica de un abogado defensor y se le concede a ambos la capacidad de postulación necesaria para oponerse eficazmente a la pretensión punitiva y poder hacer valer dentro del proceso el derecho constitucional a la libertad del ciudadano.

En ese sentido debemos de precisar que el derecho de defensa toma dos vertientes como mecanismos de defensa, y estas son, la autodefensa y la defensa técnica, es a través de ellas que las partes de un proceso pueden hacer respetar sus derechos que le corresponden:

4.3.2.1. La conducción compulsiva y el derecho a no declarar

Otra manifestación del derecho a la no autoincriminación es el derecho a mantenerse silente o no declarar. 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 ignora 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, 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.

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.

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. 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.

En este orden de ideas es necesario recalcar, que el imputado puede no declarar dentro de un proceso penal, entonces cabe la pregunta ¿para qué efectos serviría disponer la conducción compulsiva del imputado?, si éste al momento de estar ante el representante del Ministerio Público decide no declarar, con lo que se advierte que efectivamente la conducción compulsiva no tiene un fundamento validero para pueda estar regulado dentro del código procesal penal, por tanto es necesario su abolición de dicha potestad otorgada al Ministerio Público.

Finalmente debemos de precisar que la garantía del imputado a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable lo constituyen en un sujeto incoercible del procedimiento. Expresado en el conocido aforismo *nemo tenetur se ipsum accusare*; ésta garantía vale tanto para los interrogatorios policiales como para los del Ministerio público, sea durante la investigación preliminar o durante el desarrollo del juicio. La incolumidad del derecho a la no autoincriminación impone la prohibición de todo método de interrogatorio que menoscabe o coacte la libertad del imputado para declarar o afecte su voluntariedad. El imputado no podrá ser sometido a ninguna clase de coacción, amenaza o promesa, exceptuada de una ventaja que estuviere expresamente prevista en la ley penal o procesal penal. Quedan incluidos en esta prohibición, en consecuencia, la conducción compulsiva.

En forma enfática la Constitución Política ha impuesto la protección del derecho de defensa y garantiza su ejercicio en el inciso 14 del artículo 139, que señala como principio y derecho de la función jurisdiccional el de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso; así, en un juicio es inviolable la defensa de la persona y sus derechos, determinando de esta forma un inquebrantable mandato, para el juez fundamentalmente, como para los demás operadores de justicia. Y he aquí, que, a modo de refuerzo, la Constitución de 1993, establece que nadie puede ser obligado o inducido a declarar contra sí mismo; esto constituye una de las expresiones del derecho de defensa. En consecuencia, la inviolabilidad

del derecho de defensa se traduce en la incoercibilidad del imputado. Solo la declaración del imputado, obtenida por un procedimiento respetuoso de las reglas, puede ser valorada ampliamente por los jueces para fundar sus juicios o decisiones sobre la reconstrucción del comportamiento atribuido, objeto del proceso, si a la vez respeta a las demás reglas de garantía que la rigen. Observando el fenómeno desde el punto de vista negativo, se debe concluir en que la declaración del imputado, que menosprecia estas, no puede ser utilizada para fundar una decisión que lo perjudique y sólo es aprovechable en tanto lo beneficie. La consecuencia expresada no depende de la voluntad del imputado ni de su protesta ante el vicio, pues se trata de una garantía constitucional y de un defecto relativo a la participación del imputado en el procedimiento”.

CONCLUSIONES

Dentro de un Estado de Derecho se trata de ser imparcial jugando un papel mediador entre la moral y el derecho, o como lo dice Alexy el estado constitucional democrático trata de resolver la vieja relación de tensión entre el derecho y la moral, presentándose en esta situación la participación de un positivismo jurídico, dándose en el verdadero fundamento de esta organización política de gobierno, mostrando un no positivismo llevando consigo los ideales y postulados de este estado, el constitucional democrático. En ese sentido se entra a determinar la racionalidad de la ponderación, si este mecanismo permite contactar la meta-teoría planteada por Alexy para que se vea representada en una constitución material y no idealizada, llevando a cabo dicho juicio propuesto, para la construcción de una dogmática seria de los derechos fundamentales que permite aplicar y explicar acertadamente su teoría.

En su teoría de los derechos fundamentales Alexy plantea, que las colisiones de principios deben ser solucionadas de manera totalmente distinta. Ya que cuando dos principios entran en colisión tal como ocurre cuando, según un principio, algo está prohibido, y según otro principio, lo mismo está permitido, uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro, y este último no se aplicaría para el caso concreto, ocasionaría una incertidumbre jurídica, ya que por el caso especial la aplicación de este principio sería diferente. A la hora de sopesar los principios, debemos tener en cuenta que una posible solución sería la precedencia de un principio sobre otro, en el caso de la sentencia de incapacidad procesal en la cual dos garantías están en controversia, porque la aplicación de una, sometería a la vulneración de la otra, delicada condición que se entraría a estudiar con la aplicación del mecanismo que trae consigo el juicio de ponderación en este caso llamado por Alexy ley de la ponderación. La precedencia de uno de los principios al otro, trae consigo un interrogante, ¿Cuál de los dos principios es el que prevalece?, en los casos concretos los principios tienen diferente peso y primaria el principio con mayor peso, esto va más allá de la dimensión de validez, lleva entonces a la dimensión del peso, y precisamente este fundamento se enmarca al derecho de la libertad, pues es un derecho preponderante sobre otros derechos, es por ello que al adoptarse el nuevo modelo procesal penal, se ha establecido que ésta propugna la libertad como regla y la excepción su restricción contrario al modelo anterior que propugnaba contrariamente.

Ahora bien, teniendo algunos bosquejos respecto a la calidad del derecho de libertad sobre los demás derechos, se tiene que el fundamento de la libertad del imputado durante la tramitación del proceso es, en esencia, de rango constitucional. Ello así porque la inocencia cabe presumirla en el sentido que otorgan las propias normas de nuestra Constitución, y si todos somos inocentes antes de que se demuestre lo contrario, antes de que se tenga una sentencia firme, no resulta atendible la restricción del derecho de la libertad (conducción compulsiva). El espíritu constitucionalista nos hace ver a la eximición de restricción de la libertad de la persona, no como simples remedios procesales, como cuestiones propias del derecho público, sino como verdaderos derechos consagrados o emanados en nuestra carta magna, tal como lo reconoce y reiteradas jurisprudencias del tribunal Constitucional. Es más frente a la corriente “garantista” adoptada por nuestro código procesal penal, el respeto de los derechos fundamentales son el fundamento de este modelo procesal.

El sistema constitucional de derechos humanos cuya concreción encontramos desarrollada en norma constitucional, reforzado con los derechos y garantías contemplados en los Tratados Internacionales sobre la materia ratificados por nuestro país y que se hallen vigentes, incluye entre aquellos que se aseguran a todas las personas derechos fundamentales a los cuales nos interesa remitirnos en este estudio como son: la igualdad en el ejercicio de los derechos y la igualdad ante la justicia, y la libertad personal y la seguridad individual. La consagración de tales derechos nos conduce al estudio y análisis de su contenido esencial, y allí debemos considerar, en primer término, que a toda persona se le reconocen otorgándosele el amparo constitucional un conjunto de derechos destinados a asegurar la igualitaria protección en el ejercicio de sus derechos, la seguridad de que tendrá expedito acceso a la defensa jurídica, de que en caso de conflicto se le garantice un justo proceso, y la presunción de inocencia y respecto de su libertad personal, desde luego las garantías que le asisten para disfrutar de la más amplia libertad de ambulatoria.

La conducción compulsiva es un estado de privación de libertad ambulatoria que ilegítimamente el Ministerio Público impone al procesado por un delito reprimido con cierta pena privativa de libertad, durante la investigación del proceso. Esta es la coerción más grave autorizada en y con motivo de un proceso por las leyes adjetivas contra el imputado y se ejecuta por restringir la libertad del imputado, a pesar de gozar aquél de la situación de

inocente y de ser beneficiado con el *in dubio pro reo*, por lo cual tiene que ser decidida con prudencia y fundadamente.

RECOMENDACIONES

Debe incorporarse los resultados de la presente investigación, a la exigua teoría existente sobre la naturaleza jurídica de la conducción compulsiva, a efectos de tener una fuente sistematizada y completa respecto de sus fundamentos dogmáticos, el mismo que permitirá al legislador entender con mayor conocimiento respecto de la regulación legal de la conducción compulsiva como potestad otorgada al Ministerio Público.

Es necesario reconocer que, dentro del escaso tratamiento dogmático sobre el tema de la conducción compulsiva, las fuentes que se han encontrado durante el desarrollo de la presente investigación son mínimas, por lo que debe continuarse con un esfuerzo de sistematización que permita conocer a plenitud las características propias de una mediada de coerción personal como la conducción compulsiva.

La figura descrita respecto a medidas de coerción personal, en nuestro código procesal penal deben de orientarse en base a los lineamientos de nuestra carta magna y por supuesto con el modelo procesal penal adoptado, pues de lo contrario estamos frente a claros conflictos que llegan a atentar contra los derechos fundamentales de las personas y consecuentemente la desnaturalización del modelo adopta en nuestro país.

BIBLIOGRAFÍA

- Academia De La Magistratura, *Manual de Juzgamiento, Prueba y Litigación Oral en el nuevo modelo Procesal Penal, Normas para la Implementación*. Lima –Perú.
- Almagro, J. (1994) *Instituciones de derecho procesal. Proceso penal*. 2da Edición. Editorial Trivium, S.A., España. 320pp.
- Almagro Nosete, J. (1994), *en él mismo - TOME PAULE, José. Instituciones de derecho procesal*. Proceso penal. Madrid - España: Trivium, Segunda edición.
- Alvarez, G. (2003). *Curso de Investigación Jurídica*. Editorial Lexis Nexos. Chile.
- Álvarez, U. G. (2003). *Curso de Investigación Jurídica*. Chile: Lexis Nexos.
- Alzamora, M. (1964). *Introducción a la Ciencia del Derecho*. Talleres Gráficos P. L. Villanueva S. A., Lima, Perú.
- Angulo, A. P. (2007). *El Interrogatorio de Testigos en el Nuevo Código Procesal Penal*. Dialogo Con la Jurisprudencia. Gaceta Jurídica. Primera Edición julio. p. 142.
- Ambos, K. (2004). *Es el procedimiento penal internacional adversarial, inquisitivo o mixto*. Legis. Santa Fe de Bogotá.
- Avila, H. (2012). *Teoría de la Seguridad Jurídica*. Madrid: Cátedra de cultura Jurídica, Editorial Marcial Pons.
- Bacigalupo, E. (1987). *Derecho penal parte general*. Buenos Aires - Argentina: Hammurabi.
- Baumann, J. (1986). *Derecho procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales*. Introducción sobre la base de casos. 3ra Edición. Buenos Aires – Argentina. Editorial Depalma.
- Barona, S. (1994). *La conformidad en el Proceso Penal*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia.

- Benavente Chorres, H. (2005). *La negociación penal y la conformidad. Una necesaria reforma para el establecimiento del sistema adversarial en el proceso penal peruano*. Dialogo con la Jurisprudencia. N° 81. Lima. Junio.
- Bendava, S. (1999). *"Derecho Internacional Público"*, 6a edición, Editorial Jurídica Cono Sur, Santiago, p. 194.
- Bentham, J. (2001). *Tratado de las Pruebas Judiciales*. Granada: Editorial Comares.
- Beytelman, A. A. y Duce, J. M. (2005). *"Litigación Penal. Jucio Oral y Prueba"*. Editorial Alternativa. Lima.
- Bibbio, N. (1985). *Estado, Gobierno y Sociedad: por una Teoría General de la Política*. Tauros Madrid, España.
- Binder, A. (1992). *Política criminal, Derecho penal y Derecho procesal penal, en Justicia penal y sociedad*. N° 02. Guatemala.
- Binder, A. (1993). *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Edit. Ad Hoc. Buenos Aires. p. 37.
- Binder, A. (1997). *Política Criminal de la Formulación a la Praxis*. Ad-Hoc. Buenos Aires, Argentina.
- Boletín de Jurisprudencia – Ministerio Público N° 7- Chile.
- Bramont, A. L. (1980). *"La Nueva Constitución y el Derecho Penal"*, Lima, Perú.
- Cabanellas, De Torres, G. (1993). Undécima Edición. *Diccionario Jurídico Elemental*. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina.
- Calderón, A. (2011). *El Nuevo Sistema Procesal Penal, análisis crítico*. Editorial Egacal. Lima, Perú.
- Calzada, P. (1990). *Derecho Constitucional*. México D.F. 2da. Edición. Editorial: Harla, México D.F.
- Cárdenas, R. (2006). *La Presunción de Inocencia*. Editorial Porrúa. México.

- Carocca A. (1997). *Las garantías constitucionales del debido proceso y de la tutela judicial efectiva en España, en Normas Legales N° 257*. Trujillo - Perú.
- Carrío, A. (1994). *Garantías constitucionales en el proceso penal*. Buenos Aires - Argentina: Hammurabi.
- Castillo, J. (2015). *Prisión Preventiva*. Editorial Pacifico S.A.C. Lima, Perú.
- Chamorro, B. (1994). *La tutela judicial efectiva. Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución*. Barcelona – Editorial Bosh. España.
- Chanamé, O. R. (2009). *Manual de Derecho Constitucional*. Editorial ADRUS.
- Correa y Barros, (1993). *Editores, "Justicia y Marginalidad: Percepción de los pobres. Resultados y Análisis de un Estudio Empírico", Corporación de Promoción Universitaria*. Dirección de Estudios Sociológicos. Pontificia Universidad Católica de Chile, San
- Cubas, V. (2006). *El Proceso Penal*. Lima: Palestra Editores. Lima.
- Cusi, E. (2017). *Prisión Preventiva. ¿Qué alego en la audiencia?* Ediciones Jurídicas, A & C S.A.C. Lima, Perú.
- Del Villar Delgado, D, D. (2003). *Reforma a la Fiscalía y Sistema Acusatorio*. Librería Jurídica Sanchez, 1ra Edición, Medellín.
- Del Rio, G. (2016). *Prisión Preventiva, medidas alternativas*. Editorial Pacifico S.A.C. Lima, Perú.
- Duce, M. (2009). *Proceso Penal*. Edit. Jurídica de Chile. Chile.
- Espinoza, G. (2006-2008) *Nueva Jurisprudencia*.
- Ferrajoli, L. (2010). *Garantías Constitucionales en el NCPP*.
- Fernandez, E. J. (1988). *"El compromiso del juez penal con la tutela de los derechos y libertades fundamentales"*, en Poder Judicial. Número especial X. Madrid – España.

- Flores, A. (2016). *Derecho Procesal Penal I*. Utex. Chimbote, Perú.
- Foucault, M. (2010). *El Coraje de la Verdad*. (H. Pons, Trad.). México DF: Editorial del fondo de Cultura Económica.
- Gálvez, V. (2008). *El Código Procesal Penal*, Jurista Editores, Lima.
- García, B. D. (1982). "Los Derechos Humanos como Ideología" en derecho N° 36 revista del programa académico de derecho de la pontificia universidad católica del Perú.
- Garzón, E. (2008). *La Prisión Preventiva, medida cautelar o pre pena*. Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Gomez, C. (1985). *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*. Barcelona - España: Bosch.
- Haba, E. P. (1996). *Filosofía del Derecho*. Editorial Doxa.
- Hurtado P. J. (1974). "La interpretación de la Ley (Penal) en el Derecho Penal". en Revista Derecho No. 32. Lima, Perú.
- Jimenez, L. (1980). "La Ley y el Delito". Madrid, España.
- Loza, C. (2013). *La Prisión Preventiva Frente a la Presunción de Inocencia en el NCPP*. Estudio Loza Avalos Abogados. Lima, Perú.
- Maier, J. B. (1989). *Derecho Procesal Penal Argentino*. T.I. Vol. B. Editorial Hamurabi. Buenos Aires. p. 18.
- Miro, Q. C. (2003). El Hombre, el Mundo, el destino. Introducción no convencional a la Filosofía. Universidad de Lima, Perú.
- Montañés, M. (1999). *La Presunción de Inocencia, análisis doctrinal y jurisprudencial*. Pamplona. Editorial Aranzadi. España.
- Montero, A. J. (1994). *La Garantía Procesal Penal y el Principio acusatorio*. La Ley. Buenos Aires. p. 42.

- Muñoz, C. F. (2004). *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*. Hamurabi. Buenos Aires.
- Neyra, F. J. (2010). *Manual del nuevo Proceso Penal & Litigación Oral*. Ideosa. Lima.
- Ore, G. A. (1999). *Manual Derecho Procesal Penal*. 2da.Edición. Editora Alternativas. p. 456.
- Paine, T. (1793). *La edad de la razón*. Edit. Spetings.
- Perez, L. A. (1984). *Los Derechos Fundamentales*. Madrid, Tecnos.
- Prieto, S. (2004). *En su obra "Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales"*, Edit Thomsom, Madrid.
- Putnam, H. (1994). *Sentido, Sinsentido y los Sentidos*. Barcelona: Editorial Paidós.
- Quiroz, W. y Araya, A. (2014). *La Prisión Preventiva Desde la Perspectiva Constitucional, dogmática y de control de convencionalidad*. Editorial Ideas. Lima Perú.
- Riego, C. (1994). *"El proceso Penal Chileno y los Derechos Humanos"*, Cuadernos de Análisis Jurídico, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, pág. 13.
- Rodriguez, M. (2013). *La constitucionalización del derecho procesal y su repercusión en la reforma de la normatividad ritual (CPP) y el sistema de justicia penal*. Revista derecho PUCP. Volumen: 71.
- Sanchez, P. (2004). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Idemsa, Lima, Perú.
- San Martín, C. (2003). *Derecho Procesal Penal*. Grijley. Segunda Edición. p. 545.
- San Martin, C. (2006). *Derecho Procesal Penal*. Vol. I. Editora. Grijley. Lima p. 42.
- Vasquez, R. J. (2004). *Derecho procesal Penal; Conceptos Generales*. Tomo I. Rubinzal Culzoni Editores. Argentina. p. 111.

- Villavicencio, C. (2016). *Derecho Penal parte general*. Editora y Librería Jurídica. Grijley E.I.R.L. Lima, Perú.
- Villegas, E. (2016). *Límites a la Detención y Prisión Preventiva*. Editorial Gaceta Jurídica. Lima, Perú.
- Von Bertalanffy, (1976). *Ludwing, Teoría General de los Sistemas: Fundamentos, Desarrollo, Aplicaciones*. Fondo de Cultura económica. Mexico. D.F. p. 206.
- Wolfgang, S. (1994). "*Derechos Humanos y Procedimiento Penal: pautas del Procedimiento Penal Alemán*", en "*Proceso Penal y Derechos Fundamentales*" Colección Estudios N° 1 de la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación. Santiago de Chile. p. 603.

ANEXOS

Anexo 1. Guía de investigación documental

I.- IDENTIFICACIÓN DEL DOCUMENTO.

1.1 TITULO.....

1.2 AUTOR.....

1.3 GAR DE EDICION.....AÑO.....

1.4 EDITORIAL.....

II CRITERIOS DE INVESTIGACION.

FUNDAMENTO	ARGUMENTO TEORÍA	PÁG.	COMENTARIO U OBSERVACIÓN

Anexo 4. Unidades y ejes de investigación

UNIDADES	EJES	SUBEJES
<p>1.- Naturaleza Jurídica y Características de la Conducción Compulsiva</p>	<p>1.- Naturaleza Jurídica.</p> <p>2.- Características</p>	<p>1.1.- Regulación Legal</p> <p>1.2.- Concepto</p> <p>2.1.- La conducción compulsiva en la Constitución</p> <p>2.2.- Legitimidad del Sujeto Procesal que dispone la Conducción Compulsiva.</p> <p>2.3.- Derecho Comparado</p>
<p>2.- La Libertad del testigo como derecho fundamental y su Vulneración en el proceso penal por la conducción compulsiva</p>	<p>1.- El Derecho fundamental a la libertad del Testigo.</p> <p>2.- Vulneración del Derecho a la Libertad del testigo</p>	<p>1.1.- Constitucionalidad de la Conducción Compulsiva del testigo</p> <p>1.2.- El Testigo en el Proceso Penal</p> <p>2.1.- Ponderación: fin del proceso y derecho a la libertad del testigo</p> <p>2.2.- Determinación de la Vulneración</p>
<p>3.- Libertad del Imputado y el Derecho a la Defensa del Imputado</p>	<p>1.- Libertad del Imputado</p>	<p>1.1.- Afectación de la Libertad del Imputado en el Proceso Penal</p> <p>1.2.- Juicio de Ponderación: Libertad del Imputado y fines del proceso</p> <p>2.1.- La Conducción Compulsiva y el derecho a no declarar</p>



	2.- Derecho a la Defensa del Imputado	
--	---------------------------------------	--