

**UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS**  
**ESCUELA DE POST-GRADO**  
**UNIDAD DE POST-GRADO EN DERECHO**  
**MENCION EN CIENCIAS PENALES**

TESIS:

**EL DERECHO A LA NO INCRIMINACION**  
**Y SU APLICACIÓN EN EL PERU.**

PRESENTADA POR:

**FANY SOLEDAD QUISPE FARFAN**

TUTOR

**Mg. VICTOR CUBAS VILLANUEVA**

Lima, 2002

# CONTENIDO

## I. PROYECTO DE TESIS

## II. INTRODUCCIÓN

## III. DESARROLLO DE LA TESIS

### **Capítulo 1:** El derecho a declarar y la garantía de no incriminación

#### 1.1. Definición:

#### 1. 2. Fundamento

##### a) La dignidad como fundamento

##### b) La búsqueda de la verdad.

##### c) Nuevos paradigmas para el proceso

#### 1. 3. Origen y evolución.

##### a) El Juramento en la historia

##### b) La declaración y las formas inquisitivas

##### c) Sir Cooke y el caso Lilburne

##### d) El caso Miranda Vs. Arizona

#### 1.4. Regulación legal

#### 1.5. Naturaleza jurídica de la declaración

### **Capítulo 2:** Contenido y Alcances del derecho a la libertad de decla

rar

## 2.1. Contenido del Derecho a la no incriminación

2.1.1 La no utilización de coerción y la proscripción del juramento.

2.1.2 La proscripción de preguntas “capciosas o sugestivas”

2.1.3. Libertad negativa: Derecho al silencio

2.1.4 La facultad de faltar a la verdad en sus declaraciones

2.1.5 El derecho a la pluralidad de declaraciones

2.1.6 La proscripción de la exhortación de decir la verdad

## 2.2. Alcance de este derecho

2.2.1 Extensión de la libertad de declarar

2.2.2. Alcance a los testigos

2.2.3. Alcance a los familiares

2.2.4. Ambito de aplicación extra penal

## **Capítulo 3:** Aspectos Problemáticos de la institución

3.1. ¿Existe un derecho a mentir?

3.2 ¿Existe el deber del imputado de brindar sus datos personales?

3.3. ¿Existe la obligación de identificarse como responsable de una sanción administrativa.

- 3.4. ¿Existe el deber de someterse a una intervención corporal o el deber de proporcionar documentos u otros que puedan auto incriminar?
- 3.5. ¿Existe el deber del inculpado participar en ruedas de reconocimiento?
- 3.6. ¿Los beneficios de colaboración eficaz o de terminación anticipada contradicen la no incriminación?.

#### **Capítulo 4:** Mecanismos procesales de protección

- 4.1 Información sobre el derecho a guardar silencio
- 4.2. No Presunción de responsabilidad del silencio.
- 4.3. La delimitación entre no-incriminación y confesión
- 4.4. Prohibiciones Probatorias
- 4.5. La precisión del alcance de la no incriminación sobre los hechos
- 4.6. Límites a la investigación policial

#### **ANEXOS**

- 1.- Jurisprudencia Nacional e Internacional
  - a.- Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español TC Pleno, S 21-12-1995, núm. 197/1995.
- 2.- Jurisprudencia Nacional

- a.- Exp. N° 3043-97 –Sala Superior
- b.- Exp. N° 1064-97-Lima Sala Especializada de Derecho Público
- c.- Exp. N° 1045-99-Huanuco Sala Penal “C”
- d.- Expediente N° 1798-T Corte Superior de Justicia de Huanuco-Pasco

#### **IV. CONCLUSIONES**

#### **V. RECOMENDACIONES**

#### **VI. BIBLIOGRAFÍA**

## **I.- PROYECTO DE TESIS:**

# **EL DERECHO A LA NO INCRIMINACION Y SU APLICACIÓN EN EL PERU.**

## **1.- OBSERVACIONES**

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

Debemos recordar que el derecho a la no incriminación se encontraba expresamente reconocido en la Constitución Política del Perú, en el artículo 2° inciso 20 numeral K; sin embargo no fue reconocido expresamente en la Constitución de 1993., que limita en su art. 2° inciso 24 numeral g, el contenido del derecho a la no incriminación a la prohibición de violencia física o moral.

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

Esta situación ha sido puesta de relieve con los últimos acontecimientos que ha vivido nuestro país que develaron la existencia de la red de corrupción fuji.-montesinista y la difusión por los medios de comunicación, tanto de los juicios por estos casos como por el trabajo de las comisiones investigadoras del Congreso de la República.

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

En el llano y en el quehacer de cada día de los Tribunales, es común observar que muchos jueces sustentan sus resoluciones judiciales condenatorias con frases como “teniendo en cuenta, además que el procesado estuvo renuente a colaborar con la justicia a pesar de ser debidamente exhortado...”, lo que evidencia un desconocimiento del derecho a la no incriminación.

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

Por ello la no incriminación entendida como el derecho del procesado de introducir en el proceso la información que él considere conveniente, se ha visto poco desarrollado en nuestro país y su expresión mínima, cual es no ser coaccionado a declarar, se ha reducido a la prohibición de violencia física, es decir de la tortura, olvidándose sus alcances en lo que se conoce como la coacción moral y el derecho al silencio.

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

ción de inocencia.

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

## **2.- PROBLEMA**

Determinar cuáles son los alcances del Derecho a la no incriminación según los nuevos paradigmas del Derecho Constitucional y del Derecho Procesal Penal, identificando sus aspectos problemáticos que imposibilitan su real aplicación y los medios procesales para garantizarlo

## **3.- OBJETIVOS**

1. Desarrollar la definición, fundamentos y los alcances del derecho a la no incriminación, desde el ámbito constitucional y procesal.
2. Identificar los problemas que presenta esta institución, tanto a nivel teórico como práctico.
3. Proponer los mecanismos procesales que garanticen el respeto a este derecho, según la experiencia del Derecho Comparado.

## **4.- HIPÓTESIS**

1. El derecho a la no incriminación se encuentra fundamentado en



la dignidad de la personas.

2. El derecho a declarar y la no-incriminación incluye el derecho a guardar silencio, el derecho a mentir y no se reduce únicamente a la prohibición de la coerción física y/o moral en la declaración de las personas
3. La regulación positiva de determinadas obligaciones por parte de los agentes policiales, judiciales y fiscales se hace necesario para cautelar el derecho a la no-incriminación.

## **5.- MARCO TEORICO**

### **5.1.- ESTADO DE LA CUESTIÓN**

La necesidad de erradicar la práctica de la tortura, utilizada a fin de obtener la confesión de los inculpados, no sólo en épocas nefastas de la historia del derecho, sino incluso modernamente, constituyó la causa de la implantación de la garantía de la no incriminación. Las investigaciones sobre este tema no pueden desdeñar pues la historia del proceso penal.

Por ello un primer antecedente inmediato que hemos encontrado respecto a este tema es el debate sobre la calidad del inculpado como objeto o sujeto del proceso y su posterior reconocimiento como sujeto, tal discusión es sintetizada por el profesor ALBIN ESER.

Luego de ello, el establecimiento de las garantías procesales implantadas a nivel constitucional y su reconocimiento como derecho, permite el desarrollo doctrinario sobre el derecho a no declarar contra sí mismo ni a declararse culpable; al respecto tenemos el estudio del profesor Dr. JOAN PICO I JUNOY titulado “Garantías Constitu-

cionales del Proceso”.

En el Derecho comparado el desarrollo de la no incriminación encuentra una de sus fuentes principales en el Due process law inglés, ya que es en Estados Unidos donde se establece el contenido de esta garantía con el establecimiento de la “Miranda Rule” y los mecanismos de salvaguarda a este derecho.

En Estados Unidos, el Tribunal Supremo estableció que el uso que hiciera cualquiera de sus Estados miembros de una confesión que suponga cualquier tipo de coacción supone una negación del Due Process of Law, y por lo tanto es inadmisibile. Esta es la primera línea directriz para la admisión de la confesión.

La importancia de este tema de la no-incriminación como manifestación del Derecho de Defensa es desarrollado de manera amplia por el Dr. ALEX CARROCCA PÉREZ en su libro “Garantía Constitucional de la Defensa Procesal”. (Barcelona: Bosch, 1997).

Por lo demás y respecto a que se siguen produciendo condenas penales con violación de este derecho a la no incriminación es menester resaltar los informes publicados por las instituciones que velan por los derechos Humanos, sobre cifras de torturas (véase IDEELE N°97/1997).

La utilización de actos de prueba o de investigación que se originan en violación del derecho-garantía de la no incriminación deviene en prueba ilícita o “prueba prohibida”, es decir que no puede ser incorporada al proceso, tema que se encuentra ampliamente desarrollado por los procesalistas modernos.

Sin embargo en lo que respecta a nuestro país al no existir las salvaguardas positivas necesarias de cautela a este derecho, las de-

claraciones obtenidas violentando el derecho a la no incriminación son incorporadas al proceso, asumiéndose como lícitas.

Sobre el desarrollo de los derechos constitucionales (la no incriminación se encuentra dentro de ellos) de directa aplicación es necesario recurrir al Derecho comparado y en especial a lo establecido por el Tribunal Constitucional español.

Por lo que hemos podido investigar hasta el momento, en América Latina la garantía de la no incriminación se encuentra reducida sólo a evitar que se produzcan declaraciones bajo algún tipo de coacción física o moral y no se entiende su real contenido.

Así en Argentina, CARLOS COLAUTTI sostiene que la garantía de no autoincriminación ha quedado reducida ya que “la autoincriminación carece de validez en sede penal, sólo cuando es producto de la coacción que abarca los aspectos físicos y psíquicos” (*Derechos Humanos*. Buenos Aires, Universidad, 1995 p. 105).

Como vemos nuestro marco teórico para el desarrollo de esta investigación se enmarca no sólo dentro del marco del Derecho procesal penal sino que incluye al Derecho Constitucional, ya que los principios procesales son, como explica TIEDEMANN el conflicto entre poder punitivo y el ciudadano, es un problema de derecho constitucional. (ROXIN, Claus, ARTZ Gunther y Klaus TIEDEMANN. *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal*, Barcelona, Ariel 1989.)

## **5. 2.- GLOSARIO**

### **A) La No Incriminación.-**

El derecho a “no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable” es una manifestación de los derechos constitucionales de defensa y de la presunción de inocencia.

Es el derecho del inculcado de introducir al proceso la información que considere conveniente.

Dicho derecho tiene dos expresiones: el derecho a declarar y el derecho a no hacerlo.

### **B) Derecho a Guardar Silencio**

Expresión del derecho a la no incriminación, por el cual el silencio del inculcado no puede ser tenido como indicio de culpabilidad.

El silencio de inculcado no es susceptible de ser valorado por el Juzgador.

### **b) Garantías Constitucionales del Proceso**

Producto de las lucha de los ciudadanos a fin de protegerse de fuerza pública del Estado y de sus desbordes, se constituyen en verdaderos límites a este poder y por eso tienen rango constitucional y ese es su grado. Son a la vez principios orientadores de la actividad legislativa de un Estado en materia de justicia.

### **c) Presunción de inocencia**

Es una garantía genérica prevista en nuestra Constitución como un derecho fundamental a la libertad. Se constituye en una presunción *iuris tantum* por la cual nadie puede ser considerado como culpable si es que no existe una condena penal que así lo declare. Es un concepto a partir del cual se construye todo un modelo garantista de justicia penal.

## **5. 3.- SUMARIO**

### **Capítulo 1:** El derecho a declarar y la garantía de no incriminación

#### 1.1. Definición:

#### 2. 2. Fundamento

##### b) La dignidad como fundamento

b) La búsqueda de la verdad.

c) Nuevos paradigmas para el proceso

#### 1. 3. Origen y evolución.

##### b) El Juramento en la historia

b) La declaración y las formas inquisitivas

c) Sir Cooke y el caso Lilburne

d) El caso Miranda Vs. Arizona

1.4. Regulación legal

1.5. Naturaleza jurídica de la declaración

## **Capítulo 2:** Contenido y Alcances del derecho a la libertad de declarar

2.1. Contenido del Derecho a la no incriminación

2.1.1 La no utilización de coerción y la proscripción del juramento.

2.1.2 La proscripción de preguntas “capciosas o sugestivas”

2.1.3. Libertad negativa: Derecho al silencio

2.1.4 La facultad de faltar a la verdad en sus declaraciones

2.1.5 El derecho a la pluralidad de declaraciones

2.1.6 La proscripción de la exhortación de decir la verdad

2.2. Alcance de este derecho

2.2.1 Extensión de la libertad de declarar

2.2.2. Alcance a los testigos

2.2.3. Alcance a los familiares

2.2.4. Ambito de aplicación extra penal

### **Capítulo 3:** Aspectos Problemáticos de la institución

- 3.1. ¿Existe un derecho a mentir?
- 3.2. ¿Existe el deber del imputado de brindar sus datos personales?
- 3.3. ¿Existe la obligación de identificarse como responsable de una sanción administrativa.
- 3.4. ¿Existe el deber de someterse a una intervención corporal o el deber de proporcionar documentos u otros que puedan auto incriminar?
- 3.7. ¿Existe el deber del inculpado participar en ruedas de reconocimiento?
- 3.8. ¿Los beneficios de colaboración eficaz o de terminación anticipada contradicen la no incriminación?.

### **Capítulo 4:** Mecanismos procesales de protección

- 4.1 Información sobre el derecho a guardar silencio
- 4.7. No Presunción de responsabilidad del silencio.
- 4.8. La delimitación entre no-incriminación y confesión
- 4.9. Prohibiciones Probatorias
- 4.10. La precisión del alcance de la no incriminación sobre los hechos

#### 4.11. Límites a la investigación policial

### **ANEXOS**

#### Jurisprudencia Nacional e Internacional

1.- Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español TC Pleno, S  
21-12-1995, núm. 197/1995.

#### 2.- Jurisprudencia Nacional

a.- Exp. N° 3043-97 –Sala Superior

b.- Exp. N° 1064-97-Lima Sala Especializada de Derecho Público

c.- Exp. N° 1045-99-Huanuco Sala Penal “C”

d.- Expediente N° 1798-T Corte Superior de Justicia de Huanuco-  
Pasco



# EL DERECHO A LA NO INCRIMINACION

## Y SU APLICACIÓN EN EL PERU.

DEDICADO

A Pedro Paulino y Pedro Rodrigo.

A todos los que, como decía Cortázar, “alzan con sus manos desnudas los pavimentos de cemento y estadística para apedrear la Gran Costumbre”.

**CON AGRADECIMIENTO**

Al Mg. Víctor Cubas Villanueva, profesor y  
amigo, por todo el tiempo brindado.

## II.- INTRODUCCIÓN

“Primero se llevaron a los comunistas, pero a mí no me importó, porque yo no era, en seguida se llevaron a unos obreros pero a mí no me importó porque yo tampoco era... ahora me llevan a mí, pero ya es tarde.”

B. Brecht

El Derecho a declarar y a la no incriminación íntimamente ligado a la libertad de declarar se encuentra poco desarrollado en nuestro medio. Uno de esos factores es sin duda la práctica policial y judicial de considerar a la declaración del inculpado como un deber.

Si bien existe consenso de que no se puede utilizar la violencia física o moral contra la persona para obligarlo a declarar, este derecho sin embargo no se puede reducir a ello, pues presenta múltiples alcances en la protección del inculpado cuando ejerce su derecho a declarar. Mas aun, sus alcances se extienden no sólo a nivel policial o judicial sino incluso en todo procedimiento que involucre un sanción para el procesado.

Día a día en nuestros tribunales se ejerce una práctica judicial que no se encuentra acorde con el contenido de este derecho. Un ejemplo de ello, es la exhortación a decir la verdad, práctica frecuente que nuestra misma jurisprudencia reconoce a la hora de merituar si una confesión fue o no voluntaria.

La concepción inquisitiva que defendió la idea de que el inculpado debía ser tratado como objeto del proceso y que por consiguiente tenía un deber de declarar, se encuentra de alguno modo vigente en nuestra realidad policial y judicial.

Este modo de ver a las declaraciones, tanto la llamada declaración instructiva como las declaraciones policiales e indagatorias, como un deber del procesado obstaculiza, a nuestro modo de ver, una protección diaria al derecho a declarar. No se comprende en su amplitud el derecho al silencio y el derecho que tiene el procesado de introducir al proceso sólo aquello que considere conveniente.

Este trabajo ha sido estructurado de la siguiente manera, tratamos en un primer momento las nociones generales, los efectos, los aspectos problemáticos de la institución, mecanismos procesales de protección y anexamos además jurisprudencia nacional y extranjera. A lo largo de sus páginas citaremos normas de legislaciones extranjeras que nos permitan el análisis comparativo.

Citamos jurisprudencia extranjera que consideramos pertinente para nuestra realidad, en la medida que hace referencia a esta garantía y derecho regulado en los tratados internacionales. Queremos brindar tanto al abogado defensor como a los magistrados involucrados en la coerción estatal elementos que sean de alguna utilidad en las actividades del quehacer profesional.

El derecho a la no incriminación íntimamente ligado con el derecho a la presunción de inocencia y al derecho genérico de defensa, requiere sin duda una mayor atención en nuestro medio, esperamos que el presente trabajo de investigación sea un aporte para su correcta aplicación.



### **III. DESARROLLO DE LA TESIS**

#### **Capítulo 1:**

#### **El derecho a declarar y la garantía de no incriminación**

“Si la historia de las penas es una historia de horrores, la historia de los juicios es una historia de errores.”

Ferrajoli

##### **1. 1. Definición:**

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

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

Puede decirse entonces que el derecho fundamental de presunción de inocencia junto al derecho de defensa, son los que dan origen al derecho a la no incriminación. No está demás remarcar que el fundamento de todos estos derechos se basan en la dignidad de la

persona y su ubicación en un Estado Constitucional, todo lo cual caracteriza a los sistemas procesales garantistas.

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

La no incriminación es una modalidad de autodefensa pasiva, es decir “la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación, quien, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguna a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable”.<sup>1</sup>

La prohibición de cualquier acto que perturbe o vicie esa voluntad de declarar o de no hacerlo y las salvaguardas necesarias para cautelar esta libertad es lo que se conoce como la garantía y/o derecho a la no incriminación.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Español N° 197/1995, f. j. 6°.

<sup>2</sup> Debemos señalar que la distinción entre garantía y derecho es una distinción que nos ayuda a la construcción teórica, sin embargo en el caso de derechos subjetivos estos conceptos no son excluyentes entre sí. (véase PEREZ FREYRE, Antonio *La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho*. Madrid, Trotta, 1997, p. 130.

Visto así, “La finalidad de dicho principio es la de excluir la posibilidad de obligar al imputado de cooperar activamente en la formación de la convicción sobre sí mismo y la forma de conseguirlo es mediante la prohibición de utilizar en el proceso cualquier declaración del imputado que haya sido conseguido mediante la violación del principio del cual nos ocupamos”<sup>3</sup>

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

Este derecho fundamental exige “la prevalencia de la libertad y espontaneidad de aquel (del declarante), y el necesario respeto a sus derechos y garantías constitucionales, tanto en cuanto al hecho de declarar como al contenido de sus declaraciones. Supone por tanto, la invalidez de lo obtenido por vías directa o indirectamente vulneratorias de aquellos, cualesquiera que sean”<sup>5</sup>

Una declaración voluntaria que realice el inculpado en su contra no infringe el derecho a la no incriminación, esta declaración es la confesión, que como sabemos tiene una importancia que

---

<sup>3</sup> ESPARZA LEIBAR, Iñaki. *El principio del proceso debido*. Barcelona, Bosch, 1995, p. 144.

<sup>4</sup> Cfr. ESER, Albin. *Temas de Derecho Penal y Procesal Penal*. Lima, Idemsa, 1998, p. 21

<sup>5</sup> MONTON REDONDO, Manuel, AAVV. *Derecho jurisdiccional*. Vol. III Proceso Penal. Barcelona, Bosch, 1995, p. 199.



no es “concluyente ni excluyente” en lo que actividad probatoria se refiere.<sup>6</sup>

Si bien, algunos han señalado que el derecho a la no incriminación tiene la particularidad de ser un derecho renunciabile.<sup>7</sup> Esta renuncia está supeditada indefectiblemente a la voluntad de quien declara en su contra, es decir de quien confiesa libre y voluntariamente. El derecho a la no incriminación es el derecho que tiene una persona *a no ser obligado a declarar*, por lo cual al declarar libremente no existe el elemento de “obligatoriedad” que lo lleva a autoincriminarse, por lo que en estricto y en teoría nos encontramos fuera del ámbito de vulneración de este derecho, ya que el otro extremo, consentir a ser obligado a declarar es inadmisibile.

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

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

---

<sup>6</sup>. ROXIN, Claus, Günther ARTZ y Klaus TIEDEMANN. *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*. Barcelona, Ariel, 1989, p. 158.

<sup>7</sup>. Cfr. ESPARZAR, LEIBAR, Iñaki. *El principio del proceso debido.*, ob. cit. citando la S. TS 12 de junio de 1984, comparte esta opinión Ob. cit., p. 190.

KIRSCH ha sido claro al respecto al señalar que una política criminal dirigida a buscar la eficacia, “conducirá tarde o temprano a la desaparición del principio de la libertad e autoinculparse, que se perderá en el túnel de la historia jurídica para nunca más volver”.<sup>8</sup>

## **1. 2. Fundamento**

### **a) La dignidad**

El inculpado, luego de ser por muchos lustros objeto de prueba, se convierte con el surgimiento de los movimientos liberales en sujeto del proceso, “un participante provisto de derechos independientes, que toma parte en el proceso, es decir, en un sujeto activo del proceso. Este papel de sujeto no se le puede discutir hoy en día, pues la “dignidad humana” garantizada en la Constitución (...) es intangible respecto del inculpado y porque esa dignidad prohíbe degradar a un individuo a un objeto involuntario”.<sup>9</sup>

El reconocimiento del imputado como sujeto del proceso obliga, como correlato de su dignidad, afirmar que “obligar a una persona a que contribuya a su propia condena es degradante y contraria a la dignidad humana”.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> KIRSCH, STEFAN. “¿Derecho a no autoinculparse?” En: La insostenible situación del Derecho Penal, Editorial Comares, Granada, 2000 p. 264.

<sup>9</sup> ESER, Albin. *Temas de Derecho penal y procesal penal*. Ob. cit., p. 21.

<sup>10</sup> ZAMORA PIERCE, Jesús. *Garantías y Proceso Penal*. Ob. cit., p. 186.

Así según señala IÑAKI ESPARZA, este derecho puede deducirse de la obligación constitucional de protección de la dignidad humana.<sup>11</sup> Del mismo parecer es ALBIN ESER cuando junto a CYRIL ROBINSON hace un estudio comparado entre Alemania y Estados Unidos sobre este derecho, indicando que tienen en común la defensa de los derechos del inculcado, paralelismo que no es fruto del azar, sino que responde a razones más profundas, tal como descubre la historia del derecho de esos pueblos, que llega a afirmar “la convicción de que un individuo sospechoso, ante todo y sin duda porque puede ser inocente, tiene derecho al respeto a su dignidad de hombre y de su libertad y la protección eficaz de sus **intereses legítimos**”.<sup>12</sup>

Estos intereses legítimos, no son otros, que el evitar que se produzca condena en su contra, por ello no se acepta ningún tipo de coerción física o moral, como exigir juramento. “Al otorgarse al acusado la posibilidad de declarar o de no hacerlo, se presuponía que el procedimiento no pudiera ser la búsqueda de la verdad a cualquier precio, sino la prueba de la culpabilidad del autor, respetando su dignidad humana”.<sup>13</sup>

Sin embargo en las últimas décadas, la aplicación de la medicina legal y las intervenciones corporales han cuestionado el

---

<sup>11</sup>. ESPARZA LEIBAR, Iñaki. Al comentar este principio en el ámbito de la legislación alemana que establece la protección de la dignidad humana en el art. 1º GG.

<sup>12</sup>. ESER, Albin y Cyril ROBINSON. “Le droit du prévenu au silence et son droit à être par un défenseur au cours de la phase préjudiciare en Allemagne et aux État-Unis d’Amérique”. En: *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*. Nº 3 Paris, 1967, p. 568.

<sup>13</sup>. ESER, Albin. *Temas de Derecho Penal y Procesal Penal*. Lima, Idemsa, 1998, p. 22.

tratamiento de inculgado como sujeto del proceso. “La obtención de determinadas muestras físicas del imputado ha producido una cierta revisión de los planteamientos “liberales” de la defensa, conforme a los cuales el imputado nunca podría ser considerado como objeto de prueba, sino que ha de serlo como sujeto procesal”.<sup>14</sup>

De modo tal, que si bien se proclama que el inculgado no puede ser tratado como objeto, sino que como un sujeto procesal se le debe conferir un status de parte procesal, a fin de intervenir en la actividad probatoria, bajo el auxilio de los principios de igualdad y contradicción, es también cierto que en determinados momentos, de modo limitado bajo la protección de las garantías procesales y de modo excepcional, es tratado como objeto de prueba, tal es el caso de las intervenciones corporales.

### **b) La búsqueda de la verdad.**

Este derecho a la no incriminación tiene que ver además con el problema de la búsqueda de la verdad procesal. Es decir, el modo cómo el sistema procesal se “enfrenta” al procesado para obtener su declaración diferencia a los modelos inquisitivos de los garantistas.

La búsqueda de la verdad se encuentra íntimamente ligada a la obtención de los elementos de prueba y por ello, con la forma y naturaleza de la declaración.

---

<sup>14</sup>. GIMENO SENDRA, Vicente. *Constitución y proceso*. Madrid, Tecnos,

Como nos enseña FERRAJOLI en el inquisitivo premoderno “el interrogatorio del acusado representaba “el comienzo de la guerra forense“, es decir “el primer ataque” del fiscal contra el reo para obtener de él, de cualquier medio, la confesión”.<sup>15</sup>

Lo declarado por el Tribunal Supremo Alemán, en el sentido de que el fin del proceso no puede ser el conseguir la verdad a cualquier precio, ha marcado las pautas para el desarrollo de las garantías del inculpado, entre ellas la no incriminación.

Pero ¿cuál es la verdad que se persigue en el proceso penal? y ¿con cuál verdad se debe satisfacer la pretensión punitiva?.

No es exagerado afirmar que la idea de la verdad histórica, de conocer lo que realmente aconteció, como fin del proceso penal, se tornó a lo largo de la historia en un fin peligroso, pues justificó cualquier medio para obtenerla. Históricamente descubrir la verdad de lo que realmente sucedió, convirtieron al Juez Instructor primero y luego en los tiempos modernos al Fiscal, en examinadores inquisitivos del inculpado, justificando métodos como la tortura y más recientemente la exhortación de la verdad.

“La prevalencia de la verdad material, frente a la verdad formal le lleva a justificar la utilización para formar el convencimiento del juzgador, de los medios de prueba con infracción de las prohibiciones probatorias establecidas en la ley (por ejemplo, una declaración o confesión obtenida mediante fuerza o engaño), así co-

---

1999, p. 111.

<sup>15</sup>. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Madrid, Trotta, 1995, p. 607.

mo la utilización del “narcoanálisis “ o de los denominados “detectadores de mentiras” ...<sup>16</sup>

Este modelo de búsqueda de la verdad donde tenemos al juez de instrucción que investiga y que, según nuestra opinión, de ningún modo puede ser imparcial, precisamente parte de la hipótesis de la neutralidad en la construcción de la verdad y de la negación de intereses en la construcción de esa verdad.<sup>17</sup>

No es novedad decir que la noción de verdad que se elija es la base de un sistema de enjuiciamiento procesal penal garantista. La respuesta de cómo queremos que nuestros jueces resuelvan los casos y más aun, de cómo impongan las penas, depende de esta noción.

Así, no cabe duda que la búsqueda de la verdad real, favorece un sistema procesal donde se exige la declaración como una obligación, a pesar de que esos mismos sistemas predicen un alejamiento de las formas inquisitivas.

Es común encontrar textos que señalan que el proceso penal persigue encontrar la verdad real, a diferencia del proceso civil, al que le corresponde la verdad formal. Según algunos como BARBOSA MOREYRA esta afirmación que “se repetía *ad nauseam* no re-

---

<sup>16</sup>. MIRANDA ESTRAMPES. Manuel. *La Mínima Actividad Probatoria en el Proceso Penal*, p. 40.

<sup>17</sup>. Cfr. BOVINO, Alberto. *Problemas del Derecho Procesal Contemporáneo*, p. 219.

sistía el menor análisis ya que no pueden existir dos verdades, siempre la verdad –en relación a los hechos- es una”.<sup>18</sup>

Si bien esta afirmación sobre la verdad es incontrastable, no podemos afirmar que la verdad que señala una sentencia sea la que corresponda a lo que realmente aconteció. “La verdad de las resoluciones judiciales no es, por consiguiente, una verdad objetiva ni absoluta, sino una verdad consensual”.<sup>19</sup>

Afirma HASSEMER que el objetivo del proceso no es otro que la búsqueda de una “verdad formalizada” o de una “verdad forense”, sostiene que en el proceso no se busca la verdad material, pues el sistema procesal “cuenta con innumerables prohibiciones de prueba que hacen a menudo imposible la consecución de tal objetivo con la finalidad de preservar determinados derechos humanos”.<sup>20</sup>

Estos factores unido al reconocimiento del inculgado como sujeto del proceso que tiene un interés que se contrapone a la pretensión punitiva, es decir que puede negarse a brindar elementos de prueba que lo incriminen, y la imposibilidad real de conocer lo que realmente aconteció, lleva a hablar de una verdad procesal.

Tal como señala el destacado profesor FERRAJOLI, la verdad procesal es comprendida como una verdad aproximativa.<sup>21</sup> De la misma opinión es José CAFFERATA quien afirma que “De este

---

<sup>18</sup>. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Breve observaciones sobre algunas tendencias contemporáneas del proceso penal”. En: *Revista Peruana de Derecho procesal* N° 3, p. 326.

<sup>19</sup>. VIVES ANTÓN, Tomás. *La Reforma del Proceso Penal*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1992, p. 247.

<sup>20</sup> Cfr. RAGUES I VALLES, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona, JM.Bosch, 1999 p. 292.

modo la verdad si bien aproximativa (“judicial”, “procesal” o “formalizada” como se le ha denominado) funcionará como *garantía* de que quien resulte penado lo será porque verdaderamente y probadamente es culpable y de que a nadie se le imponga una pena arbitraria, no sólo porque realmente es inocente, sino porque no se pudo probar acabadamente que sea verdaderamente culpable. Esta debe ser una aspiración irrenunciable”.<sup>22</sup>

Cabe indicar que la estructura de un sistema mixto o acusatorio formal como el que tiene nuestro país no debería ser obstáculo para la defensa de los derechos del procesado tal y como han señalado diversos autores y que la búsqueda de la verdad debe estar ligada a ciertas precauciones formales determinadas. “En estas condiciones no está más permitido incluso en un sistema inquisitorio el tratar al inculpado como un objeto puramente pasivo del proceso, es decir como un elemento de prueba”.<sup>23</sup>

### **c) Nuevos paradigmas para el proceso**

Las angustias y horrores que produjo la segunda gran guerra, donde el sistema penal fue utilizado para la desaparición de grupos humanos, trajo como correlato la necesidad de instaurar un sistema de protección de la persona a nivel constitucional.

---

<sup>21</sup>. Cfr. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Madrid, Trotta p. 50.

<sup>22</sup>. CAFFERATA NORES, José. *Cuestiones Actuales sobre el proceso penal*, p. 62-63.

<sup>23</sup>. ESER, Albin y Cyril ROBINSON. “Le droit de prévenu au silence...”. Ob. cit., p. 570.



La historia de las garantías procesales es la historia por la defensa de la persona humana, más precisamente de su dignidad. El fin que se procura con la garantía de no incriminación es el respeto a la libertad de conciencia y a la dignidad de la persona humana. “El derecho a no suministrar pruebas contra sí mismo representa así el medio institucional para limitar los avances del poder en los fueros de la persona individual...”<sup>24</sup>

Qué duda cabe hoy en día, que la protección y el respeto del ser humano “deben erigirse en piedra angular también en lo relativo a la concepción y construcción del Derecho Penal y Procesal Penal”<sup>25</sup> La eficacia del proceso encuentra de ese modo un contrapeso.

Es en estos nuevos paradigmas del proceso penal garantista donde la no incriminación encuentra un sitio fundamentado en las garantías genéricas a las que hacíamos referencia al empezar este trabajo: la presunción de inocencia y el derecho de defensa.

La facultad legítima de permanecer en silencio, si es que así lo estima conveniente el imputado, no es sino una manera de decir: soy inocente, prueben ustedes lo contrario. Afirmación que no debe producir ninguna sorpresa, es la ley que manda presumir esa inocencia. Se reconoce al ciudadano este derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable “precisamente en salvaguarda de la inocencia que el propio texto constitucional le presume”<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup>. BUTELER, Patricio. “El derecho a no suministrar pruebas contra sí mismo”. En: *Jurisprudencia Argentina*. 1967, Vol. VI.

<sup>25</sup>. ESER, Albin, *Temas de Derecho Procesal Penal*, Lima, Idemsa, 1998, p. 253.

<sup>26</sup> MONTON REDONDO, Alberto, *Derecho jurisdiccional*. Vol. III El Proceso Penal Ob. Cit. p. 198

La no incriminación encuentra fundamento en el derecho a la defensa, porque si se considera que el inculpado tiene la obligación legal de obrar con probidad y el deber de decir la verdad le estamos exigiendo que renuncie a la defensa de su libertad, de su vida.<sup>27</sup>

Haber dejado de lado la obligación de declarar es haber dejado de lado una de las exigencias de las ideas inquisitivas.

### **1. 3. Origen y evolución.**

#### **a) El Juramento en la historia**

A lo largo de la historia de los pueblos europeos antiguos, vemos que el juramento cumplía un rol esencial a la hora de declarar. La forma de hacerlo era bajo juramento, de este modo nacen los *juicios de dios*, donde lo declarado era sostenido con el sometimiento a tormentosas pruebas de agua o de fuego.

El establecimiento de estos juicios de dios servía para sellar la verdad de un juramento prestado, de ese modo se daba la razón a quien era capaz de sostener “la verdad” bajo tormento, puesto que al demostrar que tenía el valor de soportarlos, no cabía duda para los jueces, que era el dios quien respaldaba su declara-

---

<sup>27</sup>. Cfr. CAROCCA PÉREZ, Alex. *La Garantía Constitucional de la Defensa procesal*. Bosch. 1998, p. 482.

ción. El juramento prestado antes de someterse a esas torturas se convertía así en un juramento de purificación.

En Roma no encontramos estos juicios de dios. El hecho de que los romanos no practicaran los juicios de dios en los albores de su historia, revela sin duda su alto desarrollo en el campo del derecho. La proscripción de estos juicios de dios por los romanos fue a decir de IHERING “un acto digno de un pueblo cuya vocación era el derecho, una de sus proezas más colosales, porque significaba no solamente una ruptura completa con el pasado, más que nada porque suponía liquidar una institución religiosa: era la hazaña de Hércules en la cuna. La convicción de que estos juicios de dios eran engañosos debe de haber sido muy firme en el pueblo para que pudieran apartarse de los temores y las dudas que pudo traer consigo tal medida. Significaba nada menos que quitar a los dioses la investidura judicial que habían gozado hasta entonces, o sea una intromisión en los derechos divinos.”<sup>28</sup>

Sin embargo esta proscripción de los juicios de dios no fue radical, sino que se transformó en el proceso *per sacramentum*, que era una forma de conciliar los intereses de los dioses y los mortales. En dichos procesos se depositaba el *sacramentum* o sacrificio ante los sacerdotes de los dioses, quienes se encontraban ajenos al pleito y de ese modo el juramento fue transformado en un depósito.

Dentro del proceso romano se encuentra la máxima “*Nemo tenetur edere contra se* (nadie está obligado a declarar en su contra). En concreto este aforismo clásico estaba referido a que

---

<sup>28</sup>. IHERING, Rudolph von . *Bromas y Veras en la ciencia jurídica*. Madrid, Civitas, 1987 p. 182.

nadie podía ser compelido a suministrar pruebas en su contra, pues ello que supondría otorgar pruebas a favor del adversario o enemigo.<sup>29</sup>

### **b) La declaración y las formas inquisitivas**

El desarrollo del derecho a la no incriminación no ha sido feliz en los países que como el nuestro, heredaron de la época de la colonia, las Leyes de la Partida y el recuerdo de la Santa Inquisición. Así durante la vigencia del sistema inquisitivo basado en la presunción de culpabilidad, la máxima “*Nemo tenetur edere contra se*” fue dejada de lado ya que el arrancar una confesión se tornaba vital para el juez inquisidor.

Bajo el sistema inquisitivo, donde la confesión era considerada la “reina de las pruebas”, se fueron perfeccionando múltiples mecanismos de tortura que hicieran confesar al procesado. La tortura era entendida como un medio de averiguación, aunque en la práctica era una verdadera pena al procesado. Ello estaba íntimamente ligado al tratamiento del imputado como “objeto” del proceso.

---

<sup>29</sup>. Cfr. COUTURE, Eduardo. “Sobre el precepto ‘Nemo Tenetur edere contra se’”. En: *La Justicia*, Año XVI, N° 228, T. XVU, México D.F., Agosto 1946. Otros encuentran un probable origen de este derecho en el Talmud y las enseñanzas de Rava.

Es un hecho que el desarrollo del derecho a declarar en el sistema occidental europeo, sufrió grandes cambios antes y después de la revolución francesa de 1789.

Tal como señala EDMUNDO HENDLER, se realizaron algunas reformas antes de la citada revolución, como la acontecida en Lombardía en 1768 donde se prohíben las preguntas sugestivas, las amenazas y las promesas; en Nápoles en 1738 se prohíbe la tortura y en especial el Decreto Real francés de 1788 que prohíbe al *question préparatoire* esto es la tortura para obtener la confesión. Posteriormente los Estados Generales abolieron la tortura.

Mas la primera reforma del proceso penal la realizó la Asamblea General en 1789, en virtud de la ley de octubre de 1789 que proscribía el juramento del indagado, Con la Constitución de 1791 el imputado adquiría el carácter de sujeto de procedimiento y la posibilidad de contradecir la acusación. “no obstante , en ella , no se puede hallar una declaración expresa del privilegio contra la autoincriminación”.

Sin embargo años después el interrogatorio del acusado sufre una regresión al ser considerado nuevamente como una medida de instrucción. Es decir donde el procesado debía ser interrogado antes de conocer los cargos en su contra. Todo lo cual se plasma en el *Code d'instruction criminelle* de 1808, que consagra un inquisitivo reformado y que busca encontrar la verdad a partir de las declaraciones del imputado.<sup>30</sup>

---

<sup>30</sup> Cff. HENDLER, Edmundo S y Ignacio TEDESCO. “La declaración del imputado y una perspectiva histórica comparada en la justicia criminal en Francia e Inglaterra” en: *Sistemas Procesales Penales Comparados*, Edmundo S. Hendler Director. Buenos Aires, Ad Hoc. 1999 p 405-407

Tal como se recoge en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español “mientras que en el viejo proceso penal inquisitivo regido por el sistema de prueba tasada, el imputado era considerado como objeto del proceso penal, buscándose con su declaración, incluso mediante el empleo del tormento, la confesión de los cargos que se le imputaban, en el proceso penal acusatorio el imputado ya no es objeto del proceso penal, sino sujeto del mismo, esto es, parte procesal y de tal modo que su declaración, a la vez que medio de prueba o acto de investigación, es y ha de ser asumida esencialmente como una manifestación o un medio idóneo de defensa. En cuanto tal, ha de reconocérsele la necesaria libertad en las declaraciones que ofrezca y emita, tanto en lo relativo a su decisión de proporcionar la misma declaración, como en lo referido al contenido de sus manifestaciones. Así pues, los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (...) son garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa, al que prestan cobertura en su manifestación pasiva(...)”<sup>31</sup>

Actualmente continúa la discusión entre los que sostienen que la declaración es un medio de prueba y los que sostienen que es un acto de autodefensa. En la resolución del Tribunal Constitucional Español citada, podemos observar estas dos posiciones, razón por la cual, el interrogatorio es considerado como un acto complejo, pues a la vez que se manifiesta como un acto de defensa sirve de orientación para la actividad investigatoria y del que, eventualmente, el juez pueda obtener un elemento de convicción.<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> STC 197/1995

<sup>32</sup> Cfr. REVILLA GONZALEZ, Jose-Alberto. *El interrogatorio del imputado*. Ob. Cit. P.

### **c) Sir Cooke y el caso Lilburne**

Modernamente, en la Inglaterra del siglo XVII, encontramos el derecho “a no suministrar pruebas contra sí mismo” instituido frente a los procedimientos inquisitivos. Uno de sus más arduos defensores fue Sir Edward Cooke.

Es en el famoso caso Lilburne donde se encuentra el primer precedente a este derecho. El señor Lilburne entre los años de 1637 y 1638 se negó a prestar juramento cuando fue detenido por la *Star Chamber*, el Tribunal Inquisitivo inglés, por importar libros de carácter sedicioso de Holanda hacia Inglaterra. Alegando su inocencia fue torturado y multado. En el año de 1640 al presentar una petición ante la Cámara de los Comunes fue dejado en libertad y se reconoció la ilicitud de la sentencia. De este modo el derecho a no suministrar pruebas contra uno mismo fue recogido en la Declaración de Derechos de Virginia de 1774, los famosos *Bill of Rights*.<sup>33</sup>

La estirpe anglosajona del derecho moderno a la no incriminación salta a la vista. En Estados Unidos de Norteamérica la famosa V Enmienda lo elevó a rango constitucional. Posteriormente, sobre el contenido de este derecho es famosa la ejecutoria del caso *Miranda vs. Arizona*, al cual nos referiremos en el siguiente punto.

### **d) El caso Miranda Vs. Arizona**

---

<sup>33</sup>. Cfr. BUTELER, Patricio. “El derecho a no suministrar pruebas contra sí mismo”. En: *Jurisprudencia Argentina*, 1967, Vol. VI. Además de HENDLER, Edmundo. *Derecho Penal y Procesal Penal de los EE.UU.*, p. 175.

La noche del dos de marzo de 1963 en el desierto que rodea a Phoenix en el estado norteamericano de Arizona, una joven fue raptada y violada. La descripción del atacante coincidía con la de Ernesto Miranda, quien registraba condenas anteriores por violación y asalto.

Miranda fue sindicado como sospechoso de rapto y violación. Al ser arrestado fue interrogado por dos oficiales de policía en un cuarto de interrogatorio, donde no tardó en confesar que había cometido el delito.

Pese a que su abogado alegó que el derecho de Miranda a no ser obligado a declarar en su contra (Quinta Enmienda) había sido conculcado y que la confesión no debía ser admitida, Miranda fue condenado sobre la base de esa confesión.

En apelación, este caso llegó a la Suprema Corte presidida, en aquel entonces, por Earl Warren, en un momento crítico de la determinación de los alcances de los derechos individuales frente a la política de seguridad nacional o de ley y orden del gobierno de Nixon.

La Corte resolvió por mayoría que se había obligado a Miranda a declarar en su contra o a ser testigo contra sí mismo, extendiendo de este modo los alcances del derecho a la no incriminación, limitada generalmente a la tortura en el momento del arresto o de la detención policial. Sin precedentes, esta sentencia estableció de un modo categórico que no podía hacerse uso de las declaraciones policiales obtenidas sin las salvaguardas de un procedimiento efectivo que aseguren un cabal respeto al derecho a la no incriminación.



La Suprema Corte ordenó la realización de un nuevo juicio, donde con la obtención debida de los medios probatorios, Ernesto Miranda fue declarado culpable, lo cual a decir de algunos debió de haber dejado sin sustento a las campañas de los partidarios de Nixon, que se escandalizaban de las salvaguardas para cautelar este derecho.<sup>34</sup>

El caso Miranda reglamentó de un modo muy preciso el interrogatorio de una persona detenida por la policía y se estableció que estas reglas debían ser observadas por el funcionario encargado de la aplicación de la ley y que ha comenzado a interrogar a una persona detenida o que de algún otro modo ha sufrido un grave atentado a su libertad de acción. Estas reglas son:

1º Antes de todo interrogatorio, el sospechoso debe ser informado en términos claros de:

- Que tiene el derecho de permanecer en silencio
- Que todo lo que diga puede y será usado en su contra en el tribunal.
- Que tiene el derecho de consultar un abogado y de asistirse por el defensor a lo largo del interrogatorio.

---

<sup>34</sup>. Cfr. CABALLERO, Ricardo Juan. *Justicia Criminal, debates en la Corte Suprema*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1991, p. 80. Señala además que irónicamente MIRANDA fue asesinado años después en una taberna en Phoenix en el año de 1976 y que al imputado por su muerte se le advirtió de los derechos Miranda.

Estos tres puntos son conocidos actualmente como la “tarjeta Miranda” y en EE.UU es de observación obligatoria por los agentes policiales.

2º El hecho de no pedir un abogado no constituye una renuncia al derecho de contar con defensa técnica. Ninguna renuncia puede ser admitida si no es hecha explícitamente después de las advertencias anteriores.

3º Una vez que las advertencias deben ser hechas, si el sospechoso indica bajo cualquier forma que sea, sin importar el momento, antes o durante el interrogatorio, que desea permanecer en silencio, el interrogatorio debe cesar.

4º Si el sospechoso declara que él quiere contar con un abogado, el interrogatorio debe suspenderse hasta que el abogado se haga presente.

5º Si el interrogatorio continuara fuera de la presencia de un abogado y de ese modo se obtuviera una declaración, la fiscalía tendría la pesada carga de probar que el inculpado ha renunciado con pleno conocimiento de causa, a su privilegio de no-incriminación y de su derecho a ser asistido por los servicios de un abogado de oficio o de designar uno.

6º Si una persona declara expresamente que él quiere hacer una declaración y que no quiere un abogado, esta declaración seguida inmediatamente de una declaración puede constituir una renuncia.

7º Cuando se efectúa una investigación policial, sólo será lícito no procurar de un abogado de oficio por motivos razonables,

esta decisión sólo será lícita si no se priva a la persona de su derecho reconocido a la no incriminación. Durante ese tiempo no será interrogada.

8º Si en el proceso, el fiscal no prueba las advertencias y la renuncia o en tanto no las haga, ninguna de las pruebas nacidas del interrogatorio pueden ser usadas contra el inculgado.<sup>35</sup>

El caso *Miranda vs. Arizona* que se resolvió en 1966 tuvo algunos antecedentes, especialmente en el caso *Escobedo vs. Illinois* (1964) donde se exigía a la policía, como condición para empezar un interrogatorio que informara al sindicado de su derecho a guardar silencio y de su derecho a contar con la presencia de un abogado.

Vale señalar que desde 1936 la Corte Suprema de los Estados Unidos ya se había pronunciado en el caso de confesiones arrancadas bajo coerción (caso *Brown vs. Mississippi*), indicando además que la naturaleza de ciertos comportamientos de la policía constituían por fuerza, coerción, tales como un largo interrogatorio o la intimidación mental, como la amenaza de meter en prisión a la esposa (*Rogers vs. Richmond*, 1961), que los hijos serían recogidos por las autoridades estatales si no cooperaban (*Lynnum vs. Illinois*, 1963) o que se perderá el puesto de trabajo si no se confiesa, como fue la manera de presionar de un oficial de policía, amigo de la infancia del inculgado. (*Spano vs. New York*, 1959).

---

<sup>35</sup>. Cfr. ESER, Albin y Cyril ROBINSON. *Les droit du prévenu au silence*. Ob. cit., p. 603-604 resumiendo las reglas de la sentencia *Miranda* contenidas en sus páginas 467 al 479.

En resumen, jurisprudencialmente en Estados Unidos se estableció que el derecho a la no incriminación prevista en la Quinta Enmienda comprendía tres supuestos:

1º Que un acusado en juicio no puede ser obligado a declarar en su contra.

2º Que tiene derecho a guardar silencio.

3º Un testigo en un procedimiento cualquiera en el que legalmente se exija su testimonio puede negarse a contestar cualquier pregunta cuya contestación pueda incriminarle en una futura causa o que ponga en evidencia otras pruebas en su contra. De este modo se reconoce en el sistema anglosajón este derecho tanto para el acusado como para el testigo, de igual forma ha sido recogido por el ordenamiento español (arts. 392 y 418 LECrim).<sup>36</sup>

4º Que el acusado ni el testigo pueden ser obligados a exhibir libros o documentos que pudieran incriminarles.<sup>37</sup> Este último supuesto presenta algunas controversias en el ordenamiento romano-occidental, como veremos en el siguiente capítulo.

#### **1.4. Regulación legal**

El derecho a la no incriminación se encuentra contenido en el artículo 2 inciso 24 parágrafo h. de nuestra Constitución Política de 1993, además de encontrarse regulado parcialmente en los artículos 125 y 132 del Código de Procedimientos Penales. Este últi-

---

<sup>36</sup>. Cfr. ESPARZAR, LEIBAR, Iñaki. Ob. cit., p. 190.

<sup>37</sup>. Cfr. CORWIN, Edward. *La Constitución Norteamericana*, p. 191.

mo numeral señala que “se prohíbe en lo absoluto el empleo de promesas u otros medios de coacción, aunque sean simplemente morales, el juez instructor deberá exhortar al inculpado para que diga la verdad, pero no podrá exigirse juramento ni promesa de honor”.

En el Código Procesal Penal de 1991, se encuentra previsto en el artículo 121 que a letra señala que “en ningún momento se requerirá al imputado juramento o promesa de honor de decir verdad. Tampoco se ejercerá contra su persona medio coercitivo alguno para obligarlo, inducirlo o determinarlo ya sea a declarar contra su voluntad, ya sea que confiese su autoría o participación en el hecho delictuoso, materia del proceso.”

En el proyecto de Código Procesal Penal de 1995 se encuentra regulada en los artículos 129 y 232.

El origen anglosajón del derecho a la no incriminación, a la que hacíamos referencia anteriormente, encuentra fundamento jurídico en la famosa V Enmienda de la Constitución de los EE.UU., que para algunos es una de sus más importantes normas y que transcribimos a continuación:

*“Enmienda V. Ninguna persona estará obligada a responder por delito capital o infamante, sino en virtud de acusación suscrita por un gran jurado, excepto en los casos que ocurran en las fuerzas de mar y tierra, o en la milicia, cuando ésta fuere llamada a servicio activo en tiempo de guerra o de peligro público. No se someterá a ninguna persona dos veces por el mismo delito a un juicio que pueda causarle la pérdida de la vida o de la integridad corporal; no se le podrá obligar en una*

*causa criminal a que testifique en contra de sí misma, ni se le privará de la vida, la libertad o bienes sino por medio del debido procedimiento legal; ni se podrá disponer de la propiedad privada para uso público sin la debida indemnización”.*

Para nuestro tema nos interesa la frase que establece que no se le podrá obligar (a ninguna persona) en una causa criminal a que testifique en contra de sí misma. Esta norma, tal y como ha resuelto la Suprema Corte, debe ser interpretada en forma amplia. El abanderado de esta opinión, ha sido sin duda Earl Warren, bajo cuya presidencia la Suprema Corte de los EE.UU. ha dictado las resoluciones más valientes con la preocupación de adaptar las normas constitucionales a las condiciones de la vida contemporánea a la luz de las consideraciones morales de respeto hacia la persona.<sup>38</sup>

Se podría decir que este derecho y garantía tiene aplicación universal, al encontrarse regulado en diversos tratados internacionales de carácter supranacional y de aplicación entre los países signatarios como el nuestro, tales como:

- La Convención Americana sobre los Derechos Humanos, en sus artículos 1° y 8°-2. literal g).
- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en sus artículos 2°-2. y 14 -3. literal g).
- La Convención sobre los Derechos del Niño en el artículo 40 -2. literal a).

---

<sup>38</sup>. Cfr. ZAMORA PIERCE, Jesús. *Garantías y Proceso Penal*. México Porrúa, 1994 p. 187.

- El Convenio de Ginebra III, consagra la prohibición a la auto-incriminación en su artículo 99.
- El Protocolo I, adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, en el artículo 75 -4. literal f) trae expresamente señalada la prohibición de la auto-incriminación.

Si bien existe todo este listado de Tratados internacionales, este derecho se encuentra reconocido además en diferentes textos constitucionales de modo expreso o de modo delegado, como es el caso de nuestra Constitución, e íntimamente relacionado con el derecho a la presunción de inocencia, de ese modo ha sido invocado por los tribunales internacionales.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha recordado en su Sentencia del 17 diciembre 1996, (caso Saunders contra el Reino Unido, párrafo 68), en la Sentencia del 25 febrero 1993, (caso Funke contra Francia, párrafo 44) en la Sentencia del 08 febrero 1996, (caso John Murray contra el Reino Unido, párrafo 45), que el derecho al silencio y el derecho a no autoincriminarse, que no se encuentran expresamente mencionados en el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, residen en el corazón mismo del derecho a un proceso equitativo y se enlaza estrechamente con el derecho a la presunción de inocencia.

### **1.5. Naturaleza jurídica de la declaración**

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

Algunos autores defienden la posición de que es incompatible considerar a la declaración como medio de prueba, pues este tratamiento sólo es acorde con sistemas inquisitivos. “Justamente, si se reconoce al imputado su calidad de parte, no es lógico que puede sostenerse que sus declaraciones constituyan medios de prueba porque resulta que éstas son *fuentes de conocimiento de los hechos ajenos a las partes*. En cambio las declaraciones de los litigantes, siempre manifiestan un punto de vista parcial, concordantes con sus intereses, sin que naturalmente se les pueda exigir otra conducta, Por ende, tales deposiciones podrán ser objeto de análisis y prueba por el tribunal, pero por sí mismas, desde el momento que emanan de la parte interesada, nunca serían idóneos para formar el convencimiento del juzgador, ni en su favor ni en su contra, es decir, nunca podrán estimarse medios de pruebas.”<sup>39</sup>

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



Considerar a la declaración de aquella persona que se enfrenta al aparato punitivo del Estado principalmente como manifestación de derecho de autodefensa y no como un modo de probar la imputación trae como consecuencia una nueva actitud a la hora de interrogar a fin de no coactar la libertad de declarar. Tal como enseñaba CARRARA se debe preguntar no desde lo que se conoce sino que se debe preguntar “como si no supiera lo que sabe”.<sup>40</sup>

Sin embargo ello no significa desconocer que las declaraciones del inculpado “aparecen como dato trascendente para el conocimiento de la verdad. Bien entendido que ello precisa de garantías suficientes para preservar sus derechos constitucionales y asegurar, en lo posible, la autenticidad de lo declarado.”<sup>41</sup>

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

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

---

<sup>39</sup>. CAROCCA PÉREZ, Alex. *Garantía Constitucional de la Defensa Procesal*. Barcelona, Bosch, 1998, p. 467.

<sup>40</sup> CARRARA, Francesco. *Programa*, p. 419 citado por Luigi Ferrajoli nota 293 Ob. Cit. p. 679.

<sup>41</sup> MONTON REDONDO, Alberto. *AAVV Derecho jurisdiccional Vol. III El proceso penal*. Barcelona, Bosch 1995 p. 198

## Capítulo 2:

### Contenido y Alcances del derecho a la libertad de declarar

“Una de las más bellas conquistas de que la civilización actual puede enorgullecerse, es precisamente la de haber condenado al fuego todos los instrumentos de la justicia insana y feroz”

F. Carrara.

#### 2.1 Contenido

Del reconocimiento del derecho a la libertad de declarar y del derecho a la no incriminación se desprende:

- Que no se puede utilizar ningún medio violento para obligar a declarar al sindicado. Se prohíbe cualquier manipulación de la psique y la inviolabilidad de su conciencia mediante el uso de hipnosis, fármacos, etc.
- No se puede exigir juramento, se proscribe la coerción moral, amenazas o promesas. Se prohíbe así la llamada “tortura espiritual” como la denominó PAGANO.
- Se proscribe las preguntas capciosas o tendenciosas.
- La facultad de faltar a la verdad en sus respuestas.
- La facultad de declarar cuantas veces lo considere pertinente.

- La exigencia de la presencia de su defensor en el momento de sus declaraciones.
- El derecho a guardar silencio y a ser informado de ello.
- Que no se presuma de su silencio alguna responsabilidad.

### **2.1.1 La no utilización de coerción y la proscripción del juramento.**

La libertad de declarar consiste en que el inculpado “pueda ser señor de sus declaraciones”. Lo cual implica que no se puede obligar ni inducir una declaración. La proscripción de cualquier medio para obligar a declarar al inculpado, es generalmente aceptada y no presenta mayores problemas actualmente.

El terror causado en épocas anteriores por la tortura hace que, por lo menos formalmente, la mayor parte de los Estados legislen en contra del uso de la violencia física para obtener una declaración.

Terror que fuera denunciado por el ilustre BECCARIA quien señala que la tortura era una forma subsistente de los juicios de dios. “La única diferencia que hay entre la tortura y las pruebas de fuego y del agua hirviente es que el resultado de la primera parece depender de la voluntad el reo y el de las segundas de un hecho puramente físico y extrínseco. Pero esta diferencia es sólo aparente y no real. Hay tan poca libertad para decir la verdad entre espasmos y

desgarros como la había entonces para impedir sin fraude los efectos el fuego y del agua hirviente. (...). Por ello, la impresión de dolor puede crecer hasta el punto que, ocupándolo, no deje más libertad al torturado que la de escoger el camino más corto, en el momento presente para sustraerse a la pena (...) Y así el inocente sensible se declarará culpable si cree hacer cesar con ello el tormento”<sup>42</sup>

En cuanto a la coerción moral, su contenido es bastante amplio, pues incluye no sólo a las amenazas sino las promesas, tal como el ofrecimiento de la atenuación de la pena, lo cual lleva a cuestionar si existe una violación de este derecho en el caso de terminación anticipada o colaboración eficaz, pues no se distingue bien donde está la frontera de la voluntad.

Lo que no cabe duda es que constituye “una verdadera coerción moral el permitir que el juez exprese al declarante que su silencio puede ser tomado como indicio de culpabilidad”<sup>43</sup>, tal y como comentaba CARLOS ZAVALA LOAYZA en la década del 40, presunción que se encuentra en el artículo 127 de nuestro Código de Procedimientos Penales y que se encuentra tácitamente derogada por el reconocimiento constitucional actual del derecho a declarar.

Esta regulación del Código de Procedimientos de 1940 responde a una segunda fase en la evolución de la doctrina en lo referente a la declaración del imputado, en la cual se sustituye el juramento por la exhortación de decir la verdad y la prohibición de preguntas indirectas capciosas o sugestivas. De ese modo fue instituido

---

<sup>42</sup>. BECCARIA, Cesare. *De los Delitos y las Penas*. Buenos Aires, Ediciones Orbis 1984 p. 61.

<sup>43</sup>. ZAVALA LOAYZA, Carlos. *El Proceso Penal y sus Problemas*. Lima, UNMSM, 1947 p. 177

un “deber moral de veracidad” en la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española. Todo lo cual ha sido superado con el reconocimiento del derecho a no declarar.

Como dijimos, en un primer momento la declaración del imputado se encontró ligado al juramento y a los juicios de dios. Hoy el juramento se encuentra desterrado de la mayor parte de los ordenamientos jurídicos, pues se ve en él una exigencia y una obligación moral. ¿Pero a que se debe esta proscripción del juramento?.

Sin duda ello ha respondido a la consideración a la ética y sentimientos de los seres humanos, pues exigir un juramento supone un tormento espiritual que condiciona la libertad de declarar. Como señalaba BECCARIA no se puede exigir al reo que diga la verdad cuando tiene el mayor interés en encubrirla: como si el hombre pudiera jurar a contribuir a su propia destrucción.

Constituye además coacción moral, las observaciones o advertencias que se hagan al imputado si es que decide mantenerse en silencio, sobre los posibles efectos en su contra, o cualquier situación, tal como manifestarle una ventaja, destinada a influir y modificar su conducta a la hora de declarar.

En cuanto a la coacción física contra el procesado, el avance de la ciencia y la técnica ha exigido y exige un alcance amplio del término “violencia” como cualquier medio que sirva para compeler y contrariar la voluntad de la persona. De ese modo se encuentra comprendido la hipnosis o fármacos que permitan manipular la psique.

Si bien está proscrita toda forma de intervención corporal coactiva, se ha planteado el tema del consentimiento en los llamados “sueros de verdad”. Este tema generó gran polémica en la década de los años 70, cuando estos sueros fueron aplicados en algunos países. El 22 de mayo de 1982, el Tribunal Supremo Español declaró “la absoluta prohibición de los sueros de verdad, aun cuando el acusado quiera voluntariamente someterse a ellos para acreditar su inocencia.” En el ATC 21/1985 se establece que la utilización de este medio, aun con el consentimiento de la persona, supondría un desprecio para la persona por aniquilar o deformar los recursos psíquicos y físicos del ser humano.”

### **2.1.2 La proscripción de preguntas “capciosas o sugestivas”**

Esta prohibición está referida al modo de formulación de las preguntas frente a las cuales, la persona va a rendir una declaración. La vigencia del derecho a declarar sólo puede tolerar preguntas claras y de sentido unívoco.

Dentro del término de “capciosas” cabe comprender aquellas preguntas que pueden inducir al engaño y dentro del término de “sugestivas” se encuentran aquellas que puedan sugerir determinada respuesta.<sup>44</sup>

---

<sup>44</sup>. Cfr. GIMENO SENDRA, Vicente, Víctor MORENO CATENA y Valentín CORTES DOMÍNGUEZ Ob. cit., p. 392.

Esta proscripción se fundamenta en que el interrogatorio en el modelo garantista, es el principal medio de defensa del inculcado “y tiene la única función de dar materialmente vida al juicio contradictorio y permitir al imputado refutar la acusación para deducir argumentos para justificarse”.<sup>45</sup>

La prohibición de este tipo de preguntas tiene origen romano y modernamente el insigne CARRARA, la asimiló a una “sugestión verbal” no permitida. CARRARA enseñaba además, que el único modo de preguntar sin sugerir una respuesta, era preguntar analíticamente sin partir de lo que se conoce e intentar conocer a partir de lo que el sujeto declara.<sup>46</sup>

Como señala FERRAJOLI, la posibilidad de “tender trampas” al inculcado es propia de los sistemas inquisitivos, donde el interrogador tenía sólo poderes y el inculcado sólo deberes, que lo limitaba al extremo de contestar afirmativamente o negativamente. Esta es la tradición de las preguntas oscuras y ambiguas cuya prohibición normativa actual no hace sino tratar de remediar sus secuelas.

La necesidad de contar con la asistencia de un abogado defensor es el complemento necesario para la cautela del derecho de declaración, además de la consignación íntegra, en el acta de la declaración, de la literalidad de las preguntas y las respues-

---

<sup>45</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Ob. Cit. p. 607

<sup>46</sup> CARRARA, Francesco. *Programa...*, p. 419 citado por Luigi Ferrajoli nota 293 Ob. Cit. p. 679.

tas, lo que constituye una garantía de que las preguntas planteadas no han sido capciosas ni sugestivas.<sup>47</sup>

### **2.1.3. Derecho al silencio**

El derecho a guardar silencio se encuentra comprendido dentro de la cláusula de no incriminación que señala que el guardar silencio no implica que el imputado reconozca alguna participación en los hechos.

El silencio, según refiere la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, “constituye una posible estrategia defensiva del imputado o de quien pueda serlo, o puede garantizar la futura elección de dicha estrategia”.

El silencio en los procesos judiciales arcaicos, según explica ZAGREBELSKY, no era considerado, como en la actualidad, un medio de autodefensa, sino que por el contrario la sentencia que se dictaba recogía o avalaba la palabra de la acusación o la palabra del acusado. “Si el acusado calla, no hay manera de que el proceso pueda decantarse a su favor. El silencio es la premonición de la derrota.” ZAGREBELSKY hace este análisis al referirse al silencio del Jesús frente a Pilatos y concluye que debido a esa concepción “Jesús fue conde-

---

<sup>47</sup> Cfr. HUERTAS MARTIN , M. Isabel. *El Sujeto Pasivo del Proceso Penal como objeto de la prueba*. Barcelona, Bosch, 1999 p. 317



nado más por su silencio, por su sustancial contumacia, que por los hechos de que había sido acusado”.<sup>48</sup>

Este derecho al silencio es fruto moderno del desarrollo del derecho a la no incriminación. Históricamente incluso el mismo BECCARIA establecía un castigo para el acusado que no respondiera las preguntas, ya que consideraba que el declarar era un deber de “ejemplo hacia el público”.<sup>49</sup>

El Código Penal austríaco de 1803 establecía la pena de pan, agua y azote para el procesado que callara. Todo lo cual correspondía a una concepción del deber de declarar que hoy ha sido desterrada, por lo menos doctrinariamente.

El derecho al silencio fue consagrado en Italia, cuando en 1969 se modificó el hoy derogado Códice de 1931, ésta fue una “elección legislativa que fue calificada de absolutamente liberal, y vino a reforzar la libertad de autodeterminación del imputado por encima de lo que pudiera considerarse como interés en el acercamiento a la verdad”.<sup>50</sup>

Opción liberal, personalista o acorde al tiempo de los derechos humanos en que vivimos, lo cierto es que hoy todos concuerdan en señalar la prevalencia del respeto a la persona sobre cualquier método eficiente de búsqueda de la verdad.

---

<sup>48</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *La crucifixión y la democracia*. Barcelona, Ariel S.A. . p. 24

<sup>49</sup> Cfr. BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las Penas*. Cap. XXXVIII Ob. cit., p. 59.

<sup>50</sup> REVILLA GONZALEZ, José-Alberto. *El Interrogatorio del imputado*. Valencia, Tirant lo Blanch,, 2,000. p. 34. En el actual Código de Procedimientos Penales italiano, el derecho al silencio aparece recogido en el

El valor actual del silencio está equiparado a una conducta neutra. No se puede equiparar ningún significado, menos aún de aceptación de la inculpación, pues el ejercicio de un derecho nunca puede significar un perjuicio para quien lo ejerce.

El derecho al silencio requiere, necesariamente, de la información al imputado de que goza de este derecho, a fin de que pueda hacerlo valer, tal y como veremos al desarrollar este mecanismo procesal de protección.

#### **2.1.4 La facultad de faltar a la verdad en sus declaraciones**

Esta facultad de faltar a la verdad en sus declaraciones se encuentra ligado a la forma como concurre una persona ante el aparato de coerción. En el sistema occidental el procesado acude como inculpado, en el sistema norteamericano el procesado acude como testigo.

Esta distinción es importante, pues si bien en nuestro sistema no se puede exigir juramento al imputado, por lo que no se puede esperar que lo declarado sea verdad y en consecuencia no puede existir ninguna responsabilidad de su falsa declaración, en el sistema norteamericano, el inculpado al declarar como testigo tiene la obligación de prestar juramento y de decir la verdad.

Hay que tener en cuenta que la Quinta Enmienda de la Constitución Norteamericana establece el derecho de una persona “a no ser compelido a ser testigo contra uno mismo”, lo cual a decir de algunos, tiene un alcance más amplio que el derecho a no ser obligado a declarar<sup>51</sup>, significa que nadie puede ser obligado a comparecer en el estrado de un tribunal. Si la persona opta por comparecer, lo hará pero en calidad de testigo y con el deber de veracidad.

En nuestro sistema procesal, si bien el inculpado puede ser obligado a comparecer ante los jueces, su libertad de declarar no puede ser limitada con un deber de veracidad o de actitud proba, pues al concebirse a la declaración como expresión del derecho de defensa, se debe aceptar que el inculpado haga valer sus puntos de vista, aún cuando no se ajuste a la verdad.

La afirmación de que no se puede exigir al imputado que colabore en su propia condena, cobra nuevamente validez para esta situación, una vez que decide declarar, no se puede esperar que se ciña a la verdad, en el caso que ésta contenga elementos que lo perjudiquen.

La obligación de veracidad como dice GIMENO SENDRA<sup>52</sup> es incompatible con el derecho al silencio “razón por la cual no sólo debe eximirse al acusado del delito de ‘falso testimonio’ sino que debe prestar declaración siempre en calidad de imputado y no en la de testigo.

---

<sup>51</sup>. Cfr. HENDLER, Edmundo. *Derecho Penal y Procesal Penal de los EE.UU.*, p. 177.

<sup>52</sup>. GIMENO SENDRA, Vicente. *Constitución y Proceso*. p. 115.

Del mismo modo en México se ha establecido jurisprudencialmente que cuando un procesado manifiesta su voluntad de declarar, “no puede exigirsele que rinda protesta de decir la verdad, ni tampoco, a falta de ella, podrá imputársele delito de falsedad en declaraciones, pues en ambos casos se le estaría coaccionando para que declarase en contra”.<sup>53</sup>

En nuestro país la obligación de decir la verdad ha quedado claramente proscrito jurisprudencialmente (véase ejecutoria Suprema 791-96 -Lima) cuando nuestro tribunal supremo ha interpretado que “al no estar obligado a prestar juramento de decir la verdad, el procesado no puede ser inculpado del delito contra la función jurisdiccional en razón de sus propias declaraciones”.<sup>54</sup>

Si existe o no un derecho a mentir, eso lo discutiremos más adelante. Lo que puede quedar establecido de antemano, es que existe impunidad para la falsa declaración.

### **2.1.5 El derecho a la pluralidad de declaraciones**

El derecho a la pluralidad de declaraciones, es el derecho que tiene el inculpado a ser escuchado cada vez que considere que tiene algo que agregar o decir en el proceso.

---

<sup>53</sup> ZAMORA PIERCE, Jesús. *Garantías y Proceso Penal*. Ob. cit., p. 186.

<sup>54</sup> Cfr. CUBAS VILLANUEVA, Víctor y Fany QUISPE FARFAN. *Código de Procedimientos Penales*, Lima Palestra 1999, p. 116, citando esta jurisprudencia a propósito del art. 132 de nuestra ley.

La pluralidad de declaraciones no significa de ninguna manera un incentivo a prestar diferentes declaraciones en un mismo proceso.

Esta manifestación del derecho a declarar tiene su correlato con el derecho a ser oído, previsto en los Tratados Internacionales y que se encuentra contenido en el derecho de defensa establecido en el artículo 139 inc.14 de nuestra Constitución Política del Estado.

Algunas legislaciones reglamentan incluso que las declaraciones pueden ser recibidas en “cualquier momento”, así en Cuba el art. 161 señala textualmente que existe el derecho a declarar o a no hacerlo y que puede realizarse “en cualquier momento y cuantas veces se solicite.”

Este derecho a declarar extensamente no debe equipararse con una prolongación excesiva de la diligencia de la declaración. Es más, la regulación procesal debe prever la suspensión de esta declaración por causa de su excesiva duración, pues ello pueda fatigar tanto al procesado como al Juez.

Es recomendable, señala GIMENO SENDRA (citando la STS del 25 de mayo de 1990) hacer constar en el acta el tiempo que se invirtió en el interrogatorio, aun cuando esta omisión no acarree nulidad.<sup>55</sup>

En nuestra legislación, el artículo 135 del Código de Procedimientos Penales establece la suspensión de la declaración

---

<sup>55</sup>. Cfr. GIMENO SENDRA, Vicente, Víctor MORENO CATENA y Valentín CORTES DOMÍNGUEZ Ob. cit., p. 395.

instructiva, además de prever la pluralidad de declaraciones, “cuando el Juez Penal lo estime conveniente”, no contemplando la facultad del inculpado de solicitarla.

### **2.1.6 La proscripción de la exhortación de decir la verdad**

Esta exhortación a la verdad constituye una irremediable reminiscencia del esquema inquisitivo basado en la búsqueda de la verdad material.<sup>56</sup>

Esta prevención es una ilícita coacción a la libertad del imputado, pues “la influencia que ello puede tener en el comportamiento del interrogado, marcándole una conducta activa y estimulando una labor de colaboración, induce a considerar ilegítima cualquier admonición al interrogado con el fin de hacerlo declarar y más aún de inducirlo a confesar”.<sup>57</sup>

En España encontramos que si bien el artículo 387 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal señala que “no se exigirá juramento a los procesados, exhortándoles solamente a decir la verdad” esta exhortación no se admite actualmente en virtud de la vigencia de la Constitución Política de 1978 que prescribe en el art. 24 inc. 2 el “de-

---

<sup>56</sup>. Cfr. CAROCCA PÉREZ, Alex. *Garantía Constitucional de la Defensa Procesal* p. 472.

<sup>57</sup> REVILLA GONZALEZ, José-Alberto. *El Interrogatorio del imputado*. Valencia, Tirant lo Blanch,, 2,000. p. 37

recho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable” y más bien se establece la obligación de advertir que no se tiene la obligación de declarar y por el cual debe entenderse derogado este artículo 387.<sup>58</sup>

Esta misma interpretación de inconstitucionalidad es aplicable a nuestro artículo 132 del Código de Procedimientos Penales que prescriba esta “exhortación a decir la verdad” en virtud de lo regulado en el art. 2 inc. 24 “h” de la Constitución Política de 1993 y en el art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Sin embargo, a pesar de ello subsiste esta práctica de exhortación de decir la verdad y sigue siendo tan popular a la hora de recibir una declaración.

La fórmula de exhortación al inculcado de decir la verdad regulado en el art. 132 del Código Procedimientos Penales, se ha mantenido en el artículo 123, segundo párrafo del Código Procesal Penal y en el proyecto de Código Procesal Penal de 1995.

Sobre la constitucionalidad de la exhortación judicial de decir la verdad, encontramos la opinión disidente de Vicente GIMENO SENDRA, quien al señalar el deber de colaborar con la administración de justicia que tenemos todos, incluido el procesado, sostiene, que no puede concluirse de modo radical que el artículo 387 LEcrim, que establece esta exhortación, sea inconstitucional. “En principio puede, por lo tanto, el Juez exhortar al procesado a decir la verdad; pero, la desobediencia a esta recomendación, ni puede ocasionar la frustración del derecho al silencio, ni la eventual conducta

---

<sup>58</sup>. Cfr. AA.VV. *Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Madrid, Colex, 1999 p. 271.

mendaz del procesado ha de llevar aparejada género de sanción alguna”.<sup>59</sup>

Sin embargo, en cuanto a la subsistencia de esta exhortación se ha señalado que “no puede entenderse la posibilidad de que el Juez incite al cumplimiento de una suerte de deber moral desprovisto de consecuencias jurídicas”.<sup>60</sup>

En una rápida mirada a las legislaciones latinoamericanas encontramos el artículo 276 Código Procesal Penal de Costa Rica que proscrib, además del juramento u otra forma de compeler, cualquier “cargos o reconvenciones tendientes a obtener su confesión... La inobservancia de este precepto hará nulo el acto, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria o penal que corresponda...”

El artículo 320 del Código de Procedimientos Penales de Chile, establece que si bien la declaración del inculpado no podrá recibirse bajo juramento, el juez puede limitarse a exhortar a decir la verdad. Al igual que lo regulado por nuestro Código de Procedimientos Penales se establece una presunción de culpabilidad en caso de silencio o de simulación.

## **2.2. Alcance de este derecho**

---

<sup>59</sup>. GIMENO SENDRA, Vicente, Víctor MORENO CATENA y Valentín CORTES DOMÍNGUEZ Ob. cit., p. 392.

<sup>60</sup> REVILLA GONZALEZ, José-Alberto. *El Interrogatorio del imputado*. Ob cit. p. 58



A fin de desarrollar este tema de los alcances, debemos referirnos primero a la extensión propiamente dicha de la libertad de declarar, para luego discutir si este derecho es sólo del imputado o si se extiende a otras personas, como son los testigos y familiares. Finalmente señalaremos cuál es la aplicación de este derecho en el ámbito extrapenal.

### **2.2.1 Extensión de la libertad de declarar**

La primera cuestión a tener en cuenta es que el alcance del derecho a la no incriminación, varía según cada sistema procesal. En nuestro sistema romano-germánico dominado por el principio de legalidad, este alcance está determinado por la interpretación del derecho a la libertad de declarar dentro de esos parámetros.

Los legisladores mexicanos introdujeron el 03 de setiembre de 1993, una importante reforma constitucional al artículo. 20 fr. II que establece que “nadie podrá ser obligado a declarar”, al contrario de la regulación anterior que establecía además la frase “en su contra”.

La regulación mexicana de modo amplio regula el derecho de declaración, pues queda claro que si nadie puede ser obligado a declarar, menos puede hacerlo en su contra. Se evita, asimismo, de este modo cualquier interpretación, en el sentido de que sólo se puede saber que si un inculpado ha declarado en su contra, una vez que haya rendido su declaración.

La segunda cuestión, es establecer desde qué momento se puede invocar el ejercicio de este derecho. En ese sentido, no hay

discusión, los alcances de este derecho se extienden tanto a las declaraciones realizadas ante la Policía, el Ministerio Público, jueces o cualquier otra autoridad.

Por último, una tercera cuestión está destinada a establecer hasta qué medios se extiende la garantía de la no incriminación. Si bien, históricamente, tuvo como primer fin prohibir la tortura, hoy la garantía de la no incriminación se extiende a “cualquier medio” que tiende a compeler a la incriminación.

### **2.2.2. alcance a los testigos**

Es claro, como vimos anteriormente, que la interpretación de la Quinta Enmienda de la Constitución Norteamericana realizada por los tribunales de ese país, hace extensivo el derecho a declarar y a la no incriminación a los testigos. De este modo, quien testifica puede negarse a declarar cuando considere que va a aportar algún dato que lo incrimine.

En los años 50, se discutió en EE.UU. la procedencia de este privilegio, pues era continuamente invocado por testigos acusados de actividades subversivas, a quienes se les denominó “comunistas de la Quinta Enmienda”.<sup>61</sup>

En Denver, el caso *Blau* fue una muestra de las opiniones disidentes en aquella época. La Corte unánimemente sostuvo

---

<sup>61</sup>. Cfr. KONVITZ, Milton *La libertad en la Declaración de Derechos de los EE.UU.*; Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1959, p. 433.

que el testigo que pedía la protección del privilegio contra la autoincriminación, podía negarse a contestar preguntas relacionadas con el Partido Comunista y su afiliación, pues cualquier declaración al respecto podía llevar a una acusación bajo la ley Smith, que tipificaba como delito la organización que preconice o defiende el derrocamiento del gobierno.

Si bien los tribunales norteamericanos entendieron que la garantía de la no incriminación comprende no sólo a los imputados sino también a cualquier testigo, establecieron además que no se puede invocar esta garantía si la persona a quien se obliga a declarar se encuentra por alguna razón exenta de persecución penal.

Ello no significa que la persona necesariamente deba encontrarse en proceso, tal como un inculpado, sino que la garantía opera cuando por su declaración pueda ser sujeto de persecución penal, *contrario sensu*, se estableció que si trata de un delito prescrito, de un indulto, amnistía, cosa juzgada e incluso los otorgamientos de inmunidad, no existía el derecho a negarse a declarar.

Esta situación es usual en los Estados Unidos donde el fiscal tiene la atribución de otorgar determinada inmunidad a cambio de una declaración contra otra persona, es decir que se otorga al ciudadano la seguridad de que no será perseguido por lo que declaró.

Existen dos tipos de inmunidad que pueden ser otorgadas al declarante: la inmunidad del uso de la declaración y la inmunidad del hecho al que se refiere la declaración. La inmunidad respecto al uso de las declaraciones, significa que no podrá ser perseguido por esa declaración, mas no lo exime totalmente de la persecu-

ción, pues la Corte ha determinado que se puede perseguir penalmente a quien se obligó declarar, si existen pruebas del hecho, brindadas por una fuente totalmente independiente.<sup>62</sup>

Esta inmunidad del uso de la declaración implica además la llamada inmunidad derivativa, es decir que no se puede utilizar pruebas que se deriven de la declaración prestada bajo la inmunidad. Por otra parte, la inmunidad del hecho que se otorga es mucho más amplia e implica prácticamente una amnistía de los hechos acontecidos, por lo cual su aplicación es ampliamente debatida.

### **2.2.3. Alcance a los familiares**

La Constitución costarricense señala en su artículo 36, que la garantía de no incriminación no sólo comprende al inculpado sino a sus parientes más cercanos: su cónyuge, ascendientes, descendientes o parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad o afinidad.

La Constitución Paraguaya de 1992 va más allá y en su artículo 18, extiende el alcance de esta garantía de la no incriminación, incluso a la persona con quien se encuentra unida de hecho el imputado.

Similar regulación encontramos en el Código de Procedimientos Colombiano, que en su art. 358 señala que se advertirá

---

<sup>62</sup>. Cfr. HENDLER, Edmundo. *Derecho penal y procesal Penal de los EE.UU.* Ob. cit., p. 179.

previamente al indagado que no tiene obligación de declarar contra sí mismo ni contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, ni contra su cónyuge, o compañero permanente”.

En nuestro país este tema se encuentra limitado a la regulación de las excusas al declarar como testigos, según el art. 141 del Código de Procedimientos Penales y no hace ninguna referencia a la persona que acude como inculpado, aunque una lectura a luz de la libertad de declarar, puede llevarnos a afirmar que incluso cuando se encuentra comprendido como inculpado puede negarse a declarar en contra de sus familiares en virtud de su derecho al silencio.

#### **2.2.4. Ambito de aplicación extra penal**

A igual que todos los derechos y garantías penales, el derecho a declarar y la no incriminación encuentra aplicación no sólo en el proceso penal sino en todo procedimiento que involucre un sanción, léase proceso administrativo disciplinario o procedimiento de Comisión investigación del Congreso de la República.

De ese modo la Ley 27444 del 11 de octubre del 2001, Ley del Procedimiento Administrativo General en su artículo 234 inc. 4 establece que si bien se otorga un plazo de cinco días para que el administrado formule sus descargos, la abstención de este ejercicio no puede considerarse elemento de juicio en su contra.

Una digresión, debemos diferenciar el carácter de declaración jurada que tiene los formatos de solicitudes ante la autoridad administrativa, que se enmarcan dentro del principio de veracidad y cuya falsedad es sancionable penalmente (art. 438 el CP) , al haberse realizado bajo juramento.

A nuestro modo de ver debemos diferenciar el procedimiento administrativo *simple* del procedimiento administrativo *sancionador*, donde sí se puede invocar el derecho a la no incriminación. Si bien nuestra Ley de del Procedimiento no lo establece textualmente, el carácter de declaración jurada sólo es admisible cuando está dirigida a obtener un beneficio o un derecho; ergo, las declaraciones introducidas en un proceso sancionador con el fin de evitar que se impongan una medida disciplinaria aun no sean verdaderas no será sujeto de ningún sanción.

En cuanto a las Comisiones Investigadoras del Congreso de la República, si bien las conclusiones a las que arriben no obligan a los órganos jurisdiccionales, puede traer como consecuencia la aplicación de medidas o decisiones sobre funcionarios del Estado; por lo queda claro que al tener como consecuencia una sanción, se puede invocar el ejercicio de este derecho, cuando la declaración que se pretende obtener signifique una incriminación.

EGUIGUREN PRAELI señala que nada obliga a quien concurre a responder las interrogantes que se plantean pues no presta juramento de decir la verdad “menos aún si ello conlleva la autoincriminación o crea el riesgo de una eventual utilización penal en su contra de las declaraciones formuladas, mal puede admitirse que se pretenda tipificar como delito (de falsedad genérica, por ejemplo) e inculpar a alguien por haber proporcionado a su declaración una in-

formación inexacta o insuficiente; ni siquiera cabría reprocharle el suministro de una información falsa, si con ello pretende evitar autoinculparse o ser involucrado en una posible acusación o responsabilidad penal”.<sup>63</sup>

---

<sup>63</sup> EGUIGUREN PRAELI, Francisco. *Estudios Constitucionales*. Lima, Ara Editores, 2002. p. 248

## Capítulo 3:

### Aspectos Problemáticos de la institución

“La lucha es el trabajo eterno del derecho.”

von Ihering

#### 3.1. ¿Existe un derecho a mentir?

Si bien se ha establecido que el derecho a declarar, significa la libertad de declarar o de no hacerlo, se presenta la interrogante, si existe un deber de decir la verdad o, visto de otro modo, si una vez que se ha optado por declarar, existe un derecho a mentir.

BENTHAM argumentó que la intimidación propia de un interrogatorio produce una turbación capaz de producir que las personas recurran a mentiras y por ello algunos han fundamentado el derecho a la no incriminación como un medio de evitar errores judiciales.

Sobre este punto se discute si el inculpado tendría un derecho a mentir, como consecuencia del reconocimiento del derecho a la no incriminación. Es decir, si al no exigirse juramento, el inculpado es libre de declarar aun cuando resulte falsa su declaración.

Los autores que defienden esta postura señalan que el derecho a mentir se fundamenta en el derecho al silencio. Otros añaden que además se fundamenta en los derechos a la inviolabilidad



de la personalidad, a la defensa y a la libertad.<sup>64</sup> Si se establece la prohibición de no obligar a alguien a declarar en su contra y que lo declarado, a pesar de ser falso, no sea sancionado, es coherente hablar de un derecho a mentir del inculpado, de esta opinión son FAYOS GARDO, ASENCIO MELLADO y VÁSQUEZ SOTELO.

De opinión contraria es VICENTE GIMENO SENDRA, quien señala que si bien existe una impunidad frente a la falsa declaración, esa impunidad no puede llevar a sostener un derecho a mentir; ello en razón del deber de colaboración con la justicia que incumbe a todos, incluso al inculpado.<sup>65</sup>

Según CAROCCA PÉREZ no es que el inculpado tenga un derecho a mentir sino que tiene el derecho a declarar, entendido como autodefensa, y donde siempre la parte hará valer sus puntos de vista; si es verdadero o falso lo que introduce al proceso, ello será establecido al final del proceso. Señala que existe una inmunidad para el declarante de que su declaración, si resulta falsa, no le acarreará responsabilidad penal ya que se hizo en el legítimo ejercicio de su derecho de defensa.<sup>66</sup>

Ello siempre que lo declarado esté circunscrito a su propia participación, pues como señala REVILLA GONZALEZ, si es una falsa imputación de un delito a un tercero “la mentira no se entiende

---

<sup>64</sup>. Cfr. HUERTAS MARÍN, M. *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*. Barcelona, Bosch, 1999, p. 297 comentando la posición de M. GÓMEZ DEL CASTILLO Y GÓMEZ.

<sup>65</sup>. Cfr. GIMENO SENDRA, Vicente, Víctor MORENO CATENA, Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Penal*. Madrid, Colex 1999, 3ª Ed., 1999, p. 390.

<sup>66</sup>. Cfr. CAROCCA PÉREZ; Alex. *Garantía Constitucional de la defensa procesal*, p. 482.

como una lícita estrategia defensiva, o si se quiere, como contenido del derecho de defensa. El derecho de defensa deja aquí de existir cuando entra en conflicto con el derecho del inocente, y el derecho de la sociedad en razón de la falsa atribución a otra persona del propio delito”.<sup>67</sup>

La posición del Tribunal Supremo español, señalada en la sentencia del 2 de noviembre de 1990, es que si el procesado decide declarar, no tiene la obligación de decir la verdad, “puede manifestar lo que estime procedente, debiéndose destacar que a una declaración falsa del imputado no se pueden asociar nunca consecuencias penales por falso testimonio, frente a lo que acontece con el testigo”. (F.D. único)

La impunidad de la mentira, como señala TIEDEMANN, responde al hecho de que la persona ya es inculpada, se ha iniciado un proceso penal en su contra, por lo que no realiza tipos penales adicionales.<sup>68</sup>

Sin embargo, tal como señala HUERTAS MARTÍN, existe en España otra línea jurisprudencial del Tribunal que se contrapone a la señalada, en la que se establece que lo expresado por el inculpa-do de modo alguno puede ser intrascendente “pues constituye un sumando de los elementos a tener en cuenta a los efectos de formar convicción”. (S. de 6 de mayo de 1994, F.D. 3º). Esto es, la conducta del procesado a valorar a la hora de sentenciar.

---

<sup>67</sup> REVILLA GONZALEZ, José-Alberto. *El interrogatorio del imputado*. Ob. Cit. p. 61

<sup>68</sup> ROXIN, Claus, Günther ARZT y Klaus TIEDEMANN. *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*. Barcelona Ariel, 1989, p. 154.

El "deber testimonial" del procesado fue defendido en Italia por CARNELUTTI, en concordancia con su posición de la pena y el proceso como redención. Siguiendo este lineamiento en Italia encontramos a FOSCHINI, quien postula una "carga de verdad" que pesa sobre el inculpado ya que las falsas declaraciones traerán consecuencias en la valoración de la prueba por parte del juzgador y según agrega, GUARNIERI, en la determinación de la pena.<sup>69</sup>

En el sistema anglosajón -que si bien proscribió la confesión hace más de tres siglos<sup>70</sup>- existe este deber a declarar, ya que el inculpado es tratado como testigo en su propia causa y en su propia defensa. En este sistema es inconcebible hablar de un derecho a mentir, cuando quien decide declarar lo debe hacer bajo juramento de decir la verdad, de comprobarse posteriormente que mintió sería procesado por "perjurio". Al exigirse juramento al declarar ante el tribunal del Jurado no existe impunidad para el inculpado. A primera impresión pareciera que existe una limitación a la libertad de declarar, y que exista el riesgo de que se presuma que si calla, (en el ejercicio de su derecho a no declarar) es por que si declara lo hará en su contra.

Sin embargo esta situación debe ser vista desde una óptica diferente. Dentro de las formalidades del pre-juicio en los Estados Unidos existe lo que se conoce como "audiencia de alegación" (arrangement) donde se informa al acusado de los cargos en su contra, se le pregunta si se declara inocente o culpable de los cargos im-

---

<sup>69</sup>. Cfr. HUERTAS MARTÍN, H. Ob. cit. 303.

<sup>70</sup>. Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*. p. 678, nota 286.

putados y se le informa de los derechos que le asiste, tales como el guardar silencio.<sup>71</sup>

Según indican, los que se han dedicado a estudiar el procedimiento norteamericano, esa declaración de “inocente” o “culpable” constituye una actitud procesal que se adopta frente a la acusación del Fiscal. BOVINO nos dice que “en esta etapa del procedimiento la “declaración” del imputado no consiste, como en nuestro derecho, en una explicación sobre su participación o no en el hecho punible que se le atribuye, sino, únicamente, en una expresión de voluntad referida de manera específica y concreta a la decisión de resistir la imputación –exigiendo la realización del juicio que demuestre su culpabilidad o aceptar su responsabilidad personal por el hecho contenido en la solicitud persecutoria –renunciando a su derecho al juicio garantizado constitucionalmente”.<sup>72</sup>

Una vez iniciado el juicio, el imputado puede declarar o no, según lo considere conveniente. Es interesante destacar que sólo declarará y por ende prestará juramento, una vez que la parte acusadora haya terminado de desplegar todo los elementos con los que intenta demostrar la hipótesis de culpabilidad. El inculpado, como destaca ALBERTO BOVINO, no es un elemento que coadyuve a demostrar la hipótesis del fiscal, tal como ocurre en nuestro proceso, donde el Fiscal interroga al inculpado sin haber demostrado nada.

---

<sup>71</sup>. RÍOS, Jorge. “Procesos Penales en los Estados Unidos”. En *El Ministerio Público, para una nueva justicia criminal*, Santiago de Chile, 1994, p. 101.

<sup>72</sup>. BOVINO, Alberto. *Problemas del Derecho Procesal Penal Contemporáneo*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 1998, p. 226.

Desde esta perspectiva sería limitado decir que el derecho a la no incriminación en este sistema se encuentra condicionado por el juramento.

### **3.2 ¿existe el deber del imputado de brindar sus datos personales?**

Si bien en algunas legislaciones (Vg. Alemania, Argentina) se establece expresamente que el inculcado tiene el derecho a declarar o no sobre el hecho y por tanto, tiene el deber de declarar sobre sus datos personales o sus “generales de ley,” la discusión sobre el tema no es uniforme.

Limitar el derecho de no incriminación sólo “sobre el hecho” divide a la doctrina. La modificación introducida en la Constitución Mexicana sobre la cláusula de no incriminación en 1993 de la frase “No podrá ser obligado en su contra” a simplemente la expresión “no podrá ser obligado a declarar”, ha llevado algunos estudiosos a señalar que este derecho a no declarar es amplio y no debería permitirse ninguna coacción ni siquiera para la solicitud de datos personales.

De tal opinión es el profesor ALBIN ESER quien señala que “la obligación de declarar en relación con los datos personales parece, de todas maneras, incompatibles con el privilegio contra la autoincriminación (..). Si se toma en serio el privilegio contra la autoincriminación, no queda otro camino que el de reconocer al incul-

pado un derecho de no declarar sin restricciones, que también debe alcanzar sus datos personales”.<sup>73</sup>

¿Qué pasa si el inculcado brinda datos falsos sobre su identidad?. En el Código Procesal Italiano se establece expresamente (art. 66.1) que la autoridad judicial “invitará” al imputado “a declarar sobre sus datos personales y sobre todo aquello que pueda servir a efectos de su identificación, advirtiéndole de las consecuencias que pudiera derivarse de la negativa a identificarse o de aportar datos falsos”. Consecuencias que son las establecidas en el Código Penal italiano.<sup>74</sup>

Tanto el ordenamiento español (art. 368 de la LECrim) como el nuestro (art. 124 del C. de P.P. vigente y el art. 122 del CPP de 1991 en *vacatio legis*) no prevén una sanción sobre la falsa declaración respecto a los datos de identificación, por lo que se deduce que nuestros legisladores han asumido la posición que señala que el inculcado puede declarar falsamente con impunidad y sin restricciones.

Por ello se establece positivamente otros mecanismos de identificación y a los que no puede rehuir el procesado. Así, en los Estados Unidos diversas sentencias (casos *Mc Nabb vs. United States*, *Malinski vs. New York*, *Oregon vs. Mathiason* etc.) han determinado jurisprudencialmente que no se encuentran dentro del ámbito de protección de la garantía de la no incriminación la obligación del imputado de imprimir sus huellas digitales, de ser fotografiado, me-

---

<sup>73</sup>. ESER, Albin. *Temas de Derecho Penal y Procesal Penal*. Lima, Idemsa, 1998, p. 26.

<sup>74</sup> Cfr. HUERTAS MARTIN, M. Isabel. *El Sujeto pasivo del proceso penal como ordenamiento penal como objeto de la prueba*. Ob. Cit. p. 315

dido, hablar a efectos de su identificación, a comparecer ante el tribunal a permanecer de pie, andar, etc.<sup>75</sup>

### **3.3.- ¿Existe la obligación de identificarse como responsable de una sanción administrativa.**

Los alcances del derecho a la no incriminación en el ámbito administrativo son cada vez más entendidos y aceptados. La garantía referida a que nadie está obligado a declarar en su contra no puede limitarse a un proceso penal, sino que se extiende a todos aquellos actos donde la persona con su declaración pueda producirse un perjuicio, tal como una pena o una sanción económica.

En España ocurrió un caso singular con la dación del Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial (LTSV) que establecía la obligación administrativa del propietario del vehículo de identificar al culpable de la infracción que se cometiera en el uso de aquél. Los promotores de la acción de inconstitucionalidad de la referida Ley argumentaron que el derecho a la no incriminación se extiende al ámbito del derecho administrativo y que el art. 72,3 de la LTSV vulnera este derecho en cuanto compele al titular del vehículo a confesarse autor de dicha infracción bajo la amenaza de ser sancionado pecuniariamente.

El Tribunal Constitucional en la Sentencia N° 197/1995 del 21 de diciembre de 1995, señaló que “dado que la identificación

---

<sup>75</sup>. ESPARZA LEIBAR, Iñaki. *El principio del Proceso Debido*. Barcelona, Bosch, 1995, p. 89, nota 81.

del conductor que la ley exige no es la del propietario en condición de imputado sino en la de titular del vehículo, ninguna consistencia cabe otorgar a la pretendida vulneración del derecho fundamental a no declarar contra sí mismo por parte del precepto legal cuestionado, el cual se limita a configurar un mero deber de colaboración con la Administración de los titulares de los vehículos”.

GIMENO SENDRA emitió voto particular respecto de este fallo, al considerar que se ha tergiversado el sentido de la doctrina plasmada en dicha sentencia, la cual comparte plenamente, ya que se ha convertido la obligación de identificar al autor responsable por la del conductor en el momento de cometer la infracción, pues “el sujeto pasivo de este deber de identificación, según el tenor de las normas, es el conductor 'responsable de la infracción', quien, si coincide con el sujeto activo de la obligación (el titular del vehículo), su cumplimiento ha de entrañar la exteriorización de una autoincriminación que, al efectuarse tras la comisión de un ilícito administrativo y en el seno de un procedimiento sancionador, debiera efectuarse con absoluto respeto al derecho fundamental "a no declarar contra sí mismo".

### **3.4.- ¿Existe el deber de someterse a una intervención corporal o el deber de proporcionar documentos u otros que puedan auto incriminar?**



Algunos sostienen que dichas intervenciones atentan contra el derecho a no inculparse del inculpado, ya que se exige una determinada conducta de su parte que lo va perjudicar.

Sin embargo entendiendo como declaración “el ingreso de información a través de una manifestación oral o escrita”, el concepto de declaración se restringe. Se ha establecido que al no exigirse una conducta activa de parte del inculpado, no podemos hablar de una vulneración de su derecho a la no incriminación.

Dichas intervenciones son aceptadas por algunas legislaciones aun en contra de la voluntad del inculpado. En este punto el desarrollo actual de la doctrina ha tenido que aceptar que la realización de este tipo de medios de pruebas, conlleva a una revisión del reconocimiento del imputado como sujeto del proceso *siempre* y se acepta que en estos casos cumple un papel de “objeto de indagación”.

El Tribunal Europeo reconoce actualmente que estas intervenciones corporales no atentan ni contra la presunción de inocencia ni contra la garantía de no incriminación, ya que al mismo tiempo que este medio de prueba puede ser desfavorable para el imputado también puede serle favorable.

Las intervenciones corporales como el llamado “registro personal” o “cacheo” por el cual una persona es intervenida a fin de descubrir en su cuerpo o su indumentaria el objeto del delito o los instrumentos utilizados para su comisión se encuentran excluidas de este derecho a la no incriminación por cuanto se considera, como dijimos, al cuerpo humano como objeto pasivo.

Esto no justifica que pueda hacerse un uso irracional de este tipo de intervenciones que generalmente realiza la policía, sino que debe estar justificada por el presupuesto de la existencia de un delito, pues de otro modo se estaría violentado el derecho a la intimidad de las personas.<sup>76</sup>

Los reconocimientos médicos sin duda constituyen actos periciales. La negativa de la persona a someterse a uno de estos actos, luego de que el juzgador ha ordenado su realización merituando la necesidad, proporcionalidad y el que no afecte la salud de la persona, se encontrará sujeta a efectos jurídicos como el inicio de un proceso por el delito de desobediencia a la autoridad (art. 368 CP) y probablemente generará un indicio.

En Estados Unidos la jurisprudencia ha establecido que las tomas de muestras de orina, sangre u otros fluidos que se lleven a cabo aun en contra de la voluntad de la persona son válidas.<sup>77</sup>

En España, las intervenciones corporales como los test alcoholométricos se encuentran permitidos dentro de los que se conoce como "diligencia policial de prevención" regulado por el art. 284 de la LECRIM constituyendo un acto de investigación. Se sostiene que el deber del sindicado a someterse a dicho test, deriva de

---

<sup>76</sup>. DÍAZ CABIALE, José Antonio. "Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestra para análisis periciales (ADN, sangre etc.)". En: *Medidas Restrictivas de Derechos Fundamentales*. Consejo General del Poder Judicial Madrid, 1996, p. 80-84. Comenta además que en la legislación italiana se encuentra prohibida la inspección personal por la policía judicial, al no ser una medida de naturaleza provisional y que ésta sólo puede hacerse a través del Ministerio Público (art. 245 CPP).

<sup>77</sup>. ESPARZA LEIBAR, Iñaki. *El principio del Proceso Debido*. Barcelona, Bosch, 1995. p. 89, nota 81.

un deber administrativo nacido de una norma administrativa. Se acepta además su inclusión dentro del artículo 363 de la LECRIM, equiparándolos a los análisis químicos permitidos para la investigación judicial.

Fue en 1985 que el Tribunal Constitucional Español en la STC 252/1984 definió claramente a la prueba de **alcoholemia** como una pericia técnica, donde no hay declaraciones autoinculpadoras. Señala la STC 103/1985 “El deber de someterse al control de **alcoholemia** no puede considerarse contrario al derecho a no declarar, y no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, pues no se obliga al detectado a emitir una declaración que exteriorice un contenido, admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia, exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los arts. 17,3 y 24,2 CE”.

Meses después en la Sentencia 107/1985 el Tribunal añadía que la realización de una prueba de **alcoholemia** “no exorbita, en sí, las funciones propias de quienes tienen como deber la preservación de la seguridad del tránsito (...). En estos términos, la verificación de la prueba que se considera supone, para el afectado, un sometimiento, no ilegítimo desde la perspectiva constitucional, a las normas de policía, sometimiento al que, incluso, puede verse obligado sin la previa existencia de indicios de infracción, en el curso de controles preventivos realizados por los encargados de velar por la regularidad y seguridad del tránsito”.

Se afirmaba además rotundamente que la determinación del grado de alcohol en la sangre a través del correspondiente

test de **alcoholemia** no es contrario a las garantías constitucionales (STC 195/1987 f. j. 2º). El ATC 61/1983 agregaba que “sin perjuicio, naturalmente, del derecho del ciudadano a rehusar la sujeción a tal prueba y de soportar las consecuencias que del rechazo se puedan derivar” (f. j. 2º).

Posteriormente, en 1988, el desarrollo de esta doctrina estableció que la Constitución de 1978 garantiza la intimidad personal y por ende la intimidad corporal frente a toda indagación o pesquisa que sobre el cuerpo se quiera imponer contra la voluntad de la persona, “cuyo sentimiento de pudor queda así protegido por el ordenamiento, en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de comunidad”. Sin embargo señala además que en primer lugar “no pueden entenderse como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones, que, por las partes del cuerpo humano sobre las que se operan, o por los instrumentos mediante las que se realizan no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o recato de la persona; y en segundo lugar que la intimidad personal puede llegar a ceder en ciertos casos ante exigencias públicas, tal afectación de la intimidad es posible sólo por decisión judicial que habrá de prever que su ejecución sea respetuosa de la dignidad y constitutiva, atendidas las circunstancias del caso, de trato degradante alguno”.<sup>78</sup>

La Sentencia del Tribunal Constitucional Español núm. 161/1997 del 02 de octubre de 1997 que desestima una demanda de inconstitucionalidad del art. 380 C.P. , que tipifica la desobediencia al

---

<sup>78</sup>. GONZALES CUELLAR, Antonio, José HERNÁNDEZ GUYANO, José María PAZ RUBIO, Luis RODRÍGUEZ RAMOS. *Ley de Enjuiciamiento Criminal y ley del Jurado*: Madrid, Colex, 1999, p. 243.

sometimiento a las pruebas de alcoholemia, señala “que tal garantía no alcanza sin embargo a integrar en el derecho a la presunción de inocencia la facultad de sustraerse a las diligencias de prevención, de indagación o de prueba que proponga la acusación o que puedan disponer las autoridades judiciales o administrativas. La configuración genérica de un derecho a no soportar ninguna diligencia de este tipo dejaría inermes a los poderes públicos en el desempeño de sus legítimas funciones de protección de la libertad y la convivencia, dañaría el valor de la justicia y las garantías de una tutela judicial efectiva, y cuestionaría genéricamente la legitimidad de diligencias tales como la “identificación y reconocimiento de un imputado, la entrada y registro en un domicilio, o las intervenciones telefónicas o de correspondencia.

Señala que la ejecución de estas diligencias “podría ser compelida mediante la advertencia de las consecuencias sancionadoras que pueden seguirse de su negativa o de la valoración que de ésta quepa hacer en relación con los indicios ya existentes (STC 37/3989, f. j. 8º). Los mismos efectos de desequilibrio procesal, en detrimento del valor de la justicia, y de entorpecimiento de las legítimas funciones de la Administración, en perjuicio del interés público, podría tener la extensión de la facultad de no contribución a cualquier actividad o diligencia con independencia de su contenido o de su carácter, o la dejación de la calificación de los mismos como directamente inculpativos a la persona a la que se solicita la contribución. En suma, como indican el prefijo y el sustantivo que expresan la garantía de autoincriminación, la misma se refiere únicamente a las contribuciones de contenido directamente inculpativo”.

Se estableció además que las pruebas para comprobar si un sujeto conducía un vehículo bajo la influencia del alcohol o las drogas no constituían en rigor una declaración o testimonio, por lo que no pueden suponer vulneración alguna de los derechos a no declarar, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable. “Las pruebas de detección discutidas, ya consistan en la espiración de aire, ya en la extracción de sangre, en el análisis de orina o en un examen médico, no constituyen actuaciones encaminadas a obtener del sujeto el reconocimiento de determinados hechos o su interpretación o valoración de los mismos, sino simples pericias de resultado incierto que, con independencia de que su mecánica concreta no requiera sólo un comportamiento exclusivamente pasivo, no pueden catalogarse como obligaciones de autoincriminarse, es decir, como aportaciones o contribuciones del sujeto que sostengan o puedan sostener directamente, en el sentido antes dicho, su propia imputación penal o administrativa.

Se ha fundamentado este deber de someterse a dichas pruebas alcoholométricas en la legitimidad en estos tipos de actuaciones de los poderes públicos que tiene una función de supervisión de las actividades peligrosas lícitas que se desarrollen en el marco de riesgo permitido por el ordenamiento. El ciudadano, como contrapartida de la propia permisión de ese riesgo circulatorio, tiene el correlativo deber de soportar estas actuaciones de indagación y control, y de colaborar con su práctica, dentro de las garantías esenciales. El objetivo es comprobar si las personas si los conductores cumplen las normas para garantizar la seguridad del tráfico. Visto de ese modo, este acto no puede suponer una autoincriminación en relación con

un delito contra la seguridad en el tráfico, por lo ya expuesto, sino que su inobservancia es sujeto de sanción penal.”

Este criterio asumido por el Tribunal Español es concordante con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (S. 17 diciembre 1996, caso Saunders contra el Reino Unido, párrafo 69) y la Comisión Europea de Derechos Humanos (asuntos 968/61 y 8.239/1978). El desarrollo jurisprudencial europeo ha resuelto que en el caso de intervenciones corporales debe existir una reserva jurisdiccional, salvo en los casos de test alcoholométricos donde la prontitud que exige su práctica justifica su intervención por personal policial.

En nuestro país el Proyecto de 1995 en su artículo 72 establece que se puede ordenar la investigación corporal del imputado para la constatación de una circunstancia de importancia para el proceso. “Aun si el imputado no colabore o exprese oposición, cuando no fuere de temer perjuicio para la salud”. Dicho dispositivo no se encuentra en el Código procesal de 1991.

El deber de mostrar documentos u otros que puedan auto incriminar previsto en el common law, como un supuesto del derecho a la no incriminación, no se encuentra aceptado en nuestro sistema, ya que se ha restringido al ámbito del derecho a la declaración, recordemos que el derecho a no suministrar pruebas contra uno mismo de origen anglosajón es mucho más amplio que nuestro derecho a la no incriminación. De este modo para nuestro ordenamiento, incumplir la orden de la autoridad de exhibir documentos se encuentra tipificada como delito de desobediencia a la autoridad.

Quizás pequemos en señalar jurisprudencia extranjera, sin embargo resulta muy ilustrativa al tocar temas que aun no se discuten en nuestro medio. En España, sobre la exhibición o aportación de determinados documentos contables, se estableció que quien se ve sometido a esas pruebas no está haciendo una declaración de voluntad ni emite una declaración que exteriorice un contenido admitiendo su culpabilidad (STC 76/1990). Este es el mismo razonamiento usado en relación con la obligación del titular de un vehículo de identificar al conductor presuntamente responsable de una infracción.

En cuanto a otros procedimientos distintos al penal se ha señalado en dicha jurisprudencia “que cuando el contribuyente aporta o exhibe los documentos contables pertinentes no está haciendo una manifestación de voluntad ni emite una declaración que exteriorice un contenido admitiendo su culpabilidad(...) no es, en realidad, más que una garantía del cumplimiento de los deberes formales de los sujetos pasivos (...) llevar y conservar los libros de contabilidad, registro y demás documentos que en cada caso se establezcan, facilitar la práctica de inspecciones y comprobaciones y proporcionar a la Administración los datos, informes, antecedentes y justificantes que tengan relación con el hecho imponible”.

En nuestro país en cuanto a los test de dosaje etílico y su práctica a pesar de la negativa a someterse a ello, se ha establecido que “se debe determinar si efectivamente este medio probatorio incompleto es suficiente para que se configure el ilícito penal (de conducción en estado de ebriedad), toda vez que la prueba de alcoholemia, de acuerdo a la doctrina extranjera, es una pericia técnica que no tiene valor probatorio de autoinculpación y no puede considerar-



se lícitamente realizado sino se le informa de este pedido al encausado...” (Exp. 7982\*97 Mac Rae Thays, Eyzaguirre Garate Vayo Rivera. En este caso se absolvió al acusado por su reiterada negativa de haber conducido en estado de ebriedad y la falta de intervención del representante del Ministerio Público en la elaboración del atestado policial.

En la investigación del delito de conducción en estado de ebriedad, se ha establecido que debe “valorarse tal situación dentro del contexto general,” (Exp, 8112-97, SS. Baca Carera, Mac Rae Thays, Saquiquaray Sánchez.)

Sobre el deber de someterse a las pruebas alcoholométricas resulta ilustrativa la ejecutoria expedida en la Corte Superior del Cono Norte (Exp. 44-2001 SS. Jo Laos Vásquez Arana. Gutiérrez Tudela) que confirma la sentencia condenatoria expedida, que señala que el procesado se negó a pasar el examen de dosaje etílico, sin embargo se llevó a cabo dicha diligencia, que dio como resultado ebriedad clínica, negándose nuevamente a firmar e imprimir su huella digital, asimismo el acusado admitió que conducía en estado de ebriedad, hecho corroborado con la declaración testimonial del policía que le intervino, por lo que la Sala Penal considera “irrelevante dicha prueba”. Resultando correcto a nuestro entender lo señalado por el Juez Penal de primera instancia (Siclla Villafuerte) quien aprecia el certificado de dosaje etílico a pesar de no estar suscrita por el procesado debido a una valoración conjunta de las actuaciones probatorias.

### **3.5. ¿Existe el deber del inculpado participar en ruedas de reconocimiento?**

La rueda de reconocimiento es un tipo de diligencia donde el inculpado es presentado dentro de un grupo de personas ante terceros, a fin de ser identificado por estos últimos. Identificación que es imprescindible muchas veces como medio probatorio.

El argumento para responder si existe o no el deber de participar en estas ruedas de reconocimiento es el mismo que en el deber de someterse a la prueba de alcoholemia y en el deber de brindar documentos personales, es decir no se exige una manifestación oral. En estos casos no cabe duda que al imputado se le da un tratamiento de objeto de prueba y se le exige el deber de comparecer ante otros.

Por ello la negativa del inculpado de participar en la rueda de reconocimiento, no se encontrará protegida por el derecho a la no incriminación pues el fin de esta rueda es "permitir la determinación del inculpado, siendo éste un mero 'objeto de la percepción visual de su observador' (ATC 494/1983)". El reconocimiento por sí sólo no es prueba de cargo suficiente y debe ser ratificada en el acto del juicio oral.

### **3.6 ¿Los beneficios de colaboración eficaz o de terminación anticipada contradicen la no incriminación?**

El acuerdo entre acusador y acusado sobre las circunstancias del delito y la pena, conocido como la moderna institución de la *conformidad*<sup>79</sup> en el proceso penal, supone necesariamente una renuncia al derecho de no incriminación.

A decir de KIRSCH, con el argumento de que es el propio inculpado el que solicita el acuerdo disponiendo de su derecho a no declarar, se olvida “la finalidad propia de este derecho; un proceso penal que parte de la vigencia del derecho a la no autoinculparse debe estar en condiciones de garantizar que una determinada imputación penal, en caso necesario, pueda acabar dando lugar a una sentencia aun sin la colaboración del imputado(...). La decisión del imputado de renunciar a su derecho a no declarar en una situación como ésta no es fruto de una motivación autónoma ni puede hablarse en absoluto de una disposición sincera.”<sup>80</sup>

En cuanto a la colaboración eficaz regulado en nuestro país mediante Decreto legislativo 901, estableció que la confesión antes de la acusación podría suponer una reducción desde el 50% hasta la exención de la pena prevista para los delitos establecidos por Decreto legislativos 895 y 896 (terrorismo agravados y delitos agravados), lo que bien implica una auto incriminación bajo el condicionante de un premio.<sup>81</sup>

---

<sup>79</sup> Este sistema de transacción judicial que tiene sus antecedentes en el *Plea Bargaining* y el *Pateggiamento*. En nuestro país se ha regulado la terminación anticipada en la Ley 26320.

<sup>80</sup> KIRSCH, STEFAN. “¿Derecho a no autoinculparse?” En: *La insostenible situación del Derecho Penal*, Editorial Comares, Granada, 2000 p. 260

<sup>81</sup> La colaboración eficaz, también está referida a proveer información que conlleve a la no incriminación de personas que constituyan bandas o agrupaciones criminales y que impida “neutralizar futuras acciones delictivas”, según lo precisó el Decreto legislativo 902 del 01 de junio de 1998. En Junio de 2001 se deroga el Decreto Legislativo 896 y en di-

Si bien se argumenta que es la libertad y el libre consentimiento es el lo que diferencia a una declaración válida de una que se realice violentando el derecho a la no incriminación, este fundamento no es del todo feliz.

Al condicionarse la libertad con una regulación legal que promete beneficios por colaboración eficaz o reducción de pena estamos limitando el ejercicio del derecho a la no incriminación, pues según sostiene Kirsch, “la decisión del imputado de renunciar a su derecho a no declarar en una situación como ésta no es fruto de una motivación autónoma ni puede hablarse de una disposición sincera.”<sup>82</sup>

En este tipo de procedimientos una vez más la balanza de eficacia y garantía no se encuentra compensada y los linderos de la voluntad y la auto incriminación no están delimitadas. Al responder a la interrogante planteada de si estos mecanismos contradicen la no incriminación, la respuesta es que si bien no la contradice, la condiciona al extremo de no poder diferenciar si existe una libre voluntad.

---

ciembre de 2001 se modificó el Decreto legislativo 895, subsistiendo la colaboración eficaz para los tipos penales previstos en los artículos 108, 152, 173, 173-a, 188 al 200 del Código Penal.

<sup>82</sup> KIRSCH, STEFAN. “¿Derecho a no autoinculparse?” En: *La insostenible situación del Derecho Penal*, Ob. Cit. p. 260

## Capítulo 4

### Mecanismos procesales de protección

“El derecho de un solo hombre es tan sagrado como el de millones de hombres.”

Del Vecchio

No cabe duda que el resguardo de un derecho y garantía constitucional del proceso exige la existencia de salvaguardas normativas, que llamamos mecanismos procesales de protección.

A nuestro entender y según lo exige la naturaleza del derecho a la no incriminación, estos mecanismos son:

- La información sobre el derecho a guardar silencio.
- No Presunción de responsabilidad del silencio.
- La delimitación entre no-incriminación y confesión.
- Prohibiciones probatorias.
- La precisión del alcance de la no incriminación y los hechos

A continuación intentaremos un desarrollo de estos mecanismos, haciendo hincapié tanto en la normatividad nacional como en lo regulado en la legislación extranjera, que consideramos útil para el desarrollo de este derecho-garantía en nuestro medio.

#### **4.1 Información sobre el derecho a guardar silencio**

Para nosotros constituye uno de los principales mecanismos de protección del derecho a la no incriminación. Más aun cuando una persona involucrada en un proceso penal considera que tiene el deber de declarar o en todo caso siente que la declaración es un modo de justificar o disculpar su accionar, y al no ser informado de su derecho al silencio, considera que es la única expresión de su derecho de defensa.

Informar o advertir sobre el derecho a guardar silencio es “un presupuesto esencial para el ejercicio del *ius tacendi*, en tanto que, cumpliendo una función informativa, va a permitir la elección del tipo de comportamiento. Su función no es influir sobre la conducta del sujeto, sino hacerle saber su situación jurídica y las posibilidades sobre la que puede orientar su defensa ante el interrogatorio”.<sup>83</sup>

El deber de informar se hace más imperativo en países como el nuestro donde existe una cultura inquisitiva y donde los mismos actores de la justicia penal tienen una idea errada del alcance de este derecho. El informar adecuadamente debe constituirse en un deber del personal policial, fiscal o judicial al cual se enfrenta un inculpado, ya que sólo es posible que las declaraciones del inculpado funden una acusación absolutoria o exculpatoria si es que se de-

---

<sup>83</sup> REVILLA GONZALEZ, José-Alberto. El Interrogatorio del imputado. Valencia, Tirant lo Blanch,, 2,000. p. 38

muestra “que se aplicó medios procesales efectivos para asegurar al inculpado el goce de la garantía de no autoincriminarse”.

Este mecanismo procesal de informar sobre el derecho a guardar silencio no se encuentra positivizado en muchas legislaciones, a pesar de constituirse en la primera salvaguarda al derecho a guardar silencio. Como se recordará luego de una historia plagada de castigos para quien callara, se ha recibido este derecho del procesado como correspondiente a un sujeto que dispone y decide lo que va aportar en el proceso.

En EE.UU. las ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia en los casos Escobedo vs. Illinois y Miranda vs. Arizona establecieron el deber de informar al inculpado previamente a un interrogatorio “el derecho que tiene a guardar silencio, de que cualquier declaración que haga puede ser usada en su contra y de que tiene derecho a la presencia de un abogado”. Así, por medio de los programas de televisión nos hemos familiarizado con estas advertencias a los detenidos y que a pesar de parecer una cantaleta son de gran importancia para que la persona pueda decidir si es que va o no introducir alguna información en el proceso.

En Europa, encontramos en la regulación procesal alemana (§136), que el inculpado deberá ser informado sobre su derecho a declarar o no. Esta información deberá ser repetida cada vez que se presente a distintos órganos persecutorios (policía, fiscal, juez instructor) e incluso existe el deber de informar nuevamente de este derecho cuando el objeto del interrogatorio ha cambiado o se ha am-

pliado.<sup>84</sup> Por su parte, en España la LECRIM en su art. 789 establece que se informará al inculpado en su primera comparecencia de su derecho a guardar silencio.

En el ámbito latinoamericano resulta bastante avanzado la regulación constitucional paraguaya de 1992 (art. 12 inc. 1 Const.) que consagra el derecho al silencio y a ser informado de este derecho. Similar regulación se observa en la legislación procesal costarricense (art. 278 CPP) donde se señala expresamente el derecho al silencio.

Es interesante la regulación establecida en Costa Rica pues al reglamentar la información del derecho de declarar, exige que no sólo se informe de que goza de este derecho sino que se informa además que “puede abstenerse a declarar sin que su silencio implique una presunción de culpabilidad y que puede requerir la presencia de su defensor.”

Es más en la legislación costarricense si bien existe la atribución de la policía judicial de recibir declaraciones del imputado, se establece que “se harán en la forma y garantía que establece el art. 189”, es decir con la participación del Abogado y del Ministerio Público.

En Cuba el Código de Procedimientos Penales (art. 161) señala la obligación del instructor de instruir al inculpado sobre el alcance de su derecho a declarar si es que “quisiera hacerlo”.

---

<sup>84</sup>. Cfr. ESER, Albin. *Temas de Derecho Penal y Procesal Penal*. Ob. cit., p. 23-24.



En Chile y Perú existe una práctica judicial por el cual se acepta que el inculpado se pueda negar a declarar pero no existe la práctica de informar que se tiene este derecho.

En Colombia encontramos lo que se conoce como advertencias previas al indagado: 1°) que no va a juramentar, 2°) que es voluntaria, 3°) que no tiene la obligación de declarar contra sí (art. 358 del CPP).<sup>85</sup>

Las fórmulas de países como Colombia y Argentina no son del todo felices, ya que “Al parecer, lo constitucionalmente exigible es que se le brinde al imputado la posibilidad de “oponerse” al acto, sin que exista obligación ninguna de comunicarle que él goza de este derecho. A eso habría quedado reducida esta garantía en el ámbito judicial”.<sup>86</sup>

En Argentina, si bien en el amplísimo artículo 18 de la Constitución de 1994 se encuentra regulado, entre otras, la garantía de no ser obligado a declarar en su contra, la falta de regulación procesal expresa imposibilitó su desarrollo. CARLOS COLAUTTI sostuvo que la garantía de autoincriminación había quedado aún más reducida ya que “la autoincriminación carece de validez en sede penal, sólo cuando es producto de la coacción que abarca los aspectos físicos y psíquicos”.<sup>87</sup> Con la regulación del deber de informar sobre el

---

<sup>85</sup>. Además que sólo tendrá valor probatorio la confesión cuando el inculpado haya sido informado de su derecho a guardar silencio (298).

<sup>86</sup>. CARRIÓN D., Alejandro. *Garantías Constitucionales en el proceso penal*. Santa Fe de Bogotá, E.J. Gustavo Ibáñez, 1995, p. 283.

<sup>87</sup>. COLAUTTI, Carlos. *Derechos Humanos*. Buenos Aires, Universidad, 1995, p. 105.

derecho a guardar silencio en el art.298 del Código Procesal Penal de la Nación se ha logrado ampliar sus alcances.

El derecho a ser informado se encuentra íntimamente ligado con el derecho a ser asistido por un abogado defensor pues “es evidente que para numerosos inculpados el derecho de hacer o de no hacer declaraciones y el derecho a disculparse serán puramente teóricos si en el momento de ser informados de estos derechos no tienen la posibilidad de llamar a un defensor.<sup>88</sup> Lo cual implica que al mismo tiempo que son informados de su derecho a guardar silencio deben ser informado de su derecho a contar con la asistencia de un abogado defensor.

¿En que momento debe informarse estas advertencias?. En EE.UU, el llamado caso Escobedo se estableció que las advertencias deben ser dadas al momento en que la investigación esté centrada (*convergait* en francés, *focused* en inglés) en el inculpado y cuando el interrogatorio tenga por fin obtener alguna confesión. Sin duda el determinar en que momento se daba el *convergait* o *focus* originó múltiples problemas.

En el caso Miranda la Corte Suprema de los EE.UU. estableció que “cuando una persona ha sido arrestada o ha sufrido un grave atentado a su libertad de acción, los funcionarios encargados de la aplicación de la ley no pueden comenzar el interrogatorio sin haberle advertido de sus derechos” En esta decisión se señala además que la atmósfera de coerción es inherente al lugar de detención donde el sospechoso se encuentra asilado del mundo exterior.

---

<sup>88</sup>. ESER, Albin y Cyril ROBINSON. Ob. cit., p. 378.

Esta información sobre los derechos de los inculpados, llamadas “advertencias”, se encuentra ligada también a la forma como se imparte, es decir se debe observar cuál es el medio; si la atmósfera es “amenazante” es obvio que las advertencias no tendrán efecto.<sup>89</sup>

¿Cuántas veces se debe informar? Al respecto si es que no está previsto legislativamente, debe deducirse que “las garantías de defensa del imputado hacen concluir, frente a una interpretación restrictiva, que la información sobre el ejercicio del *ius tacendi* debe repetirse en los diversos supuestos de declaración. Máxime si consideramos que es posible que con anterioridad haya respondido a los oportunos interrogatorios; pudiendo el imputado entender que su actuación precedente constituye un acto de renuncia que le impide un ejercicio futuro de su derecho a guardar silencio.”<sup>90</sup>

En nuestro país no existe el deber de informar al inculpado de este derecho y prácticamente pareciera desprenderse que existe el deber de declarar, claro está sin ser constreñido a ello, por lo cual en la práctica la garantía no se cumple en la etapa de investigación policial ni judicial.<sup>91</sup> Es más no existe un capítulo dedicado al imputado y a sus derechos en el Código de Procedimientos Penales.

En el Proyecto del Código Procesal de 1995 se establece los derechos del imputado y entre ellos se consigna la abstención de

---

<sup>89</sup>. Ibidem, p. 611.

<sup>90</sup> REVILLA GONZALEZ, José-Alberto. El Interrogatorio del imputado. Valencia, Tirant lo Blanch,, 2,000.p. 41

<sup>91</sup>. Cfr. RIEGO, Cristián. *El proceso penal Chileno y los Derechos Humanos*. Santiago de Chile, Escuela de Derecho Diego Portales, 1994, p. 64-65.

declarar, sin embargo al regular la declaración del imputado no se establece el deber de informar sobre su derecho.

Si bien no se ha regulado legislativamente una sanción a la omisión de informar sobre el derecho a guardar silencio, esta sanción está implícita en el contenido del derecho a declarar; sanción que no es otra que la no utilización de la declaración prestada<sup>92</sup>.

Sobre este punto, debemos llamar la atención sobre lo establecido en la jurisprudencia alemana sobre los agentes encubiertos y la lucha contra la criminalidad organizada, donde se ha establecido la omisión del deber de declarar y la validez de la información recabada al sospechoso por agentes policiales que actúan con identidad encubierta, incluso se ha permitido “escuchas” para diversos delitos, esto es personas particulares que sirven para descubrir a sospechoso, lo cual limita la vigencia del derecho a la no incriminación.<sup>93</sup>

#### **4.2. No Presunción de responsabilidad del silencio.**

---

<sup>92</sup>. REVILLA GONZALEZ señala que la inutilización debe alcanzar incluso a aquellas otras pruebas derivadas del conocimiento adquirido a partir de esas declaraciones obtenidas con vulneración del referido derecho (prueba refleja o derivada), al encontrarse dentro de lo que se conoce como the fruit poisonous tree. (REVILLA GONZALEZ, José-Alberto. El Interrogatorio del imputado. Valencia, Tirant lo Blanch,, 2,000. p. 43)

<sup>93</sup> Cfr. ROXIN, Claus. *La evolución de la Política Criminal. El derecho penal y el Proceso Penal*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000. p. 141-144.

De hecho el reconocer el derecho al silencio, trae como consecuencia necesaria que no cause ningún efecto en perjuicio de quien lo ejerce.

Esta no presunción de responsabilidad del silencio, no ha sido entendida del todo y ha generado regulaciones tales como el equívoco art. 127 del Código de Procedimientos Penales que establece “que el juez le manifestará que su silencio puede ser tomado como indicio de culpabilidad”. El estudio de este derecho nos hace comprender la inconstitucionalidad de ciertas regulaciones como la señalada y su desfase actual.

De ese modo esa norma se encuentra derogada tácitamente en virtud de lo dispuesto por el reconocimiento constitucional del derecho a la no incriminación.<sup>94</sup> El Código Procesal Penal supera esta regulación y establece en su art. 123 que en caso de que el imputado se negare a declarar se dejará constancia en el acta.

El silencio como derecho no puede generar ninguna consecuencia en perjuicio de quien se ampara en él. No puede además ser considerado como indicio de culpabilidad, ni se le equipara aquel dicho que dice “el que calla otorga” ni se le puede dar al inculgado un tratamiento igual al rebelde civil, donde el callar otorga presunción de que los hechos que expresa la parte contraria son ciertos.

Esta falta de efecto está estrechamente relacionada con la carga de la prueba. No es de cargo del inculgado el probar que es inocente y por eso puede callar si quiere y no colaborar con la admi-

---

<sup>94</sup>. CUBAS VIILLANUEVA, Víctor y otro. *Código de Procedimientos Penales*. Lima, Palestra Editores 1999, p. 114, a propósito del art. 127 de este Código.

nistración de justicia, pues no se le puede pedir a una persona que colabore en su propia condena.

En Costa Rica, el Código Procesal Penal establece positivamente que se deberá informar al inculpado que su silencio no implica una presunción de culpabilidad; con lo cual se garantiza que el inculpado pueda hacer uso de este derecho sin reparo.

Sin embargo no se descarta que el silencio del inculpado tenga algún efecto en la subjetividad del juzgador al “desmeritar su posición”. La Sentencia C-319 de 1996 de la Corte Constitucional de Colombia señala que “El derecho a la no autoincriminación ciertamente autoriza al sindicado o procesado a asumir ciertos comportamientos procesales, pero su silencio o sus aserciones carentes de sustento, pueden objetivamente desmeritar su posición si en su contra se reúnen suficientes elementos probatorios alegados por el Estado y no refutados”.

### **4.3 La delimitación entre no-incriminación y confesión**

Un mecanismo procesal de protección a este derecho es la regulación normativa de la confesión, ya que muchas veces se dan confesiones violando este derecho.

El límite entre confesión y una declaración que violente la garantía de no incriminación se encuentra en la voluntad y en el cumplimiento de los presupuestos que garanticen su libertad de de-

clarar, esto es la asistencia de un abogado defensor y la información de su derecho a guardar silencio. La afirmación de que “no todo está permitido en la búsqueda de la verdad” debe ser una regla al momento de evaluar la licitud de una declaración.

“La confesión en el proceso penal es solamente un indicio de la autoría del acusado, Este *indicio* requiere, por su parte, la investigación y examen por el tribunal, de oficio...”<sup>95</sup> Algunas Estados regulan de manera expresa la prohibición de que una condena del acusado pueda basarse sólo en la confesión y otros de modo indirecto, como nuestro Código de Procedimientos Penales, señalan que la confesión no releva al Juez de practicar otros medios probatorios (art. 136).

Si el Derecho a la no incriminación contradice la aplicación de la atenuante de la llamada confesión sincera, es un aspecto que ha sido puesto en el tapete por algún recurrente ante el Tribunal Constitucional español, al fundamentar su pedido en que “para apreciar la atenuante se exige una declaración contraria a los intereses del inculcado, una declaración”; lo cual ha sido rechazado por dicho órgano pues como se ha señalado en la STC 75/1987, Fj 1º y 2º “ligar un efecto beneficioso a la confesión voluntariamente prestada no es privar del derecho fundamental a no confesar si no se quiere”.

Los institutos de conformidad, por las cuales el inculcado acepta la comisión de los hechos y la imposición de una pena a fin de terminar el proceso y en general las negociaciones que incluyen una colaboración del procesado en la formulación de las pruebas

---

<sup>95</sup>. ROXIN, Claus, Günther ARZT y Klaus TIEDEMANN. *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*. Barcelona Ariel, 1989, p. 159.

de cargo, han sido cuestionadas desde antiguo, por considerar que vulneran la no incriminación al viciar la voluntad con promesa de menor sanción.

Estas negociaciones fueron calificadas de inmoralidades por el insigne CARRARA, ya que en estricto se alteran las garantías de la presunción de inocencia y la no incriminación. Actualmente este tema está supeditado a la disposición o voluntad del procesado y se encuentra limitado en nuestro sistema a la aceptación de pena y al control del acuerdo.

#### **4.4 Prohibiciones Probatorias**

La prueba ilícita es aquella prueba obtenida o practicada con violación de los derechos fundamentales.

Al establecerse el derecho de declarar con carácter de fundamental, corresponde el establecimiento de prohibiciones probatorias de modo expreso e incluso tácito, ya que “las prohibiciones probatorias pueden dimanar de la propia consagración constitucional de los derechos fundamentales y de los principios constitucionales, de tal forma, que aun no existiendo una disposición legal expresa de carácter prohibitivo, quedaría vedada toda actuación o práctica de prueba que violase tales derechos fundamentales”.<sup>96</sup>

---

<sup>96</sup>. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El Concepto de prueba ilícita y su Tratamiento en el proceso penal*. Bosch, 1999 p. 21.



¿Cuál es la sanción para las declaraciones obtenidas con cualquier tipo de coacción?. Según algunos como CAROCCA PÉREZ cualquier diligencia practicada en esas condiciones sería absolutamente nula por violentar el derecho de defensa y que, tal como señala GIMENO SENDRA, no debe admitirse siquiera como prueba de valoración prohibida.<sup>97</sup>

La doctrina alemana ha debatido además sobre si las declaraciones o confesiones obtenidas sin cautelar el derecho a informar, sobre el derecho a guardar silencio o de su derecho a consultar con un abogado defensor, pueden ser sancionados con la prohibición de ser utilizadas. La opinión en contrario y bajo la influencia inglesa establece que la no observación de estas exigencias sólo debe ser valorada en la apreciación judicial de las pruebas. Ello dependerá sin duda de la reglamentación que exista sobre el deber de informar, de existir obligación normativa será ineludible.

Mas claro resulta clasificar de “prueba prohibida” las declaraciones sostenidas bajo tortura o incluso de cualquier trato que pueda ser considerado inhumano o degradante según lo establecido en los tratados y Convenios Internacionales.

Según enseña GIMENO SENDRA, en este punto, el término “coacción” debe tomarse en forma lata, “de este modo constituye declaración viciada la que se presta bajo el apercibimiento de “cargos” (vgr. La de un inexistente delito de falso testimonio) o “reconvención” (la obtención de una declaración bajo apercibimiento de proceso a un familiar o mediante la conminación de la prisión provi-

---

<sup>97</sup>. CAROCCA PÉREZ, Alex. *La Garantía Constitucional de la Defensa Procesal*, p. 484.

sional) (...) ventajas materiales (así, el ofrecimiento de droga al detenido bajo “síndrome de abstinencia”) o procesales; en este último caso cabe entender incluido el, por la doctrina italiana denominada, “chiamata del correo” o declaraciones de los “pentiti” o “arrepentidos” y en general, toda declaración del coimputado prestada contra otros...”<sup>98</sup>. En este último caso se señala que deben concurrir dos circunstancias, que se pueda deducir que el coimputado ha declarado movido por odio personal, obediencia a tercera persona o soborno policial de trato favorable y que la declaración se haya prestado con fines de autoexculpación.

#### **4.5 La precisión del alcance de la no incriminación sobre los hechos**

Creemos que la falta de una regulación procesal expresa sobre el alcance de la no incriminación, lleva a presumir que se ha optado por un amplio alcance de este derecho, es decir que no sólo se encuentra limitado a los hechos sino que incluso el inculpado puede negarse a declarar a fin de evitar de brindar sus datos personales y por ende, que se le identifique.

El reconocimiento del derecho a la no incriminación exclusivamente sobre los hechos, requiere una regulación expresa. De ese modo se encuentra legislado en Argentina, que en el artículo 298 de su Código procesal establece que se informará al inculpado que se

---

<sup>98</sup>. GIMENO SENDRA, Vicente, Víctor MORENO CATENA, Valentín Cortés Domínguez. *Derecho Procesal Penal* Ob. cit., p. 392.

puede abstener después del interrogatorio de identificación. Similar regulación encontramos en Costa Rica.

El Código Procesal Penal Colombiano en sus artículos 358 y 359 establece que la advertencia de que no tiene la obligación de declarar es previa incluso al interrogatorio de identificación, con lo cual se recoge la posición amplia de la regulación de la garantía de no incriminación.

En lo referente a nuestra legislación, no existe en el Código de Procedimientos Penales alguna referencia sobre lo que puede ser objeto de este derecho, es decir si está limitada solamente a los hechos o incluye la información sobre su identificación.

Sin embargo tanto el Proyecto de 1995 como el Código Procesal Penal de 1991 parecieran adherirse a la línea doctrinaria que interpreta ampliamente el derecho a guardar silencio, al establecer genéricamente en su artículo 121 que no se utilizará ningún medio para obligarlo a declarar contra su voluntad. Ello concordado con el artículo 65 del Proyecto, donde se ha establecido además que si el inculpado se abstiene a proporcionar sus datos o lo hace falsamente, se le identificará por testigos o por otros medios útiles.

#### **4.6. Límites a la investigación policial**

Una salvaguarda necesaria del derecho a declarar es la observación de sus garantías por los agentes policiales. General-

mente son ellos los que toman un primer contacto con la persona inculpada de la comisión de un delito.

Esto que puede parecer una perogrullada, pues al contemplarse las garantías constitucionales deberían ser de necesaria observación por todos los agentes de la coerción, tal como sucede en EEUU con la llamada “Tarjeta Miranda” que debe ser recitada a toda persona intervenida o en Alemania donde se exige la información de sus derechos tantas veces como se realice una declaración.

Sin embargo en nuestro medio, donde se estableció con la dación de legislación de Seguridad Nacional y de la legislación de emergencia por Terrorismo, durante el gobierno fujimorista (1990-2001) una fase de investigación policial; este respeto a la no incriminación no encontró reglas precisas a ser seguidas por los agentes policiales, quienes se guían por sus manuales y sus técnicas de interrogatorio.

La reciente derogación de los Decretos Legislativos 895 y 896 que tipificaron los llamados delitos de terrorismo agravado y delitos agravados, constituye un avance a la democratización del proceso, sin embargo erradicar afincadas prácticas policiales van más allá que derogaciones normativas. Sólo cabe esperar que los Fiscales junto a los abogados que intervienen en la investigación policial velen por su cabal cumplimiento.

¿Cuál es el valor de las declaraciones policiales?. No cabe excepciones, cualquier declaración que preste una persona imputada goza de la garantía de no incriminación y por ende su declaración, si desea prestarla, es un acto de defensa.

Nuestra práctica judicial ha sido muy afectada a darle valor probatorio a lo actuado a nivel policial, el art. 62 del Código de Procedimientos Penales que fuera modificado en 1981, limita esta valoración sólo a actuaciones hechas con intervención del representante del Ministerio Público.

En una encuesta sobre Derechos Humanos realizada por IDEELE a 124 comisarios de Lima sobre el rol de la policía y los derechos humanos, se obtuvo la siguiente respuesta a la pregunta sobre la violencia utilizada en su sede contra los imputados

**¿La presión física se usa en la práctica para hacer declarar o confesar a un delincuente?**

0	Siempre
7	Muchas veces
62	A veces
41	Casi nunca
24	Nunca

Fuente: IDEELE, N° 146, abril -mayo del 2002.

De este cuadro se puede deducir que la misma policía no niega por completo que se cometan abusos en la etapa pre-judicial.

La práctica de la tortura se encuentra pues, presente hoy en día. A decir de Fernando TOCORA, un problema que presenta doble vía pues “ha dado lugar en muchos países a cierta confrontación entre la instancia judicial y la policíaca. Los jueces se ven en dificultades en su de interpretación probatoria cuando los acusados ya libres de la intimidación policial, denuncian la tortura(...) Ante el au-

ge de esta práctica ilegal el problema del problema de la valoración se agravará para los jueces, cuando los acusados comiencen a alegar falsamente que han sido torturados para malograr la prueba en su contra.”<sup>99</sup>

En nuestro país, la tortura no se realiza sólo en el ámbito policial, sino militar e incluso por el personal penitenciario. En un estudio dado a conocer en 1999 por la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, de un total de 4,601 denuncias, resultó que el 96% de las torturas era realizado por agentes del Estado, principalmente por personal policial, que representa un 61% del total, un 34% era realizado por personal militar (principalmente el Ejército y en menor porcentaje la Marina).

Para mayor ilustración adjuntamos el cuadro en mención:

---

<sup>99</sup> TOCORA, Fernando. *Política Criminal en América Latina* 1ra. ed. Bogotá, Librería del profesional, 1990. p. 109

**Autores de las torturas** (información detallada)

Autores	Denuncias	Porcentajes por tipo de autor	Porcentajes del total
<b>Agentes del Estado</b>			
Policía	2823	63.68%	61.35%
Ejército	1364	30.77%	29.65%
Marina	189	4.26%	4.11%
INPE	18	0.41%	0.39%
FAP	5	0.11%	0.11%
Paramilitares	9	0.20%	0.20%
Otros autoridades locales	25	0.56%	0.54%
<b>Total</b>	<b>4433</b>	<b>99.99%*</b>	<b>96.35%</b>
<b>Terroristas</b>			
Terroristas no identificado	18	21.18%	0.39%
Sendero Luminoso	66	77.65%	1.43%
MRTA	1	1.18%	0.02%
<b>Total</b>	<b>85</b>	<b>100.10%**</b>	<b>1.84%</b>
<b>Ronderos, Comités de Auto-Defensa, Comuneros, Nativos</b>	<b>25</b>		<b>0.54%</b>
<b>Otros</b>	<b>38</b>		<b>0.83%</b>
<b>n.d.</b>	<b>20</b>		<b>0.43%</b>
<b>TOTAL</b>	<b>4601</b>		<b>99.99%*</b>

\* Menos de 100% debido al redondeo. \*\* Más de 100% debido al redondeo.

Fuente: Análisis de la problemática de la tortura en el Perú. Coordinadora Nacional de los Derechos Humanos.

Además se estableció claramente que el 84% de las denuncias corresponde a casos de terrorismo o por razones de tipo político, el 13% corresponde a delitos comunes y un 3% no precisa la condición de la víctima.

Cabe agregar que estos datos proporcionados por la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos corresponde a un período de diez años de 1988 a 1998

Gráficamente estas cifras se representan de la siguiente manera:



Fuente: Análisis de la problemática de la tortura en el Perú. Coordinadora Nacional de los Derechos Humanos.

En Argentina, a fin de remediar el abuso de las declaraciones realizadas ante la policía, se estableció por Ley Nacional 23-016, que modificó el Código de Procedimientos en materia penal federal y capitalino, la “drástica decisión” de que nada de lo que declare un detenido en sede provincial puede tener valor probatorio en su contra. “Se trata del certificado de defunción de las llamadas “declaraciones espontáneas” del inquisitivo nacional”.<sup>100</sup>

En España, existe la institución de la policía judicial y jurisprudencialmente ha establecido que las declaraciones prestadas

<sup>100</sup>. CABALLERO, Ricardo Juan. *Justicia Criminal, debates en la Corte Suprema*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1991. p. 77.



ante ella deben ser hechas con un respeto íntegro de todos sus derechos constitucionales y que lo declarado sea ratificado en el juicio oral para que alcance valor probatorio. GOMEZ COLOMER es claro al afirmar que sólo la declaración prestada en el juicio oral es acto probatorio, por consiguiente se debe absolver al no existir otros medios probatorios y al negarse en el juicio lo declarado a nivel policial, pues “la convicción judicial se forma en base a la actividad probatoria y no a la sumarial o policial”.<sup>101</sup>

No está demás señalar que el época oscura para nuestro proceso penal que ha vivido nuestro país con la implantación de los procedimientos securistas y de seguridad nacional, léase procedimientos especiales para los delitos de terrorismo o por razones políticas, se afianzó a tortura para estos casos, con una impunidad no declarada para los agentes estatales.

---

<sup>101</sup> Cfr. GOMEZ COLOMER, Juan-Luis. *El proceso penal en el Estado de derecho*, Lima, Palestra Editores, 1999 p. 109

## ANEXOS

### Jurisprudencia Nacional e Internacional

#### **1.- Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español.**

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

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

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

por la norma penal y la magnitud de la pena es el fruto de un complejo análisis político-criminal y técnico que sólo al legislador corresponde y que, por ende, en ningún caso se reduce a una exacta proporción entre el desvalor de la sanción y el desvalor del comportamiento prohibido, según un hipotético baremo preciso y prefijado. La relación valorativa entre precepto y sanción sólo será indicio de una vulneración del derecho fundamental que la sanción limita cuando atente contra "el valor fundamental de la justicia propio de un Estado de Derecho y de una actividad pública no arbitraria y respetuosa con la dignidad de la persona (SSTC 66/1985, f. j. 1º; 65/1986, f. j. 2º; 160/1987, f. j. 6º b; 111/1993, f. j. 9º; 50/1995, f. j. 7º)" (STC 55/1996, f. j. 9º); es decir, cuando concurra un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de las normas a "partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa" (STC S5/1996, f. j. 9º). Sólo este criterio de proporcionalidad es el que corresponde aplicar a este Tribunal para la evaluación de si se ha producido un sacrificio excesivo del derecho fundamental que la pena restringe. A ese contenido mínimo de proporcionalidad se constriñe, pues nuestro juicio, por lo que, como hemos reiterado, no comporta ninguna evaluación añadida de calidad o de conveniencia de la norma cuestionada.

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Viver Pi-Sunyer.- Enrique Ruiz Vadillo.- Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.- Tomas S. Vives Antón.- Pablo García Manzano, Magistrados.

**VOTO PARTICULAR** Voto Particular que formula el Magistrado D. Enrique Ruiz Vadillo al que se adhiere el Magistrado D. Fernando García-Mon y González Regueral:

Respetando muy profundamente el criterio de mis compañeros del Tribunal Constitucional que con su voto mayoritario han aprobado la sentencia a la que acabamos de hacer referencia, debo expresar mi punto de vista discrepante, teniendo en cuenta por lo que a continuación diré, que, en mi modesta opinión, debió declararse la inconstitucionalidad del precepto:

PRIMERO.- Parto, desde luego, ello es obvio, de la doctrina sentada por la jurisprudencia de este Tribunal. En efecto, en este sentido, dice la STC 55/1996 que la realización del juicio de necesidad compete al legislador es una afirmación que ya hemos reiterado y justificado, al igual que la del amplio margen de libertad del que goza y que deriva, no sólo de la abstracción del principio de proporcionalidad, (STC 62/1982, f. j. 5º) y de la reseñada complejidad de la tarea, sino también y sobre todo de su naturaleza como "representante en cada momento histórico de la soberanía popular" (SSTC 11/1981, 332/1994). Pero no se puede desconocer que la misma sentencia dice a continuación, que a pasar de que el control constitucional acerca de la existencia o no de medidas alternativas menos gravosas pero de la misma eficacia de la analizada tiene un alcance y una intensidad muy limitadas... y de que

cuando se trata de analizar la actividad del legislador en materia penal, desde la perspectiva del criterio de la necesidad de la medida, el control constitucional debe partir de pautas valorativas constitucionalmente indiscutibles, cabe, por consiguiente, que en determinadas circunstancias este Tribunal establezca unos criterios que sirvan de frontera a la tarea, ciertamente muy difícil y compleja, de la tipificación de determinadas conductas en el Código penal y en las leyes penales especiales, así como la fijación de las correspondientes penas.

Este es, creo, el caso ciertamente excepcional.

SEGUNDO.- Obligar a una persona, bajo la amenaza de incurrir en un delito castigado con pena privativa de libertad, a someterse a las correspondientes pruebas de **alcoholemia** o de detección de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, que pueden llegar a la extracción de sangre para su posterior análisis clínico, representa en la práctica imponer al acusado, (cfr. la relación del art. 380 con el 379 CP) la carga de colaborar con la acusación para el descubrimiento de la verdad en términos incompatibles con la libertad del ejercicio del derecho de defensa.

En este sentido, me apoyo en la doctrina reiterada de este Tribunal, (cfr. entre otras STC 124/1990, f. j. 3º) según la cual, la presunción de inocencia libera precisamente al acusado de probar su propia inocencia y, por tanto, le permite mantener una posición de pasividad que excluye toda idea de colaboración coercitiva.

TERCERO.- Es cierto que el resultado de esta prueba puede ser favorable o adverso al acusado, pero esta incertidumbre es denominador común de todo el sistema probatorio. La prueba

en el proceso penal se dirige al descubrimiento de la verdad real, siempre dentro de determinadas exigencias y limitaciones. Cuando ésta se conoce ya no es necesaria aquélla. El imputado no tiene obligación de declarar contra sí mismo, y si declara y falta a la verdad, ningún reproche, desde la perspectiva jurídica, se le puede hacer.

CUARTO.- Cosa muy distinta es que frente a la negativa a realizar la prueba de expulsión de aire de los pulmones, (no de impedir la extracción de sangre, que tiene unas muy distintas, y a veces graves, connotaciones; pensemos en determinados y no infrecuentes contagios y en el descubrimiento de una intimidad que no se quiere exteriorizar), el juzgador pueda obtener determinadas conclusiones, como es frecuente en la práctica, que si son razonablemente motivadas, puedan servir de soporte a la condena. Por otra parte, la prueba testifical constituye, sin duda, un instrumento valiosísimo para que el juzgador alcance la correspondiente convicción. Y de ello dan prueba muchos recursos de los Tribunales del orden jurisdiccional penal.

QUINTO.- El problema que plantean los conductores que circulan con un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas o de drogas tóxicas, etc., es muy grave. Nadie lo pone en duda, como tampoco es dudoso que los poderes públicos han de tomar las medidas oportunas para evitarlo o corregirlo. La dificultad radica en las formas de reacción utilizadas en la legítima lucha contra estos graves comportamientos antisociales.

El transvase de conductas desde la ilicitud administrativa a la penal, también llamado proceso de criminalización de conductas, ha de hacerse siempre, dentro de la extraordinaria li-

la pena de prisión de 6 meses a 1 año, superior, por consiguiente, a la que se asocia al delito que, a estos efectos, podemos llamar principal que lleva aparejada la pena de arresto de 8 a 12 fines de semana o multa de 3 a 8 meses, (además, de la privación del derecho a conducir). De tal manera que, el que requerido por agente de la autoridad para llevar a cabo estas comprobaciones, si no se aquieta frente a estas pruebas, (en cuya negativa puede estar en juego el escrúpulo, lógico por otra parte, como ya pusimos de manifiesto, a someterse a una extracción de sangre, por ejemplo o a otras que



puedan establecerse) si, después, prueba que no condujo bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, etc., sufrirá una pena superior a la que le hubiera correspondido si acepta el hecho de conducir bajo dicha influencia, lo cual no parece ser conforme a la lógica, aunque esté construido con la recta intención de disminuir los accidentes de tráfico, tema al que en seguida haremos referencia.

Esta subsunción de la conducta del requerido a no someterse a tales pruebas debe dejarla el Legislador al tratamiento "normal" de las desobediencias y a sus intensidades, sin hacer una tipificación específica que es lo que, en mi opinión, le sitúa extramuros de la constitucionalidad.

SÉPTIMO.- No debe pensarse que con estas reservas se rebaja la defensa que la sociedad tiene derecho a utilizar frente a esta "calamidad pública". Al contrario, las medidas administrativas que pueden consistir en la inmovilización del vehículo, en la retirada del permiso, en el pago de una multa, etc., son a veces más eficaces que la pena y, en cambio, cuando el sistema sigue esta ordenación se respetan dentro de los límites posibles los principios básicos del ordenamiento jurídico que, dicho sea con el máximo respeto, quedan conculcados con estas tipificaciones que son novedad en nuestro Derecho aunque existan en otros ordenamientos jurídicos.

OCTAVO.- La falta de "colaboración" en el descubrimiento de otros delitos, mucho más graves, y sin desconocer la significación de la que se contempla en el art. 379, no se castiga, porque hacerlo, como ya he dicho, supone, ese es al menos mi punto de vista, exigir, de alguna manera, al acusado que colabore

con la acusación, camino muy delicado y que puede conducir a consecuencias especialmente importantes y con unos posibles efectos expansivos no previstos ni, sin duda, deseados.

NOVENO.- No corresponde al Tribunal Constitucional establecer aquellas fórmulas alternativas que pudieran servir, dentro siempre del relativismo con el que opera el Derecho, de punto de referencia a una posible sustitución, pero como el voto particular no significa nunca la expresión de la voluntad del Tribunal, antes al contrario, la discrepancia siempre, respetuosa, con el criterio mayoritario parece, como ya se dijo y ahora se insiste, que hay una mayor libertad en la exteriorización de unas determinadas convicciones y en este sentido, debo señalar, que pudiera entenderse como un cierto contrasentido que agotando, como sin duda agota el legislador penal de 1995, las fórmulas para descubrir el delito de conducción peligrosa, se establezcan luego, para el supuesto de que la infracción penal (principal) se cometa, unas penas relativamente pequeñas con lo que tal vez, el efecto de disuasión que toda norma penal conlleva, (prevención general) se conseguiría más eficazmente elevando, sin más, la pena asignada al delito y limitando el goce de determinados beneficios.

Tampoco podemos olvidar que, salvo supuestos excepcionales, la figura del autoencubrimiento no esté tipificada en el Código penal de acuerdo con la doctrina jurisprudencial. Y en este caso tratar de ocultar, es decir evitar la exteriorización de haberse cometido un delito, se castiga, como ya se ha visto, como una figura autónoma, con una pena -y en esto hay que insistir- privativa de libertad.

DÉCIMO.- En conclusión, mis discrepancias con la sentencia, dicho sea una vez más con especial respeto y, con la alta consideración que me merecen todos los compañeros, puede resumirse en el derecho a no autoacusarse, a no colaborar con la acusación en la localización y efectividad de las pruebas acusatorias, algo que el legislador penal no ha hecho nunca lo hace en el nuevo Código con esta sola excepción.

A ello se une la evidente desproporción, llamativa, fuera de lo que se puede entender por lógica jurídica, entre la pena asignada a la falta de colaboración y la establecida para el delito principal.

Aunque pudiera entenderse que el artículo objeto de esta sentencia atenta contra el derecho a la intimidad, teniendo en cuenta el contenido de la sentencia, prescindimos de su examen. Esto es cuanto quería expresar en oposición respetuosa al contenido de la sentencia a la que se refiere este voto particular, resolución en mi opinión merecedora, por lo demás, de los mayores elogios por su estructura, desarrollo y contenido. Ello no es óbice para que en mi opinión lo procedente hubiera sido declarar inconstitucional el art. 380 CP de 1995. En Madrid, 2 octubre 1997.

El otro Voto Particular del Magistrado D. Pablo García Manzano y al que se adhiere el magistrado D. Vicente Gimeno Sendra. Se encuentra referido al cuestionamiento del principio de proporcionalidad del art. 380 del CP.

2.- Jurisprudencia Nacional:

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

Exp. N° 3043-97

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

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

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

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

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

Exp. N° 1064-97-Lima

Sala Especializada de Derecho Público

Sentencia Resolución N° 30

Lima, veintitrés de mayo de mil novecientos noventa y siete

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

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

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

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

Exp. N° 1045-99-Huanuco

Sala Penal "C"

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

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

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

Instrucción N° 98-0046-121006-JP

Expediente N° 1798-T

Corte Superior de Justicia de Huanuco-Pasco



Dictamen N° 114-

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

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

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

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

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

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

Lima, 10 de marzo de 1999

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

## IV. CONCLUSIONES

1. El derecho a declarar y el derecho a la no incriminación se fundamenta en la dignidad de la persona, al ser reconocido como sujeto del proceso. Es un derecho específico que se desprende del derecho de defensa y la presunción de inocencia, comprende el derecho a ser oído, es decir de incorporar libremente al proceso la información que se estime conveniente y el derecho a guardar silencio, esto es que su negativa a declarar no será tomado como un indicio de culpabilidad.
2. El derecho de no incriminación implica que la declaración del inculcado no debe ser considerada como un medio de prueba sino como un acto de autodefensa. La presencia de un abogado defensor al momento de declarar es el complemento necesario para cautelar este derecho.
3. El derecho al silencio implica que no se puede otorgar ningún significado en contra -ni a favor- del inculcado. Requiere necesariamente para hacerlo valer, el deber de información de que se goza de este derecho, información que se debe brindar tantas veces como se preste una declaración.
4. Si bien en el sistema romano occidental se puede forzar a una persona a concurrir ante los tribunales; su libertad de declarar, si decide hacerlo no puede ser limitada con el juramento o con un deber de veracidad. Por ello la exhortación para decir la verdad previsto en el art. 132 del Código

- de Procedimientos Penales, y usada aún en la práctica por los órganos judiciales, resulta inconstitucional por violentar el derecho a la no incriminación.
5. Al no existir la obligación de prestar juramento, existe impunidad por las mentiras o falsas declaraciones que realice el inculpado en una declaración ya sea policial, fiscal o judicial; pues de resultar falsas sus declaraciones deben ser tomados como estrategia defensivas sin ninguna sanción.
  6. Si bien la expresión mínima del derecho a la no incriminación que no requiere mayor discusión, es la prohibición de violencia o tortura contra las personas a fin de obtener una declaración, se ha demostrado que las autoridades policiales aun siguen recurriendo a estos mecanismos a fin de obtener una confesión, ello debido a la desinformación sobre este derecho, la ausencia de un abogado defensor y a la falta de obligación de informar de que se goza de este derecho.
  7. El derecho a la no incriminación se circunscribe al ingreso de información al proceso por parte del inculpado, ya sea a través de una de manifestación oral o escrita, por lo que no contiene dentro de sus alcances la negativa de exhibir documentos o someterse a determinadas intervenciones corporales o ruedas de reconocimiento.
  8. Al no estar limitado normativamente en nuestra legislación los alcances del derecho de no incriminación a las declaraciones sobre el hecho; se debe entender que este derecho se extiende aun a las declaraciones sobre la identificación del declarante, es decir sobre las llamados generales de ley.

9. El derecho al no incriminación es aplicable tanto el ámbito penal como en todo procedimiento que implique una sanción, como el proceso administrativo sancionador o ante la comisiones investigadoras del Congreso de la República..
10. Si bien la libre voluntad es lo que diferencia a una declaración válida de una que se realice violentando el derecho a la no incriminación. La libertad puede encontrarse condicionada no sólo por una coacción física o moral, sino por la coyuntura propia de un espacio amenazador, como es una comisaría o incluso por una regulación legal que promete beneficios por colaboración eficaz o reducción de pena, que se enmarcan en una política criminal eficientista.

## V. RECOMENDACIONES

1. A la luz de estudio del derecho de no incriminación, tenemos que la declaración del inculpado es un acto de autodefensa, por lo que se debe dejar de lado la búsqueda de la confesión y se debe fomentar una nueva actitud por parte de los agentes de justicia frente al inculpado a la hora de tomar una declaración.
2. La obligatoriedad de la información sobre el derecho a guardar silencio resulta un requisito imprescindible para cautelar el derecho a la no incriminación, por tal motivo se hace necesario su regulación normativa tanto a nivel policial, fiscal y judicial. Debe normarse además que la omisión del deber de informar sobre el derecho a guardar silencio, trae como consecuencia la prohibición de utilización de la declaración prestada.
3. Si bien no existe una derogación expresa del art 127 del Código de Procedimientos Penales sobre que el silencio del inculpado es indicio de culpabilidad, esta práctica resulta inconstitucional, en concordancia con el derecho a la no incriminación previsto en el art. 8 inc. 2 g) de la Convención Americana de los Derechos Humanos, por lo que debe ser desterrado de los actuales procesos penales.
4. Esta misma interpretación de inconstitucionalidad es aplicable a nuestro artículo 132 del Código de Procedimientos Penales que prescribe la llamada “exhortación a decir la verdad” lo

cual constituye un deber de veracidad considerado actualmente una coacción moral.

5. En nuestro país. al no existir las salvaguardas positivas necesarias de cautela a este derecho, las declaraciones obtenidas violentando el derecho a la no incriminación son actualmente incorporadas al proceso, asumiéndose como lícitas., cuando en realidad constituyen prueba prohibida por lo que urge su reglamentación a fin de evitar que se sigan produciendo sentencias condenatorias que violenten este derecho.



## VI. BIBLIOGRAFÍA

1. BARATTA, Alessandro. “Defensa de los Derechos Humanos garantizados por la Constitución”. En: *Revista Judicial de la Corte Superior de Justicia*, Año XV Costa Rica, 1990.
2. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Breve observaciones sobre algunas tendencias contemporáneas del proceso penal”. En: *Revista Peruana de Derecho procesal* N° 3,
3. BARONA VILIAR, Silvia. *La conformidad en el proceso penal*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1994.
4. BARRIENTOS, César Ricardo. “Principios Generales del proceso penal Guatemalteco”. En: *Revista Guatemalteca de Ciencias Penales*, Año II, Justicia Penal y Sociedad, N°s 3-4.
5. BAUMANN, Jürgen. *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Ed. Depalma 1988
6. BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las Penas*. Cap. XXXVIII.
7. BERGALLI, Roberto. “La violencia del sistema penal”. En: *Revista Peruana de Ciencias Penales* N° 5, Lima, 1998.
8. BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1993.
9. BINDER, Alberto. *Justicia Penal y Estado de Derecho*, Buenos Aires, Ad Hoc. 1993.
10. BINDER, Alberto. *Política Criminal: de la formulación a la praxis* Buenos Aires, Ad. Hoc, 1997.

11. BOVINO, Alberto. *Problemas del Derecho Procesal Penal Contemporáneo*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 1998.
12. BOVINO, Alberto. *Temas de Derecho Procesal Penal Guatemalteco*. Guatemala, Fundación Myrna Mack, 1996.
13. BUTELER, Patricio. “El derecho a no suministrar pruebas contra sí mismo”. En: *Jurisprudencia Argentina*, 1967 Vol. VI.
14. CABALLERO, Ricardo Juan. *Justicia Criminal, debates en la Corte Suprema*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1991,.
15. CAFFERATA NORES, José. *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997
16. CAFFERATA NORES, José. *El imputado*. Córdoba, Marcos Lanes-Editora Córdoba, 1982.
17. CARNELUTTI, Francesco. *Las Miserias del Proceso Penal*. Monografías Jurídicas, Bogotá, Themis, 1989
18. CARNELUTTI, Francesco. *Principios del Proceso Penal*. Buenos aires, Ediciones jurídica-Europa América, 1971
19. CAROCCA PÉREZ, Alex. *Garantía Constitucional de la Defensa Procesal*. Barcelona, Bosch, 1998.
20. CARRION D., Alejandro. *Garantías Constitucionales en el proceso penal*. Santa fe de Bogotá, E.J. Gustavo Ibañez, 1995
21. CARROCA PEREZ, Alex. *Garantía Constitucional de la Defensa Procesal*. Barcelona, Bosch, 1998
22. COLAUTTI, Carlos. *Derechos Humanos*. Buenos Aires, Universidad, 1995
23. CORWIN, Edward. *La Constitución Norteamericana*.

24. COUTURE, Eduardo. “Sobre el precepto “Nemo Tenetur edere contra se”. En: *La Justicia*, Año XVI, N° 228 tomo XVU, México D.F., Agosto, 1946.
25. CUBAS VILLANUEVA, Víctor y Fany QUISPE FARFAN. *Código de Procedimientos Penales*. Lima, Palestra Editores, 1999.
26. CUBAS VILLANUEVA. *El Proceso Penal. Teoría y práctica*. 3ª ed., Lima, Palestra Editores, 1998.
27. DAVIS ECHEANDÍA, Hernando. “El derecho procesal como tutela de los derechos humanos”. En: *Jornadas internacional de Derecho Procesal Lima, Revista Peruana de Derecho Procesal*, 1997.
28. DÍAZ CABIALE, José Antonio. “Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestra para análisis periciales (ADN, sangre etc.)”. En: *Medidas Restrictivas de Derechos Fundamentales*. Consejo General del Poder Judicial Madrid, 1996, p. 80-84.
29. EDWARDS, Carlos Enrique. *Garantías Constitucionales en materia penal*.
30. EGUIGUREN PRAELI, Francisco. *Estudios Constitucionales*. Lima, Ara Editores, 2002.
31. ESER, Albin y Cyril ROBINSON. “Le droit du prévenu au silence et son droit à être par un défenseur au cours de la phase préjudiciare en Allemagne et aux État-Unis d’Amerique”. En: *Revue de Science Criminelle et de Droit pénal Comparé*. N° 3, Paris, 1967, p. 568.
32. ESER, Albin. *Temas de Derecho Penal y Procesal Penal*. Lima, Idemsa, 1998

33. ESPARZA LEIBAR, Inaki. *El principio del Proceso Debido*. Barcelona, Bosch, 1995.
34. FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. *Doctrina General del Derecho Procesal*. Barcelona, Librería Bosch, 1990.
35. FERRAJOLI, Luigi. “El Derecho como Sistema de Garantías”. En: *Themis*, N° 23, Lima, 1993.
36. FERRAJOLI, Luigi. “Justicia Penal y democracia en el contexto extraprocesal”. En: *Revista Capítulo Criminológico* N° 16, Maracaibo, Instituto de Criminológico de la Universidad de Zulia, 1990 p. 9.
37. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Madrid, Trotta, 1995.
38. FLORIÁN, Eugenio. *De las Pruebas Penales*. T. I y II, Bogota, Themis, 1969.
39. FRIENDLEY, Fred W. y Martha J.H ELLIOT, *Frenos y Contrapesos del poder*. Barcelona, Bosch Casa Editorial y Ediciones Tesys S:A., 1987
40. GIMENO SENDRA, Vicente, Víctor MORENO CATENA y Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ. *Derecho Procesal Penal*. 3ª ed., Madrid, Colex, 1999.
41. GIMENO SENDRA, Vicente. *Constitución y proceso*. Madrid, Tecnos, 1988.
42. GÓMEZ COLOMER, Juan. “El proceso español”. En: *Revista Peruana de Ciencias Penales* N°1, Lima, Cultural Cuzco, 1993.
43. GÓMEZ COLOMER, Juan. “La instrucción del proceso penal por el Ministerio Público”. En: *Revista Peruana de Ciencias Penales* N° 3, Lima, Cultural Cuzco, 1994.

44. GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. *El Proceso Penal en el Estado de Derecho*. Lima, Palestra Editores 1999, p. 17.
45. GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, Fernando. *El Proceso penal. Tratamiento Jurisprudencial*. Oviedo, Forum, 1997.
46. GÓMEZ DE LIAÑO, Fernando. *La prueba en el Proceso Penal*. p. Oviedo, Forum, 1991
47. GONZÁLEZ CUELLAR, Antonio; HERNADEZ GUYANO, José J, PAZ RUBIO, José María, RODRÍGUEZ RAMOS, Luis; TOME PAULE, José. *Ley de Enjuiciamiento criminal y Ley del jurado*, Madrid, Colex, 10ed. 1998.
48. GRANADOS PEÑA, Jaime. *El sistema acusatorio en el Derecho Comparado y la Nueva Fiscalía General de Colombia.*, Ediciones Jurídicas,. Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1996
49. HENDLER, Edmundo. *Derecho Penal y Procesal Penal de los EE.UU.*
50. HENDLER, Edmundo S y Ignacio TEDESCO.”La declaración del imputado y una perspectiva histórica comparada en la justicia criminal en Francia e Inglaterra” en: *Sistema Procesales Penales Comparados*, Edmundo S. Hendler Director. Buenos Aires, Ad Hoc
51. HERING, Rudolph von . *Bromas y Veras en la ciencia jurídica*. Madrid, Civitas, 1987
52. HUERTAS MARÍN, M. *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*. Barcelona, Bosch, 1999
53. JAEN VALLEJO, Manuel. “La Práctica de la prueba en el ejercicio penal como presupuesto para desvirtuar la presunción de

- inocencia”. En: *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid* N° 1 Enero-Febrero, Madrid, 1990.
54. JIMÉNEZ CAMPOS, Javier. *Derechos fundamentales, concepto y garantías*. Madrid, Trotta, 1999.
55. KIRSCH, STEFAN. “¿Derecho a no autoinculparse?” En: *La insostenible situación del Derecho Penal*, Editorial Comares, Granada, 2000 p. 260
56. KONVITZ, Milton. *La libertad en la Declaración de Derechos de los EE.UU.* Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959, p. 433.
57. LONDOÑO JIMÉNEZ, Hernando. *Derechos humanos y justicia penal*. Bogotá, Themis, 1988.
58. MAIER, Julio. “La reforma del Proceso en el marco del Sistema Penal”. En: *Justicia Penal y Sociedad*, Guatemala, año 1 N° 0 Enero de 1991.
59. MAIER, Julio. “República y justicia Criminal”. En: *Lecciones y Ensayos*. N° 50. Buenos Aires, Facultad de derecho y ciencias sociales de la Universidad de Buenos Aires, Astrea 1988
60. MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal Argentino*, T.I Vol.b Buenos Aires, Hammurabi, 1989.
61. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El Concepto de prueba ilícita y su Tratamiento en el proceso penal*. Bosch, 1999, p. 21.
62. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La Mínima Actividad Probatoria en el proceso penal*. Barcelona, Bosch, 1997.
63. MONTERO AROCA, Juan; ORTELLS RAMOS, Manuel; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto.

- Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997 y edición de Barcelona, Bosch, 1995.
64. MORELLO, Augusto. El proceso justo. Del garantismo formal a la tutela efectiva de los derechos. Librería Editora Platense SRL- Abeledo Perrot S.a, La Plata-Buenos Aires, 1994.
65. MORENO CATENA, Víctor; Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ y Vicente GIMENO SENDRA. *Introducción al Derecho Procesal*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.
66. ORE GUARDIA, Arsenio, *Estudios de Derecho Procesal*, 1ª ed., Lima, Alternativas, 1993.
67. PEÑA FREYRE, Antonio Manuel. *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Madrid, Trotta, 1997.
68. PEREZ LUÑO, Antonio. “Sobre los Valores Fundamentales de los derechos humanos”. En: *El Fundamento de los Derecho Humanos*, Javier Muguerza y otros. Madrid, Debate, 1989.
69. PICO I JUNOY. *Las Garantías Constitucionales del proceso*. Barcelona, Bosch, 1997.
70. POSNER, Richard. A *El análisis económico del Derecho*, Mexico D.F. Fondo de Cultura económica, 1998
71. QUISPE FARFAN, Fany Soledad. *El derecho a la presunción de inocencia Lima*, Palestra editores, 2001.
72. RAGUES I VALLES, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona, JM.Bosch, 1999 p. 292.
73. REVILLA GONZALEZ, José-Alberto. *El Interrogatorio del imputado*. Valencia, Tirant lo Blanch,, 2,000.

74. RIEGO, Cristián. *El proceso penal Chileno y los Derechos Humanos*. Santiago de Chile, Escuela de Derecho Diego Portales, 1994.
75. RÍOS, Jorge. “Procesos Penales en los Estados Unidos”. En: *El Ministerio Público, para una nueva justicia criminal*, Santiago de Chile, 1994.
76. ROXIN, Claus. *La evolución de la Política Criminal. El derecho penal y el Proceso Penal*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000.
77. ROXIN, Claus, ARTZ Gunther y Klaus TIEDEMANN. *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal*, Barcelona, Ariel 1989.
78. RUBIO LLORENTE, Francisco. *Derechos Fundamentales y principios constitucionales*. Barcelona,. Ariel, 1995.
79. RUSCHE, Georg y Otto KIRCHHEIMER. *Pena y Estructura Social* Bogotá, Themis 1984.
80. SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Vol. I, Lima, Grijley, 1999.
81. SAN MARTIN, César. “Algunos apuntes sobre la prueba”. En: *Revista del Foro* año LXXXI, Lima CAL, 1993.
82. SAN MARTIN, César. “Constitución y principios del proceso penal”. separata Lima, PUCP 1998.
83. SANTAMARÍA, Javier. *Los valores supremos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*.
84. TOCORA, Fernando. *Política Criminal en América Latina* 1ra. ed. Bogotá, Librería del profesional, 1990.
85. VASQUEZ SOTELO, José Luis. “La presunción de inocencia”. En: *Los principios del proceso y la presunción constitucional de*



- la presunción de inocencia. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1992
86. VELEZ MARICONDE, Alfredo, Derecho Procesal Penal. Córdoba, Ed. Marcos Lerner Editora Córdoba 1986, Tomo I.
87. VELEZ MARICONDE, Alfredo. “La situación jurídica del imputado” En: *La Justicia*, Año XVIII T. XVII Junio Nro. 238 y Agosto Nro. 246 México 1947.
88. VILLARAN, Susana. “Un Crimen en la Sombra”. En: *IDEELE* N° 97 Mayo, Lima, Instituto de Defensa Legal, 1997.
89. VIVES ANTÓN, Tomás. *La Reforma del Proceso Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992.
90. WILSON, Richard. *Curso de Derecho Procesal Penal Comparado*, Lima, Materiales PUCP 1998
91. WILSON, Richard. *Curso de Derecho Procesal Penal Comparado*. Lima, Materiales, PUCP, 1998.
92. ZAFARONNI, Eugenio. “Sociología Criminal”. En: *Criminalia* N° 9 Año XXIV, México D.C.
93. ZAFFARONI, Eugenio. “Derechos Humanos y Sistemas penales en América Latina”. En: *Materiales de Lectura CEAS* 1991
94. ZAGREBELSKY, Gustavo. *La crucifixión y la democracia*. Barcelona, Ariel S.A.
95. ZAMORA PIERCE, Jesús. *Garantías y Proceso Penal* 7º ed. México D.C. Porrúa. 1,994.
96. ZAVALA LOAYZA, Carlos. *El Proceso Penal y sus Problemas*, 1947 s/e.