

## **REFLEXIONES EN TORNO AL PROCESO PENAL MILITAR PERUANO. UN PROCESO INQUISITIVO**

JOSÉ MARÍA ASENCIO MELLADO

**SUMARIO:** **I.** Consideraciones previas. **1.** La libertad de crítica y apreciación. **2.** El Estado de Derecho como punto de partida para la crítica. **3.** La ausencia de todo tipo de sentimientos nacionalistas. **II.** La estructura del proceso penal militar peruano. **1.** Existencia de una acción penal pública ejercitada por un órgano distinto de los tribunales. a) El modelo procesal penal militar peruano. **2.** Separación de las funciones de instrucción y enjuiciamiento. a) El valor probatorio de los actos de investigación. b) La vinculación de la sentencia a los hechos de la investigación. **3.** Relativa vinculación del tribunal a las pretensiones de las partes. **4.** Respeto a los principios que informan el proceso penal contradictorio. a) Adquisición de la condición de imputado. Nacimiento del derecho de defensa. b) La autodefensa como expresión de los derechos del imputado. b.1) Derecho del imputado a ser informado de la inculpación y de sus derechos. b.2) Inexistencia de derecho al silencio. b.3) Inexistencia de un derecho a no decir la verdad. b.4) Inexistencia de normas que regulen la forma del interrogatorio. b.5) Excepciones al derecho de defensa formal. c) La asignación de abogado defensor, como derecho de la parte y como obligación del tribunal. d) La intervención de abogado en la fase de instrucción. d.1) La petición de diligencias de investigación. d.2) La intervención de la defensa en la práctica de los actos de investigación. d.3) El secreto de la

instrucción. e) La intervención de la defensa en la fase de «proceso». e.1) La imposibilidad de solicitar el sobreseimiento o de pedir la ampliación de la instrucción. e.2) La limitación de los alegatos. e.3) La sus-pensión del juicio. e.4) Inexistencia de interrogatorio cruzado.

## **I. CONSIDERACIONES PREVIAS**

Todo trabajo de investigación, para ser realmente tal, debe ser realizado partiendo y respetando determinados presupuestos absolutamente irrenunciables: en primer lugar, se ha de llevar a cabo desde una absoluta libertad, tanto de apreciación, cuanto de crítica; en segundo lugar, y si se quiere llegar a resultados positivos, se ha de hacer desde unos postulados que sirvan de base objetiva para el análisis y las conclusiones a las que al cabo se llegue; por último, y dado el estado actual del mundo de la comunicación, debe huirse de cualquier sentimiento nacionalista, siempre con escaso fundamento real, que suponga un freno a la crítica o que, al contrario, se alce de modo sensible frente a análisis que siempre, en materia de investigación, han de ser universales.

### **1. La libertad de crítica y apreciación**

La esencia de la Universidad es la libertad; para ello todos los ordenamientos jurídicos del mundo contemplan con mayor o menor extensión la autonomía universitaria como garantía de aquella libertad y en evitación de controles políticos. Sin libertad no hay una auténtica investigación. Sin libertad no hay avances, sino solo trabajos tendentes a justificar, de forma interesada o simplemente coartada, estados de hecho de difícil amparo teórico y práctico.

No puede haber, pues, por ningún motivo, límites a la crítica científica impuestos por razones políticas, so pena de eliminar la esencia de la Universidad.

Las críticas a la existencia misma de la jurisdicción militar no son nuevas, ni se puede reconducir el problema de su realidad a determinados lugares y situaciones. Las fuerzas armadas son una institución más del Estado, ni más, ni menos y, por ello, son susceptibles de toda y cualquier crítica que sea hecha para su mejor funcionamiento, esto es, la crítica positiva (aunque la negativa —cuyos límites con la positiva son siempre subjetivos—, no debe tampoco experimentar cortapisa alguna).

En definitiva, la jurisdicción militar debe y puede ser analizada desde planteamientos jurídicos y con absoluta libertad, salvo que se quieran reclamar espacios reservados en el Estado de Derecho.

## **2. El Estado de Derecho como punto de partida para la crítica**

Como se ha dicho anteriormente, toda labor de investigación debe partir, si se quiere que sea eficaz y produzca resultados concretos, de una base científica sólida y de unos postulados de la misma naturaleza.

En derecho procesal, y ya en el siglo XXI, dichos postulados no pueden ser otros que los del Estado democrático y de Derecho y los pilares sobre los que éste se asienta al configurar la jurisdicción, el proceso y los principios esenciales de ambos.

La jurisdicción sólo es compatible con los principios, que le son inherentes, de la independencia y su correlativo de la imparcialidad. Sólo así es posible la aplicación del derecho en condiciones de igualdad y con respeto a la contradicción que constituye la base dialéctica del proceso y garantía de verificación de su función epistemológica. Una jurisdicción en la que estén ausentes o simplemente se vean mermados dichos principios no puede ser calificada como tal, dado que la denominación de jurisdicción especial es equivalente a inexistencia de jurisdicción. En consecuencia, la existencia de tribunales organizados en los que no sea nota no sólo predominante, sino absoluta, la independencia, debe traer la consecuencia de su desaparición.

El proceso, a su vez, constituye un instrumento mediante el cual se aplica el derecho objetivo al caso concreto con el fin, dada la prohibición de la autotutela, de dar solución a un conflicto intersubjetivo o social. En este sentido, pues, y en tanto para dicha labor se requiere el hallazgo de una verdad siempre pasada, el proceso exige la presencia de los principios de contradicción e igualdad entre las partes. Sin contradicción, esto es, sin confrontación de versiones contrapuestas, no hay proceso, sino sólo un monólogo inútil para los fines que el proceso debe cumplir en un Estado Democrático. Sin igualdad entre las partes, especialmente cuando una de ellas es el Estado el cual siempre por naturaleza es más fuerte, tampoco es posible hablar de auténtico proceso.

En definitiva, toda merma del derecho de defensa, en cualquier fase del proceso, salvo las situaciones restringidas y excepcionales en que deviene justificada y en el marco de unos límites, puede ser entendida como inexistencia de proceso en el sentido impuesto por los más elementales postulados democráticos.

De lo dicho, y de la lectura del CJM peruano, se pueden ofrecer unas conclusiones de carácter previo: La jurisdicción militar es especial, esto es, no puede ser calificada de jurisdicción, sino de fórmula autocompositiva en tanto expresión de un espíritu corporativista por otra parte siempre presente en toda jurisdicción de esta naturaleza, también la española. No de otra forma se puede calificar a una «jurisdicción» cuya razón de ser y justificación última reside en el mantenimiento de la disciplina interna, en la protección del espíritu de cuerpo y, en definitiva, en el ánimo de sustraer a los órganos de la jurisdicción ordinaria el conocimiento de personas que, por su carácter de ciudadanos, deberían sujetarse a los tribunales comunes.

Pero, y salvo excepciones, una jurisdicción especial siempre viene acompañada de un proceso de la misma naturaleza, esto es, un proceso donde los principios básicos antes aludidos se ignoran o limitan gravemente. El proceso penal militar peruano constituye un típico ejemplo de proceso inquisitivo en el cual la imparcialidad brilla por su ausencia y en el que el derecho de defensa experimenta tantas limitaciones que puede afirmarse su inconstitucionalidad por no servir a los fines para los que dicha institución fue creada en los albores de la historia.

### **3. La ausencia de todo tipo de sentimientos nacionalistas**

Universidad es universalidad y por tanto concepto escasamente compatible, cuando de investigación se habla, con sentimientos nacionalistas que concentran el conocimiento en reductos limitados.

En consecuencia, la labor que ha de desarrollar un universitario se debe desprender de toda atadura geográfica que suponga fronteras a la extensión que debe abarcar el conocimiento para ser considerado tal.

Pero, suele suceder, en un plano diferente, que en cualquier país, y desde determinados sectores, se suele afrontar la crítica jurídica hecha por un no nacional con reacciones inspiradas en fuertes sentimientos nacionalistas, de manera que se viene a prohibir toda alusión a las leyes internas con el argumento de tratarse de una intromisión inadmisibile.

Frente a estos argumentos, deben alzarse otros que merecen, hoy en día, una especial consideración. Por una parte, no cabe duda de que el estado actual de las comunicaciones, la era de la globalización, el acceso mundial a la información, no permite circunscribir la investigación y la crítica exclusivamente a los elementos nacionales, ya que el conocimiento se hace cada vez más

universal y asequible y, de este modo, todos participan en las ventajas y los inconvenientes de los demás y viceversa. Cerrar hoy las fronteras es ya una tarea no solo imposible, sino absolutamente utópica. Por otra parte, y en lo que respecta al CJM peruano, no es ni siquiera posible en el terreno de lo teórico la defensa de su contenido desde posiciones nacionalistas o de preservación de lo propio y ello porque el modelo procesal penal que se contiene en él no responde a una construcción peruana, sino que sus ancestros y principios inspiradores, sin ir más allá en los orígenes, se radicaron en el derecho español. Ese proceso penal, de corte inquisitivo, no es nacional, sino importado de manera que su defensa desde postulados nacionalistas no puede ser sostenida.

En resumen, tratándose de un modelo procesal penal no propio, sino importado y con exponentes actuales e históricos en otros países ha de someterse a una crítica profunda, máxime cuando en otros estados el modelo va siendo evolucionado hasta posiciones más adecuadas con el Estado de Derecho.

## **II. LA ESTRUCTURA DEL PROCESO PENAL MILITAR PERUANO**

La calificación de la naturaleza de un determinado proceso penal ha de partir, necesariamente, del análisis de la coincidencia en el mismo de las notas que caracterizan el modelo acusatorio, en su aspecto meramente formal, ya que el acusatorio puro es inviable en una sociedad en la cual el delito es un fenómeno público y, por tanto, indisponible.

El proceso penal acusatorio fue fruto de la necesidad de poner fin a un modelo, el inquisitivo, en el que las notas de independencia e imparcialidad brillaban por su ausencia. En efecto, la acción era ejercitada por los tribunales y éstos, sin distinción de funciones, investigaban y emitían la sentencia. Se partía del concepto, demostrado falso, de la imparcialidad objetiva, de la ausencia de interés en el Juez y por tal razón se le atribuían funciones que eran por naturaleza incompatibles.

Pero, como consecuencia de estos rasgos, aparecían otros que caracterizaban el proceso inquisitivo y que llevaban a unas consecuencias muy similares. Así, aquellos Jueces instruían el proceso de forma escrita y secreta, y, al tratarse de los mismos que enjuiciaban, no existía en realidad, y aunque en la norma se hiciera referencia a una fase de plenario, un juicio entendido como fase esencial del proceso. No era necesaria, dada la identidad, de órganos instructores y decisores. En este sentido, y si se tiene en cuenta que la fase instructora es por esencia menos contradictoria, se mermaba el derecho de defensa. A su vez,

una concepción de la prueba extremadamente formalista y tasada condujo a que el imputado fuera utilizado como objeto de la misma, no como sujeto de ella, de manera que el principio de igualdad de armas era sencillamente inexistente.

El proceso penal acusatorio, pues, aparece con la pretensión esencial de hacer imperar la imparcialidad e independencia, de manera que el Estado desdobra sus funciones de acusación y decisión y las confiere, en tanto el delito conserva su naturaleza pública, a órganos del propio Estado.

Pero, este modelo, con el paso del tiempo, pasó desde la mera consideración formal del desdoblamiento estatal de funciones, hasta adquirir connotaciones que garantizaran plenamente la imparcialidad y, más aún, hasta la configuración de un proceso idóneo para la consecución de sus fines y en el que rigieran con plenitud los derechos hoy considerados fundamentales para los ciudadanos. En este sentido, pues, no es de extrañar que, y aún partiendo del carácter público del fenómeno penal, el proceso penal se haya ido configurando paulatinamente como un proceso de partes.

Las notas que caracterizan el proceso penal acusatorio son:

1) Existencia de una acción penal pública ejercitada por un órgano distinto de los tribunales; 2) Separación de las funciones de instrucción y enjuiciamiento, de modo que el órgano investigador en modo alguno desempeñe o influya en la resolución condenatoria; 3) Relativa vinculación del tribunal con las pretensiones de las partes; y, 4) Respeto a los principios que informan el proceso penal, esto es, la contradicción y la igualdad, así como los derechos fundamentales de los ciudadanos.

### **1. Existencia de una acción penal pública ejercitada por un órgano distinto de los tribunales**

El proceso penal acusatorio, como se ha dicho, exige que la acusación sea ejercitada por terceros distintos a los tribunales, sean los decisores o sean los instructores, ya que la acusación está siempre reservada a las partes públicas (el Ministerio Fiscal) o privadas. De la misma manera, ejercer la acusación no significa exclusivamente formularla de forma directa e inmediata, sino influir en la misma aunque lo sea de modo indirecto. Toda actividad judicial que pueda tener alguna repercusión en la acusación o que signifique algún control en sentido incriminador, debe ser entendida como contraria al modelo procesal penal acusatorio.

El principio acusatorio exige, pues, que la acción sea ejercitada por un tercero, que la acusación igualmente sea formulada por sujeto distinto al judicial, que el

control de la acusación no se residence en los tribunales y que la decisión del tribunal sentenciador no esté vinculada a la actividad previa llevada a cabo por órganos eminentemente investigadores.

El modelo procesal penal militar peruano puede afirmarse que no es respetuoso con estas máximas, pudiendo ser calificado de **inquisitivo** y por ello no susceptible de servir de cauce de resolución de conflictos penales de manera adecuada.

#### *a) El modelo procesal penal militar peruano*

Dejando de lado la crítica que debe merecer la composición de los órganos judiciales militares, común a la mayoría de los Códigos de esta naturaleza y que se constituyen sobre la base de la jerarquía en el mando y el desconocimiento del derecho, se trata ahora de analizar el esquema básico de funcionamiento del proceso penal militar peruano a los efectos de analizar si en el mismo coinciden o no las exigencias arriba expuestas y derivadas del modelo acusatorio formal o mixto.

El proceso penal da inicio mediante denuncia que, por ser un acto que incorpora una mera declaración de conocimiento, nunca de voluntad, no origina la constitución en parte del denunciante y deja en manos del Juez instructor un amplio margen de decisión acerca de la apertura de la instrucción. En efecto, emitida la denuncia por el Ministerio Fiscal (art. 375), miembros de la Fuerzas Armadas o Policiales (art. 374), agraviado o perjudicado (art. 374), civiles en general (art. 376), autoridades políticas (art. 377) o, incluso, los inadmisibles denunciadores anónimos por medio de periódicos (art. 387), el Juez de Instrucción es dueño absoluto, sin vinculación alguna con la parte posteriormente acusadora —exclusivamente el Ministerio Fiscal—, de aperturar la instrucción dictando el correspondiente auto o desestimar «ad limine litis» la mencionada denuncia y ello con independencia de que la decisión de archivo sea apelable (arts. 385 y 386). Es más, admitida la denuncia, el auto de apertura de la instrucción no ha de ser en modo alguno congruente con aquélla (lógico al no tratarse de un acto de querrela), de modo y manera que el Juez de Instrucción puede dar al proceso el contenido que estime oportuno en orden a los hechos, la calificación jurídica y el resto de elementos de fácticos y jurídicos.

En conclusión, el Juez de Instrucción se constituye en una especie de parte acusadora en un momento inicial en el cual y si bien no se ha formulado como tal la acusación, la misma empieza a perfilarse del modo escalonado que es común a todo proceso penal.

Dictado el auto de apertura de la instrucción, el propio Juez de Instrucción podrá y deberá ordenar todas las **pruebas** que considere necesarias para comprobar un delito que él mismo ha calificado (art. 428), pudiendo, no obstante, el Fiscal y el imputado pedir las que consideren convenientes a su derecho (art. 429). El mismo Juez de Instrucción, pues, que ha dado inicio a la instrucción, practica todas las diligencias que considera necesarias para su comprobación, en el bien entendido que tales diligencias, para el CJM peruano, no son meros actos de investigación, sino pruebas en el sentido más estricto del término a juzgar por lo establecido en el art. 429 y la configuración misma de la fase de «proceso» o plenario que, realmente no es oral y solo constituye un mero reflejo de lo que debe ser un acto de esta naturaleza.

Finalizada la instrucción, el Juez de Instrucción ha de emitir un llamado informe con todo lo actuado en esta fase, informe éste que debe recoger una relación de hechos, **indicando aquellos que se consideran probados y los elementos que llevan a esta consideración**, los resultados de la investigación y las personas que resultan penalmente responsables (art. 553). Esto es, el mismo Juez que inicia la instrucción, que da forma a la acusación en los momentos iniciales, emite una suerte de auto de conclusión de la instrucción que va a ser en realidad la base para la acusación formal.

Este informe se eleva al Consejo, órgano que luego ha de decidir mediante la sentencia definitiva. Este órgano judicial, que debe en todo momento preservar su imparcialidad, puede, con anterioridad a que se emita por el fiscal la acusación, solicitar la ampliación de la instrucción si estima que los hechos no se han acreditado suficientemente o acordar el sobreseimiento (art. 554). Lo establecido en este precepto es de enorme gravedad habida cuenta la posición en que se coloca el órgano decisor y la práctica de la prueba. Si, como se verá, la prueba en el proceso penal militar peruano tiene lugar en la instrucción siendo el proceso un mero momento de ratificación formal de la misma, el órgano decisor está juzgando anticipadamente a la existencia de la propia acusación, de manera que puede afirmarse, sin temor a equivocación alguna, que **el consejo asume competencias de acusación y adopta el papel que por naturaleza debería corresponder en exclusiva a las partes**. Ello queda claro a la vista del art. 563 que únicamente autoriza al Consejo a elevar la causa a proceso cuando la instrucción permita considerar probada la existencia del delito y la imputabilidad del encausado, de lo que se infiere que realiza una labor de prejuzgamiento incompatible con la imparcialidad exigible a un órgano judicial. Pero, este sostenimiento de la acusación por el tribunal sentenciador es más manifiesto a la vista de lo preceptuado en el art. 564, el cual le autoriza a modificar la tipi-

ficación de los hechos si estima que el Juez de Instrucción no lo hizo correctamente al momento de la apertura de la instrucción. Ciertamente y conforme a lo determinado en el apartado e) del art. 616 al cual se remite el precepto reseñado, este cambio de tipificación no puede en modo alguno alterar los hechos, pero tampoco en modo alguno la norma prohíbe alterar el bien jurídico protegido por la norma, de manera que el cambio de calificación puede conducir derechamente al de la acusación, entendiendo por ésta el auto de apertura de la instrucción una vez finalizada esta fase.

La imparcialidad del Consejo como tribunal de enjuiciamiento se pone de nuevo en entredicho en el caso regulado en el art. 571. En efecto, y una vez remitidos los autos al fiscal para que actúe la acusación formal, puede ser que éste entienda la inexistencia del delito o la falta de autoría de los encausados y por tanto no formule la referida acusación. En estos casos es evidente que no existe acusación como tal y que toda actividad del órgano decisor integrando la misma o pretendiendo garantizarla en sentido objetivo o meramente en su existencia, constituye una actuación inadmisibles de un órgano que debe siempre situarse «supra partes», máxime cuando ya anteriormente ha integrado la prueba. Pues bien, la falta de acusación por el fiscal, cuando el órgano decisor no esté de acuerdo en el archivo del proceso, **llevará en todo caso al mantenimiento de la acusación, ya que lo procedente será la designación de un segundo fiscal que, en tal caso, estará obligado a formular la acusación.** No existe argumento alguno que justifique un papel del órgano decisor tendente a mantener la acusación, ya que el simple hecho de poder instar a un tercero a que lo haga pone de relieve la existencia de interés en la condena cuyo presupuesto, naturalmente, es siempre la existencia de una acusación.

Algo similar cabe decir del art. 604 que considera irrelevante la retirada de la acusación, ya que, si ello sucede, el tribunal deberá dictar en todo caso sentencia. El proceso penal acusatorio se asienta sobre la idea de la existencia de una pretensión penal que, y si bien no es equivalente a la civil en tanto no tiene carácter dispositivo, sí contiene determinados elementos de vinculación, siendo el más importante de ellos el de la voluntad de imponer una pena determinada. Esto es, la acusación, la cual impone una cierta conducta al tribunal en tanto no puede excederse de ella, siempre contiene el elemento volitivo, el constituido por la petición de imposición de una pena frente a determinada persona. En este sentido, si falta la acusación no existe pretensión, de manera que la emisión de una sentencia condenatoria convierte al tribunal, directamente, en acusador.

En la misma sentencia, el tribunal dispone de una ocasión más de modificar la acusación, ya en este caso formalmente deducida o incluso retirada. En

efecto, y conforme a lo dispuesto en el apartado e) del art. 616, puede modificar la calificación del delito con el único límite de no alterar los hechos objeto de denuncia y de investigación.

Aunque posteriormente se hará un comentario más amplio, baste aquí decir que los hechos a los que queda vinculado el tribunal no son los de la acusación fiscal, sino los iniciales, que pueden ser mucho más amplios que los incluidos en este último acto, de modo que la vinculación fáctica es enormemente relativa y en todo caso lo es a actos de los cuales dispone el Juez de Instrucción y en última instancia el mismo tribunal sentenciador.

No existe, como se dijo anteriormente, restricción alguna en orden a los límites del cambio de calificación jurídica, de modo que puede el tribunal condenar por un delito absolutamente heterogéneo con el que fue objeto de acusación, lo que constituye una acusación encubierta en tanto se produce un cambio sustancial en la misma.

Por último, no hay norma alguna en los preceptos que regulan la apelación que prohíba la «*reformatio in peius*», hecho éste que puede encubrir, además de una limitación esencial del derecho de defensa, una nueva manifestación de acusación de oficio en tanto es universalmente aceptado que la competencia del órgano de apelación se ha de constreñir al contenido expreso de la apelación (*tantum appellatum, quantum devolutum*).

Puede concluirse, pues, de todo lo dicho, que el CJM peruano no es respetuoso con los principios básicos del proceso penal acusatorio en lo referido a la necesidad de que la acusación sea formulada y sostenida por un órgano distinto del tribunal sentenciador. Las competencias del Juez de Instrucción a la hora de comenzar a construir la acusación, su papel relevante en la prueba, los poderes del Consejo en orden a la definición del objeto del proceso y del contenido de la sentencia revelan que se está en presencia de un proceso penal netamente inquisitivo.

## **2. Separación de las funciones de instrucción y enjuiciamiento**

Como se ha sostenido por un amplio sector de la doctrina procesalista, el principio acusatorio comporta como máxima la separación neta y permanente de las funciones de investigación, acusación y enjuiciamiento y ello por responder cada una de ellas a sujetos claramente diferenciados y verificar funciones no coincidentes. Toda confusión entre tales fases y actos conduce a manifestaciones

netamente inquisitivas e incompatibles con el proceso penal propio de un estado democrático.

Ha quedado claro que la función de acusar en modo alguno puede residenciarse ni directa, ni indirectamente en el tribunal sentenciador. Pero, el principio acusatorio exige algo más: tampoco dicha función puede ser ejercitada por el Juez de instrucción aunque éste no asuma competencias decisorias, es decir, aunque éste no sea el tribunal competente para el enjuiciamiento y la sentencia.

La razón que fundamenta esta opinión viene asentada en los distintos principios que informan la fase de instrucción y el juicio, tan opuestas que impiden aquella confusión so pena de incidir en un enjuiciamiento viciado.

En efecto, la fase de instrucción está informada, como no puede ser de otra forma aunque el derecho de defensa alcance cotas de respeto elevadas, por el inquisitivo.

De este modo, a los instructores les corresponden competencias relativas a la acción, pudiendo admitirla o desestimarla y al objeto proceso penal, que solo se conforma definitivamente con la acusación formal, es divisible en la instrucción, no en la fase plenaria, pudiendo el instructor introducir nuevos hechos o ampliar la imputación misma etc. En definitiva, y en aquellos países donde la instrucción está encomendada a un órgano de naturaleza judicial, no así en aquellos donde, correctamente, la misma se atribuye al Ministerio Fiscal, los jueces de instrucción desarrollan una labor que bien puede calificarse de preacusatoria que trae consigo que pueda atribuirse a éstos la naturaleza de órganos cuasipoliciales y, desde luego, parciales por mucho que se quiera abundar en su pretendida imparcialidad objetiva.

Desde estas perspectivas cabe analizar el CJM peruano a los efectos de indagar en su naturaleza.

El proceso penal militar peruano, efectivamente, distingue dos órganos judiciales diferentes en orden a la instrucción y el enjuiciamiento y fallo, de modo que no es criticable en lo que podría considerarse la infracción más burda al principio acusatorio cual sucede cuando el mismo tribunal instruye y falla.

No obstante, dos elementos del CJM conducen a la calificación —y con seguridad en la práctica y por la experiencia ya acuñada al respecto se puede afirmar que la infracción es de mayor entidad—, del proceso como inquisitivo: por un lado, el valor probatorio de las diligencias de la instrucción; por otro lado, la vinculación de la sentencia a los hechos de la denuncia o de la investigación.

*a) El valor probatorio de los actos de investigación*

Aunque más tarde habremos de referirnos a ello, cabe ahora realizar un breve comentario, tan sólo no obstante en lo que afecta al principio acusatorio, al hecho mismo de dotar de valor probatorio a los actos de investigación realizados en la fase de instrucción.

Que alcancen este valor los actos llevados a cabo por un Juez netamente inquisitivo, en una fase regida por los principios propios de dicha fase, sin plena garantía de contradicción y, lo que es más grave, sin que exista como tal una pretensión que haya de probarse, resulta al menos cuestionable en un proceso que, como tal, y aunque lo sea público y por un fenómeno de la misma naturaleza, exige la presencia de los caracteres propios de un instrumento de carácter heterocompositivo y dialéctico.

En realidad, en el proceso penal militar peruano no hay más prueba que la de la instrucción y la misma versa sobre los hechos que estime relevantes el Juez instructor sin intervención de la parte imputada.

Los arts. 428 y 429, claros exponentes de un fenómeno que podría calificarse de «arqueología procesal» por su vetustez, disponen que la instrucción está dirigida a practicar todas las pruebas necesarias para la comprobación del delito, más aún, incluso tienen valor probatorio las «pruebas» llevadas a cabo por el fiscal en la fase de investigación policial. A la práctica de dichas pruebas, para las que el instructor no tiene límites, no siempre podrá asistir el inculpado, ni su defensor, ya que el nombramiento de abogado no le está garantizado en este momento procesal (art. 471). Es el Juez de instrucción el que determina, a efectos de elevación de la causa a proceso los hechos que considera probados (art. 553,1). El Consejo puede ordenar la ampliación de la instrucción cuando estime los hechos faltos de prueba suficiente (art. 554) y este mismo Consejo sólo podrá acordar la elevación de la causa a proceso precisamente cuando considere que de la instrucción se deduce la prueba del delito y de la culpabilidad (art. 563).

Esto es, la instrucción desarrollada por un órgano judicial regido por normas inquisitivas tiene la finalidad expresa de desarrollar no actos de investigación, sino auténticos actos de prueba y **sobre hechos que aún no han sido objeto de acusación por la parte acusadora formal**, lo que no es extraño si se atiende a las eminentes funciones acusadoras del Consejo como órgano decisor.

Habrà que entender, pues, que el proceso y, concretamente la audiencia, normalmente no comportará la celebración de una vista con práctica de pruebas

plena, sino una mera ratificación de las anteriormente ejecutadas. Dicha ratificación no es extraño que lo sea mediante la mera lectura de los autos dispuesta en el art. 596 o, si es mediante presencia física de imputados, testigos o peritos, la misma quede reservada a una mera reiteración formal de lo anteriormente manifestado y, en definitiva, en caso de ausencia de tales sujetos, no habrá obstáculo alguno para otorgar valor probatorio a lo anteriormente actuado.

En definitiva, no hay como tal un acto oral y concentrado, un juicio presidido por los principios de oralidad, intermediación, contradicción y publicidad, sino una simple simulación de ello, **pudiendo concluirse que la prueba útil para la condena será la practicada por el Juez de instrucción en una fase inquisitiva.**

Si la prueba que sirve a los fines de la condena es producida en un fase como la indicada y en modo inquisitivo, el proceso penal en su conjunto sólo podrá calificarse de inquisitivo por mucho que existan normas que quieran disimular, mediante simples artificios, esta atribución.

#### *b) La vinculación de la sentencia a los hechos de la investigación*

Característica esencial del proceso acusatorio, tendente a eludir la parcialidad, consiste en vincular a los tribunales decisores a la acusación formalmente deducida y mantenida por sujeto distinto a los órganos judiciales.

En el CJM peruano no existe norma alguna que establezca este deber de vinculación, no congruencia civil en tanto no rige en el proceso penal el principio dispositivo; empero, puede deducirse del art. 616 la conclusión contraria, es decir la vinculación a los actos del Juez de instrucción y, por tanto, a los de un órgano judicial inquisitivo.

En efecto, y como ya se dijo con anterioridad, el apartado e) de este precepto autoriza a los tribunales (el Consejo) a modificar la calificación jurídica de los hechos, pero tal cambio no viene referido a los establecidos en la pretensión penal, en la acusación del fiscal (art. 566), sino a los que fueron materia de la denuncia y de la investigación. Por otra parte, el cambio de calificación viene referido al realizado en el auto de elevación de la causa a proceso por el mismo tribunal sentenciador o al del auto de apertura de la instrucción, no al de la acusación. En definitiva, **para el CJM peruano, la auténtica acusación no es la formulada por la parte acusadora, sino por el Juez de instrucción o por el mismo tribunal al elevar la causa a proceso, de lo que se infiere que el acusador es este último o aquél, nunca la parte.**

Ante tales manifestaciones no puede por menos que realizar un juicio netamente negativo de un proceso que, **no puede ser considerado como tal, sino como una simple fórmula autocompositiva, de ejercicio del control por un cuerpo, el militar, que pretende mantener la disciplina mediante un simple expediente sancionador sin verificar garantía alguna de las que exige el proceso para ser considerado válido en un Estado de Derecho.**

### **3. Relativa vinculación del tribunal a las pretensiones de las partes**

Nos remitimos a lo dicho en los anteriores epígrafes en lo referido a los arts. 564 y 616, suficientemente comentados y de los que deriva el incumplimiento, también en este punto, del principio acusatorio.

### **4. Respeto a los principios que informan el proceso penal contradictorio**

Como anteriormente se indicó, el proceso penal acusatorio y aunque originariamente y por reacción a los jueces del antiguo régimen, surgió con la pretensión destacada de asegurar la independencia e imparcialidad de los tribunales, es lo cierto que con el transcurso del tiempo se fue conformando en un instrumento dotado de especiales características que lo han hecho merecedor de ser calificado como «proceso de partes» (Goldschmidt). Esta cualificación no puede negarse aunque el proceso penal tenga un objeto de naturaleza pública y sea indisponible; no es lo relevante tal carácter, sino la posición de las partes en el debate, en la conformación de la pretensión y, en definitiva, en la incorporación a la estructura procedimental de los elementos que derivan de la necesaria vigencia del principio de contradicción.

La contradicción, pues, debe estar plenamente asegurada en un proceso que quiera serlo y no un simple expediente o fórmula autocompositiva. Un proceso en el que no se respete el derecho de defensa, en el que su parte pasiva no se halle en iguales condiciones que la acusadora, en el que el tribunal sostenga una posición acusatoria, en el que, en definitiva, una parte no sea exactamente tal sino más bien un mero objeto de investigación, no puede cumplir las funciones, ni la epistemológica, ni la de resolución de conflictos que son consustanciales a esta fórmula heterocompositiva.

El principio acusatorio exige un absoluto respeto al derecho de defensa y sus instrumentales, no bastando su mera consagración formal para ser eficaz. Se trata ahora, pues, de analizar el CJM peruano en orden a analizar si dicho

derecho queda preservado o si, por el contrario, su reconocimiento no excede de manifestaciones insuficientes para concluir su real existencia.

*a) Adquisición de la condición de imputado. Nacimiento del derecho de defensa*

El derecho de defensa y sus instrumentales nace con la adquisición por un sujeto, el pasivo del proceso, de la condición de imputado y dicha condición, en un proceso que se quiera garantista, debe surgir en el momento mismo en que frente a una persona se alcen sospechas, de la intensidad que sean, de haber cometido una acción delictiva. Se quiere decir con ello que la imputación constituye una garantía para el sospechoso, no una merma de sus derechos y que todo retraso en la atribución de tal condición puede ocasionar graves infracciones a la defensa, especialmente si la misma es provocada de forma intencionada con el fin de procurarse una investigación sin intervención de la defensa.

El estatuto de imputado es tal que garantiza, correctamente regulado, un proceso contradictorio, ya que desde la imputación han de nacer los derechos de autodefensa en su máxima expresión, el de designar Abogado, el de intervenir en la instrucción aportando o solicitando actos de investigación, el de tomar conocimiento de la instrucción que es pública para las partes o el de eludir ser llamado a interrogatorio en otra calidad y con distintos derechos que los correspondientes a su naturaleza.

En el CJM peruano no hay norma alguna que determine el momento de adquisición de la condición de imputado y con ello del derecho de defensa o, mejor dicho, no hay norma alguna suficiente para considerar que dicha atribución se hace con criterios estrictamente objetivos y, por tanto, no susceptibles de manipulación por el instructor. Falta una norma como la constituida por el art. 118 de la LECrim. española que establece una relación de situaciones susceptibles de generar dicho estatuto sin intervención o sin necesidad de que el Juez de instrucción emita una declaración de voluntad en este sentido, evitándose así los riesgos antes mencionados y eludiendo los poderes absolutos de los Jueces de Instrucción que, si no son recortados pueden, como afirmaba Mittermaier, ser en exceso superiores a los que detentaron incluso los monarcas absolutos.

De una lectura del CJM peruano parece desprenderse que la adquisición de la condición de imputado surge de la voluntad manifestada por el instructor de dictar auto de apertura de la instrucción (art. 427), ya que es en este momento cuando se valora la veracidad de la denuncia, la existencia de un delito y la individualidad de su autor. Pero, la misma declaración de este art. 427 parece intro-

ducir una confusión adicional que requeriría un análisis del funcionamiento real del proceso del que, quien suscribe carece pero presume. En esta norma se afirma que el referido auto se dictará una vez que el instructor considere el hecho denunciado infracción punible y se haya individualizado a su presunto autor o, lo que es lo mismo, parece que la norma autoriza una suerte de investigación previa a tales fines que se haría sin contar con la presencia del sospechoso si el hecho no estuviera suficientemente investigado para definirlo como punible. No existe norma alguna que prohíba o limite diligencias policiales o del fiscal anteriores a la denuncia y sin intervención del sospechoso o, incluso, no existe precepto que impida al instructor investigar para determinar si procede dictar el auto de apertura de la instrucción y, por tanto, sin la determinación de un imputado.

Incluso, una vez incoada la instrucción, no existe un plazo determinado para interrogar al imputado, salvo los casos en que el mismo se encuentre detenido (art. 476), lo que puede considerarse grave en tanto la defensa formal como obligación de designación judicial sólo surge al momento de dicho interrogatorio (art. 471).

Con ello, se pueden producir consecuencias del todo punto inadmisibles para el contradictorio, de las que señalamos a título de ejemplo:

—Que el sospechoso sea interrogado como testigo si, aún siendo sospechoso, no ha sido definida su autoría en los términos exigidos por el art. 428 para pronunciar el auto de apertura de la instrucción. En estos casos, al ser testigo, su interrogatorio, sin los derechos propios del imputado, constituiría un fraude sancionado en los Códigos europeos con la nulidad del interrogatorio.

—Que el interrogatorio del sospechoso se retrase, de modo que sufra la misma consecuencia la designación de Abogado, dándose lugar a una inadmisibles infracción o restricción de su derecho de defensa.

—Que se verifiquen determinados actos de investigación sin intervención ni del imputado, ni de su defensor, lo que, teniendo en cuenta el valor probatorio de la instrucción y de la fase policial, no cabe duda conduce a una burda infracción de la contradicción y a un proceso construido como un simple monólogo acusatorio.

#### *b) La autodefensa como expresión de los derechos del imputado*

La autodefensa y los derechos que comporta es una de las máximas expresiones del acusatorio formal en contraposición al inquisitivo en tanto su consagración

supone la conversión del imputado en sujeto del proceso o, en otras palabras, en parte y capaz, por tanto, de ejercer derechos y posibilidades que constituyen su irrenunciable estatuto procesal.

La negación de los derechos propios de la autodefensa supone el tratamiento del imputado como un simple objeto procesal cuya presencia en el proceso se explica como fuente misma de prueba e investigación, como elemento cuya intervención se reconduce a proporcionar por sí mismo los materiales tendentes a su condena.

Todo proceso acusatorio, pues, debe contener un catálogo explícito y completo de derechos que el imputado ha de poder ejercer tanto y especialmente en sus declaraciones, cuanto en la totalidad de su intervención procesal que no puede ser limitada salvo de forma excepcional y plenamente justificada en razones aceptables desde un punto de vista democrático y específicamente protegibles en el caso concreto, sin que sean admisibles, pues, criterios genéricos de restricción.

La autodefensa se manifiesta de modo especialmente relevante en las declaraciones del imputado, de manera que las mismas sean consideradas una forma de ejercicio del derecho de defensa, ya que solo de esta manera se garantiza el contradictorio. Sólo es admisible la confesión o el reconocimiento de hechos cuando, y en un marco como el manifestado, el imputado libre y espontáneamente, decide asumir su responsabilidad en atención a criterios de oportunidad.

A su vez, la autodefensa produce efectos en la totalidad del proceso, implicando la necesidad de que el imputado pueda participar en la instrucción bien sea produciendo o solicitando, sin limitaciones especiales, actos de investigación y, en todo caso, interviniendo en esta fase procesal, bien sea tomando conocimiento de todo lo actuado, bien lo sea mediante su actuación personal o, al menos, mediante su Abogado, en todos los actos instructorios de los que se pueda derivar posteriormente alguna consecuencia para su condena.

Una simple mirada al CJM peruano nos permite afirmar, sin reservas, que éste no acoge la autodefensa con la extensión que sería necesario para calificarlo como acusatorio; antes bien, de su redacción, y me temo que en mayor medida en su práctica cotidiana, la posición del imputado no es otra que la propia de un proceso penal inquisitivo. Al efecto de fundamentar esta conclusión, que no es fruto de la improvisación, se va a continuación a reseñar un catálogo de derechos que constituyen los propios de la autodefensa y su regulación en el referido CJM.

*b.1) Derecho del imputado a ser informado de la inculpación y de sus derechos*

Si la declaración del imputado está dirigida, en un proceso contradictorio y de partes, a servir de instrumento para el ejercicio del derecho de defensa, es evidente que ni puede ser sorpresiva, ni puede privar al deponente de la información previa de los hechos por los que está imputado, y ello a los efectos de poder valorar adecuadamente su conducta, esto es, si declara o guarda silencio, si manifiesta la totalidad de la verdad o solo lo hace en parte o, incluso, y ello no debe extrañar incluso por razones puramente naturales, si falta a la verdad en su narración y decide organizar una coartada.

No existe en el CJM peruano un solo precepto donde se reconozca como norma de general aplicación, ni en concreto en los lugares en los que el texto normativo regula la declaración del imputado, un derecho previo del imputado a ser informado de la inculpación y de sus derechos que le proporcione los elementos suficientes para ejercitar adecuadamente su defensa.

En efecto, el art. 477, que regula la llamada instructiva del imputado, se configura como un interrogatorio dirigido a obtener de éste una información lo más amplia posible acerca de todas las circunstancias que pudieran influir en la determinación de los hechos y de la propia persona del deponente; en momento alguno de la norma, ni de los preceptos anteriores, se prevé disposición que establezca el deber del instructor de informar previamente al declarante de los hechos que le son imputados, de sus derechos constitucionales y del resto de consecuencias que se pueden derivar de afirmarse la inculpación, menos aún de las razones o elementos de convicción hasta ese momento reunidos en su cargo.

Un interrogatorio así definido es evidentemente un medio de investigación, de inquisición pura mediante el cual se pretende la obtención de informaciones inculpatorias, no, por el contrario, un instrumento de ejercicio del derecho de defensa.

En definitiva, la configuración del interrogatorio sin la previsión de la mencionada información previa, convierte al mismo en un acto de naturaleza inquisitiva e incompatible con los valores propios de un proceso penal democrático.

*b.2) Inexistencia de derecho al silencio*

Como es sabido, la carga de la prueba, como consecuencia directa del derecho fundamental a la presunción de inocencia, impone a las partes acusadoras la

acreditación de los hechos fundamentadores de la pretensión, no exigiéndose al imputado verificar actividad alguna en orden a probar su inocencia, la cual se presume cual si se tratara de una verdad interina. En este sentido, no es exigible a la parte pasiva del proceso penal ninguna actuación positiva, siendo la mera pasividad una conducta plenamente aceptable y de la cual es imposible extraer consecuencia alguna en orden a la conclusión final del proceso.

En este sentido se entiende que los Códigos de ascendencia democrática prevean y regulen un derecho fundamental al silencio, a no contestar a las preguntas que se formulen acerca de la imputación o a cualesquiera otras de las que pueda derivarse alguna responsabilidad, entendiendo esta conducta como ejercicio simple y puro del derecho de defensa correlativo a la carga de probar que pesa sobre la acusación.

Este derecho, pues, únicamente puede ejercitarse en un modo muy determinado, y es guardando silencio, de manera que, como afirma Roxin, **el silencio es solo silencio**, siendo, por tanto, necesario no extraer consecuencia negativa alguna de tal conducta si se quiere que el derecho, como tal, sea real y respetado. Configurar un derecho al silencio, a no colaborar con la condena aunque no se exija la verdad al inculpado, y posteriormente establecer presunciones de culpabilidad cuando el mismo se ejercita es tanto como negarlo y reducirlo a la nada, ya que, se insiste, el derecho al silencio, derivado del fundamental a la presunción de inocencia, únicamente puede verificarse no prestando declaración alguna.

Más aún, extraer indicios de culpabilidad de la conducta de silencio no sólo se opone al mencionado derecho a la presunción de inocencia, sino que ni siquiera sirve, en buena técnica, para articular una presunción de culpabilidad o una prueba de presunciones, ya que el silencio nunca puede constituirse, por tener carácter negativo, en hecho base de la presunción del cual y mediante un nexo causal, directo y lógico concluir el hecho presumido.

Pues bien, el art. 482 del CJM peruano es un claro exponente de lo anteriormente dicho. Así, no acoge un derecho al silencio, sino que se limita a reconocer que ante esta actividad no podrán los tribunales emplear coacciones o amenazas a los fines de que el imputado declare. Ahora bien, la norma es clara al afirmar que dicha conducta podrá ser tomada como indicio de culpabilidad, hecho éste del que habrá que informar al imputado cuando asuma tal disposición.

No son necesarios mayores comentarios ya que los anteriormente efectuados son plenamente aplicables a una norma de configuración inquisitiva y nuevamente contraria al derecho de defensa, al derecho a la presunción de inocencia y a los

principios básicos de un proceso acusatorio y democrático que comportan que el imputado sea el sujeto pasivo del proceso y titular indiscutible del derecho de defensa que, como tal, no puede ser ni obligado, ni compelido, ni siquiera mínimamente influenciado a colaborar en su condena.

*b.3) Inexistencia de un derecho a no decir la verdad*

Cuando las Constituciones y normas procesales penales democráticas establecen, junto al derecho al silencio otro correlativo a no declarar contra uno mismo, se está afirmando, aunque no se haga de forma directa, un derecho del imputado a faltar a la verdad, a mentir, a no decir la verdad respecto de lo que se le pregunta. Esta afirmación es absolutamente lógica si se tiene en cuenta que quien sea el autor del hecho delictivo, si no quiere declarar contra sí mismo y no guarda silencio, no tendrá otra alternativa que mentir, lo que se hará, ordinariamente, ofreciendo una coartada.

No parece que, a pesar de las reticencias que el establecimiento de un derecho a mentir produce, se deba prescindir de su realidad y de su dignidad para ser considerado como fundamental del imputado. En efecto, mentir cuando se es responsable y puede derivarse una pena, es absolutamente natural y forma parte de la condición humana. Exigir lo contrario es desconocer dicha condición y exigir comportamientos que solo poseen unos pocos y que, desde luego, no forman parte de cuerpos o instituciones, sino de personas individualmente consideradas.

El derecho a mentir, a organizar y establecer coartadas, es consustancial a una posición del imputado compatible con su derecho a la defensa.

En realidad, y siempre que no se exija juramento de decir verdad al imputado, se está permitiendo, aunque lo sea indirectamente, esa posibilidad, ya que es imposible imponer pena alguna derivada de un hipotético falso testimonio. Esto es, si no se impone el juramento hay que concluir la posibilidad de mentir sin consecuencia penal alguna.

Cuestión distinta es la referida a las posibles consecuencias procesales que pueden tener lugar como consecuencia del descubrimiento de la mentira o, lo que es lo mismo, si cabe extraer una presunción de culpabilidad de ello.

Al igual que he sostenido al afirmar que del ejercicio del silencio es imposible concluir una presunción de culpabilidad por el carácter indirecto del hecho base o indicio como elemento de la prueba circunstancial, se ha concluido con el descubrimiento de la falsedad de una coartada, con la mentira argumentada por

el imputado en su defensa. Ciertamente, y como es sabido, la prueba indirecta o por presunciones, admitida en el proceso penal moderno una vez desterrada la exigencia de prueba directa que comportaba la necesidad de obtener una confesión, contiene toda una serie de requisitos, ineludibles, para garantizar que el razonamiento indiciario sea adecuado para verificar los hechos que se consideren probados. En este sentido, dos son los elementos básicos que han de coincidir en toda estructura presuntiva; por un lado, el hecho base o indicio, hecho indirecto pero que debe a su vez ser acreditado mediante pruebas directas, que debe ser plural y coincidente en un mismo e inapelable resultado; por otro lado, el razonamiento o hecho causal que ligue indicio y hecho presumido de forma directa, lógica y racional y siempre susceptible de ser valorado con cobertura en el derecho a la presunción de inocencia.

Pues bien, el descubrimiento de la falsedad de una coartada en modo alguno puede servir, razonablemente y de forma directa, sin otros elementos adicionales directos, para concluir la realidad del hecho consecuencia, de la imputación. Derechamente, solo sirve para afirmar que la coartada es falsa, esto es, que no es cierto que el imputado estaba, por ejemplo, en el lugar que dijo, o que el arma era suya. Harían falta nuevos elementos indiciarios para confirmar que los hechos imputados están acreditados.

En definitiva, pues, el derecho a mentir existe aunque se niegue o no se reconozca de forma directa y de la mentira no es posible alzar presunción alguna de culpabilidad.

En el CJM peruano no cabe hallar ninguna disposición que consagre un derecho a no declarar contra sí mismo y a confesarse culpable; por el contrario, el art. 471 sí prevé que los imputados sean sometidos a interrogatorio sin prestar juramento; por último, no hay norma alguna que, a diferencia de lo previsto en el art. 482 para el ejercicio del silencio, establezca una presunción de culpabilidad en caso de descubrimiento de la falsedad de la declaración emitida.

De esta regulación, aunque incompleta, únicamente se puede extraer una conclusión: y es que la mentira descubierta no puede producir consecuencia alguna para el imputado en términos negativos para su inocencia, de manera que, podría afirmarse, debería ser bastante para que no fuera posible una conducta contraria, máxime cuando, como es sabido, toda limitación de derechos fundamentales debe constar expresamente en la ley no siendo posible su establecimiento por vía jurisprudencial.

El CJM peruano, interpretado de esta forma, podría ser calificado como compatible con los derechos básicos del imputado; no obstante, a la vista de la

totalidad de las normas que disciplinan el interrogatorio del imputado, especialmente la forma en que el mismo es llevado a efecto y el valor que se atribuye al silencio, no parece arriesgado afirmar que, en la práctica, el descubrimiento de la falsedad de una coartada es considerado como un indicio, y grave, de culpabilidad del interrogado.

*b.4) Inexistencia de normas que regulen la forma del interrogatorio*

No hay normas en el CJM que regulen la forma, en orden a las garantías del imputado, en que ha de desarrollarse el interrogatorio.

Como es sabido y se ha comentado, toda declaración emitida por el sujeto pasivo del proceso penal está dirigida especialmente al ejercicio del derecho de defensa de modo que cobra especial significado el respeto a determinadas garantías como son las anteriormente comentadas. Pero, junto a esta función elemental, el interrogatorio puede también servir como base a una sentencia condenatoria, para lo cual es requisito imprescindible que el imputado actúe con plena conciencia y voluntad del acto que realiza, conciencia y voluntad que no sólo ha de ser inicial, esto es, manifestada en el deseo de declarar, sino que se ha de mantener a lo largo de todo el acto, de modo que el deponente ha de entender lo que se le pregunta y contestar exactamente lo que quiera.

En resumen, para que la declaración del imputado tenga valor probatorio, tiene que estar plenamente garantizada la libertad y la espontaneidad de la misma en todo momento y situación.

Por ello todos los códigos procesales que responden a los principios básicos del Estado de Derecho realizan determinadas declaraciones de orden positivo y negativo: por un lado, establecen la forma en que deben efectuarse las preguntas al imputado y, por otro lado, prohíben, bien sea con reglas generales, bien lo sea de manera individualizada, conductas incompatibles con los requisitos necesarios para que la declaración surta efectos.

Las preguntas al imputado, se entiende, deben ser formuladas de forma directa y clara, de modo que las entienda, en su idioma y con toda la información posible para que comprenda la cuestión y valore la respuesta, prohibiéndose siempre la formulación de preguntas capciosas o sugestivas.

A su vez, se veda el uso de cualquier método que, directa o indirectamente, afectando físicamente o psicológicamente, o incluso actuando en el inconsciente, incida en la libertad de autodeterminación original y constante del imputado. Se prohíbe, así, el uso de la fuerza, de coacciones, amenazas, el interrogatorio en

situaciones de cansancio, el engaño, la promesa de ventajas inadmisibles jurídicamente, el interrogatorio por medio de mecanismos técnicos como el detector de mentiras, la hipnosis, el llamado suero de la verdad etc...

El CJM peruano no puede considerarse tampoco en esta materia modélico. En él se guarda silencio al respecto de todas estas cuestiones sin que exista tampoco una regla general que exija un determinado comportamiento.

Sólo existen disposiciones dispersas y situadas en lugares determinados, de manera que bien podría entenderse que su aplicación se limita a regular los supuestos específicamente previstos.

La norma general, como ya se ha dicho, es la establecida en el art. 477, el cual se limita a regular la inquisición o cuestionario que cabe hacer al imputado en orden, no desde luego a su defensa, sino a la investigación del hecho. En este precepto nada se dice al respecto del modo en que han de formularse las cuestiones, ni se realizan manifestaciones referidas a la prohibición de determinados métodos de interrogatorio o de obtención de informaciones.

Fuera de esta precepto solo cabe hallar ciertas matizaciones de forma dispersa: así, por ejemplo, el art. 482 que prohíbe el uso de coacciones o amenazas, si bien se limita a los casos en que el imputado guarde silencio, no desee declarar, y pretende sencillamente que no se fuerce a una conducta que la propia norma soluciona estableciendo una presunción de culpabilidad. El art. 478 sí reconoce, de manera indirecta y ciertamente parca, el derecho del imputado a declarar sin estar afectado por el cansancio, al permitir que el interrogatorio sea realizado en dos sesiones distintas si es excesivamente largo o concurren otras razones atendibles.

Ninguna norma más cabe hallar en el CJM peruano que establezca el deber de preguntar de forma directa, sin influencias engañosas o que prohíba el uso de métodos que, de cualquier manera, afecten a la inteligencia y la voluntad del interrogado.

Por ello, cabe concluir que este texto legal se enmarca en los Códigos de más rancia tradición inquisitiva, para los cuales el imputado es un objeto procesal cuya presencia en el proceso está dirigida a su utilización como fuente de prueba, no como sujeto titular del derecho de defensa y cuyo interrogatorio no es otra cosa que una forma adicional de obtención de información que coadyuve a la acusación en su función.

*b.5) Excepciones al derecho de defensa formal*

El régimen de asistencia de abogado al imputado durante la fase de instrucción y, especialmente, en el interrogatorio debe considerarse ciertamente limitado en el CJM y atentatorio al derecho de defensa, dada su parquedad y exclusiva consagración formal, que no material y respetuosa con el mencionado derecho.

La defensa por medio de abogado tiene la finalidad de servir de contrapeso a la actuación de la parte acusadora, el fiscal, que posee conocimientos jurídicos y el propio instructor que, aunque dotado de imparcialidad objetiva, actúa internacionalmente como órgano que construye la pretensión penal. Por esta razón, el abogado debe asistir al imputado en todo interrogatorio de manera activa, esto es, ha de estar presente en el acto y poder formular todo tipo de cuestiones que, ya desde el momento inicial, representen el ejercicio del derecho de defensa.

Sólo cuando el imputado está incomunicado, por espacio de tiempo muy limitado, se admiten ciertas restricciones a tal situación, pero incluso en tales casos es imposible eludir la intervención del defensor y su actividad en el acto del interrogatorio.

El art. 471 del CJM peruano puede considerarse una norma general garantista del derecho de defensa formal en tanto asegura el nombramiento de abogado a todo imputado que haya de ser interrogado.

Sin embargo, este precepto encuentra dos restricciones que deben ser consideradas absolutamente incompatibles con tal derecho cuando se trata de interrogatorios judiciales, como sucede con los prestados en la fase de instrucción.

Por una parte, el art. 473 que autoriza en casos de urgencia que comience el interrogatorio sin la presencia del imputado aunque no permita que se termine hasta que aquel acuda.

Por otra parte, el régimen de intervención del abogado, el cual es considerado como un «convidado de piedra», sin que su presencia sea lo activa que merece un acto tan esencial.

El art. 473 debe rechazarse por su vaguedad, por su falta de claridad y por abrir la puerta a un uso indiscriminado e ilegítimo. En efecto, no cabe duda de que es posible prescindir de la presencia del abogado para llevar a cabo ciertos interrogatorios, pero ello sólo lo es en casos extremos, en el lugar de los hechos, en supuestos de desaparición de fuentes de prueba etc. No parece que pueda existir urgencia cuando el interrogatorio haya de llevarse a cabo en la sede del tribunal y menos cuando el imputado ya estuviera detenido o pudiera serlo a

resultas de la declaración. El art. 473, por el contrario, se refiere a una situación de urgencia escasamente definida, imprecisa, no compatible con la idea central de la urgencia en la actividad probatoria y que puede justificar excepciones al régimen contradictorio, de manera que es un precepto cuyo uso puede excederse hasta límites inadmisibles.

Por su lado, el abogado, a la vista de los arts. 471 a 483, en la fase de instrucción, esencial en el proceso penal que se analiza, se limita a estar presente en el interrogatorio y a manifestar al juez la impertinencia de determinadas preguntas (art. 474). En modo alguno se le autoriza a formularlas por él mismo, ni aún por mediación del instructor. La restricción del derecho de defensa es, pues, evidente.

Incluso, en la fase de audiencia, las limitaciones de la defensa son tangibles e incomprensibles. En efecto, y conforme a lo establecido en el art. 598, tanto los miembros del Consejo como el fiscal pueden formular al acusado preguntas de forma directa; pero, el abogado sólo podrá formularlas a través del Presidente.

A esta disposición hay que unir la prevista en el art. 483 puesta en relación con la establecida en el art. 475. En efecto, y frente a lo dispuesto por este último precepto, que autoriza al juez a disponer cuantos interrogatorios tenga por conveniente, el art. 483 autoriza al imputado a solicitar su interrogatorio sólo por una vez más, siendo así que en el resto de casos será el Juez el que valore la admisibilidad de una nueva audiencia.

Estos preceptos, sin referente en el derecho comparado democrático, ponen de manifiesto de nuevo que el interrogatorio constituye un acto tendente a constituir al imputado en fuente de prueba y no a servir de cauce o instrumento para el ejercicio de su derecho de defensa.

*c) La designación de abogado defensor, como derecho de la parte y como obligación del tribunal*

Como se comentó en un momento anterior, toda norma procesal penal que quiera ser respetuosa con el derecho de defensa debe garantizarlo desde un acto procesal determinado, tanto como derecho del imputado, cuanto como obligación del tribunal ante una conducta pasiva de aquel.

El derecho de defensa, como inherente a la condición de imputado, debe surgir desde el momento mismo en que nazca dicha condición. Si, como se dijo en un apartado anterior, el CJM peruano no contiene referencia alguna —a salvo la genérica del art. 471 y que contrae el derecho al momento de la instructiva—,

que objetivice y señale el nacimiento de la condición de imputado, es evidente que puede afirmarse que el derecho de defensa, en su acepción formal, no queda suficientemente garantizado en esta norma.

Igual puede afirmarse del derecho de defensa entendido como obligación del tribunal, esto es, del momento en que el órgano judicial, policial o fiscal se encuentra obligado a designarle abogado al imputado si éste no ha hecho uso del mismo con anterioridad y de modo irrenunciable.

El CJM peruano lo sitúa de nuevo en el momento de la instructiva de manera que garantiza, salvo lo previsto en el art. 473, que las declaraciones del imputado sean prestadas con asistencia letrada (aunque, como ya se ha dicho, la presencia del abogado sea meramente formal y su intervención se limite a impugnar las preguntas que efectúe el instructor).

Debe considerarse esta regulación insuficiente. Por un lado, porque la instructiva, en los casos de no detenidos no tiene señalado plazo concreto para su realización, lo que podría dar lugar a que la defensa se retrasara indebidamente; por otro lado, porque si hasta ese momento se han realizado actos de investigación, que gozan de valor probatorio, en los mismos no habrá intervención alguna de la defensa; por último, porque no prevé el CJM una situación especial para el caso de los detenidos y los interrogatorios de éstos ante autoridades no judiciales, siendo así que el art. 429 les otorga valor probatorio.

#### *d) La intervención de abogado en la fase de instrucción*

Uno de los temas más candentes del derecho procesal penal es el referido a la intervención que el abogado debe tener en la fase de instrucción y las excepciones que la ley puede, legítimamente, contener. Es cierto, se afirma, que el momento central del proceso viene constituido por el juicio oral, en el cual se practica la prueba y por ello se practica en toda su extensión el contradictorio. Por tal razón, anteponer, adelantar o reconocer la defensa en una fase anterior, cuya función es simplemente preparar la acusación, podría, en realidad, hacer inútil el juicio oral ya que los actos de investigación serían practicados en la misma forma que las pruebas, produciéndose una confusión indeseable.

No obstante, se suele sostener, que aún a riesgo de dicha confusión, la intervención plena de la defensa en la fase instructora viene exigida tanto por el interés del imputado en evitar que se produzca la acusación formal, cuanto por ejercitar el contradictorio en aquellos casos en que los actos de investigación puedan alcanzar valor probatorio posterior.

Todo este debate, sin embargo, carece de sentido cuando no existe una clara y diáfana fase de juicio oral; cuando, de existir, se limita a una mera ratificación formal de lo anteriormente actuado; y, cuando, en fin, la ley confiere a la investigación pleno valor probatorio. En estas situaciones la intervención del abogado no solo puede ser conveniente en determinadas condiciones, sino que deviene absolutamente exigible e irrenunciable, so pena de convertir al proceso penal en un mero expediente sancionador. En estos casos, en realidad, el proceso se desarrolla ante el órgano de la instrucción y ante él, en resumen, habrá de practicarse plenamente el contradictorio. Cualquier restricción al mismo o su limitación a ciertos y limitados supuestos habrá de considerarse contraria a los principios que constituyen el acusatorio.

Dicha intervención ha de admitirse en dos situaciones bien definidas: una, a la hora de practicar o solicitar actos de investigación y dos, en la intervención, amplia y sin restricciones, que ha de autorizarse y fomentarse en los actos de investigación acordados de oficio o a instancia de la parte acusadora, sin que quepa diferenciar entre actos personales y materiales, ya que en estos últimos, la defensa garantiza una cierta objetividad del acto o, al menos, coadyuva a la aportación de extremos que solo se incorporarían a instancia de una parte interesada.

El CJM peruano, como ya se ha dicho, desconoce la idea de proceso dividido en dos fases diferenciadas, y ello porque la llamada de «proceso», constituida por una audiencia en la cual se practica la prueba, no es realmente un juicio oral y concentrado, sino un mero simulacro de vista en el que, por regla general, se reproduce mediante lectura lo actuado en la instrucción. Por ello, la contradicción anticipada deviene en requisito fundamental para el respeto del derecho de defensa. Si la prueba se practica en verdad en el momento de la instrucción y ante el instructor, o ante la policía y el fiscal, no permitir la intervención de la defensa en tales situaciones es tanto como negarla a los efectos que le son consustanciales.

#### *d.1) La petición de diligencias de investigación*

En la fase de instrucción, en la cual la actividad es llevada a cabo de manera normalmente coactiva, no es fácil que el imputado pueda realizar por él mismo actos de investigación, salvo la posibilidad de aportar informes periciales estrictamente privados o llevar algún testigo ante el instructor o, en definitiva, traer el cuerpo o los efectos del delito en caso de que pudiera hacerse con ellos.

No obstante, lo ordinario es que sea precisa una actividad compulsiva para la obtención de los actos de investigación, actividad que puede consistir en la

citación de testigos, en la ordenación de pericias por organismos públicos o, en fin, en la entrada en lugares cerrados o la intervención de las comunicaciones.

Para ello se precisa que el imputado y su defensor tengan un derecho específico a que se practiquen los actos de investigación que sean solicitados y que el control sobre los mismos se limite a lo estrictamente necesario y objetivo, concepto éste que suele coincidir con el de pertinencia.

En este sentido, los arts. 429 y 431 del CJM parecen ajustarse a tal previsión al autorizar al imputado a solicitar diligencias de investigación y «pruebas de descargo» con el único límite de su pertinencia, siempre y cuando este concepto de «pertinencia» se interprete en su sentido objetivo de relación con el objeto del proceso que en este caso son los hechos objeto de instrucción. Si, por el contrario, la pertinencia se lleva más allá de su sentido técnico autorizando interpretaciones que abarquen valoraciones de utilidad o necesidad del acto para la prueba, se estará, sin duda, violando un derecho esencial para el ejercicio de la defensa.

#### *d.2) La intervención de la defensa en la práctica de los actos de investigación*

A diferencia de lo anteriormente sostenido, el CJM peruano no parece que pueda considerarse respetuoso con el derecho de defensa en lo referido a la necesidad de que la defensa participe activamente en la ejecución de los actos de investigación, máxime cuando, como se ha dicho, tales actos alcanzan valor probatorio mediante su mera ratificación en el «proceso».

No existe una norma general que autorice la intervención del abogado en la práctica de los actos de ejecución, ni por lo tanto, que imponga la notificación previa a dicho profesional de los que se van a realizar. La misma, pues, se reconoce en ciertos actos y condiciones, siendo el régimen general, por tanto, el estrictamente parcial y judicial o, lo que es más grave, con preeminencia del fiscal que es parte acusadora, lo que conduce derechamente a concluir que la instrucción es una fase dirigida a preparar la acusación y fundamentarla subordinando la defensa a una etapa posterior en la cual, no obstante, solo puede ejercitarse de modo formal.

##### 1. Interrogatorio del imputado.

En estos casos, como se ha dicho, la intervención del abogado es obligatoria a salvo los supuestos previstos en el art. 473.

## 2. Testificales.

El art. 508 autoriza la participación del imputado y su defensor en este tipo de declaraciones, pero lo hace de forma tan limitada que debe considerarse que en modo alguno será posible ejercitar la defensa de forma adecuada.

En efecto, no se trata, en primer lugar, de un derecho a intervenir en este acto, sino solo de una posibilidad que habrá de ejercitarse previa solicitud de la parte y a la cual el instructor podrá acceder siempre y cuando, en segundo lugar, entienda el Juez que no se verán influidos los testigos por la presencia de la parte y que la misma no afectará al descubrimiento de la verdad. Desde luego, en modo alguno se prevé que la intervención de la defensa exceda a la mera presencia, sin autorizar por tanto que pueda formular preguntas o ni siquiera impugnar las que haga el instructor.

Se trata, pues, de un régimen que, con la voluntad de salvaguardar la espontaneidad del testigo, proporciona argumentos sólidos para eludir la presencia del abogado en un acto de importancia capital para la sentencia que en su día pudiera dictarse. Un acto que, por tanto, es unilateral del instructor, órgano inquisitivo y diseñador de la acusación a juzgar por lo establecido en el art. 553.

## 3. Recogida de efectos del delito.

Los arts. 437 y ss. CJM no prevén la intervención de la defensa en los actos dirigidos a la comprobación del delito y, específicamente, en los de recogida de datos de evidencia.

La falta de una norma general que autorice la presencia de la defensa, ha de llevar a concluir, que la ausencia del abogado es la norma.

## 4. Allanamiento y registro.

El art. 461 prevé la presencia del interesado en los registros, interesado que puede coincidir con el imputado; empero, en caso alguno se dice nada de la intervención del abogado aunque éste estuviera designado ya en el asunto.

## 5. Periciales.

La decisión acerca de la designación de los peritos y la determinación del objeto de sus dictámenes corresponde al instructor (arts. 486 y 487).

El imputado y su defensor pueden, no obstante, presenciar el examen pericial y solicitar del Juez la ampliación o aclaración de algún punto (art. 492).

Este régimen procesal no es, desde luego, irrespetuoso con el derecho de defensa en aquellos casos en que la pericia sea judicialmente ordenada, ya que

garantiza a la parte imputada una actuación suficientemente garantizadora de su derecho.

Surge la duda, no obstante, de lo que ha de suceder en aquellos casos en que la pericia sea solicitada por el mismo imputado con base en los arts. 429 y 431, ya que no existe norma alguna en la que se determine la forma de proceder en estos casos. Debe entenderse que el nombramiento de peritos debería seguir siendo el mismo establecido en el art. 487, pero que el objeto del dictamen correspondería a la parte solicitante sin perjuicio de que el instructor pudiera ordenar su ampliación o aclaración. Lo contrario, esto es, entender que también en tales casos corresponde al Juez la determinación del objeto de la pericia es contradictorio con la iniciativa que se atribuye a las partes.

#### *d.3) El secreto de la instrucción*

Para concluir, puede afirmarse que cualquiera de los derechos y posibilidades que se atribuyen a la defensa en la fase de instrucción puede carecer absolutamente de sentido si tal fase carece o se le priva de la necesaria publicidad relativa para un adecuado ejercicio de este derecho.

En efecto, para solicitar diligencias o para intervenir en las llevadas a efecto por disposición judicial, incluso para que el interrogatorio responda a su auténtica naturaleza defensiva, la instrucción debe ser conocida por el imputado y su defensor, sin que pueda limitarse esta garantía de forma genérica e injustificada.

Ello no obstante, el secreto puede ser acordado, y así sucede en todo tipo de legislaciones, pero bajo condiciones excepcionales y por tiempo siempre limitado, teniendo en cuenta, sin embargo, que la validez probatoria de lo actuado en tales situaciones es en todo caso puesta en tela de juicio dada la infracción del contradictorio.

La redacción del art. 433 del CJM peruano no es adecuada a la garantía de la publicidad relativa y por tanto puede servir de soporte, aplicada incluso literalmente, para, sencillamente, eludir la defensa a lo largo de toda la fase de instrucción.

No parece que pueda justificarse el secreto instructorio bajo un genérico «ser conveniente para la eficacia de la investigación». Desde una óptica como la que subyace al CJM peruano en el que la defensa parece siempre ser inoportuna para el hallazgo de la verdad, no es dudoso afirmar que el secreto debe ser la norma en cualquier caso en que el hecho no aparezca con nitidez absolutamente suficiente o que, incluso, se acuerde con anterioridad a la toma

de declaración del imputado para privarle de la información necesaria para el ejercicio de su derecho.

Del mismo modo cabe calificar el plazo que se establece para la duración del secreto, el cual, se afirma, podrá prolongarse a lo largo de toda la instrucción debiendo ser levantado únicamente con veinte días de antelación a la conclusión de la misma, es decir, normalmente cuando haya finalizado toda la actividad investigadora y el imputado, pues, poco o nada pueda hacer frente a los resultados obtenidos.

*e) La intervención de la defensa en la fase de «proceso»*

Por último, es necesario hacer un breve comentario a la intervención del abogado en la fase de «proceso», la cual viene a coincidir, teóricamente, con la de juicio oral.

Sin embargo, como se ha dicho, en el CJM peruano no cabe hablar de existencia como tal de un juicio oral y concentrado en el cual se ejecute la actividad probatoria y se desarrolle plenamente el contradictorio. El proceso constituye una fase que, en realidad, debe considerarse un apéndice de la instrucción, un mero acto ratificador de la misma, de la actividad del instructor y de la acusación por éste formulada en el informe final al que se refiere el art. 553 con la adiciones posteriores que puedan incorporarse a instancia del propio Consejo.

De este modo, y aunque los arts. 569 y 597 autoricen al defensor la proposición de pruebas en el acto de la audiencia, es lo cierto que el mecanismo establecido en el art. 596 que autoriza la lectura de las diligencias instructoras con valor, naturalmente, probatorio, a salvo el caso del art. 601, hace innecesaria o irrelevante dicha actividad y en el fondo la audiencia queda limitada a una mera ratificación de lo ya actuado, máxime teniendo en cuenta, como se dijo, que la causa únicamente se eleva a proceso cuando el propio Consejo estima que el hecho ha quedado probado en la instrucción (art. 563).

Así las cosas, se puede afirmar que la intervención de la defensa en la fase de proceso es suficientemente limitada para que pueda ser considerada garantizadora de este derecho y de la existencia de un juicio oral público y concentrado.

Pero, junto a ello, cabe enumerar determinadas infracciones al ejercicio del derecho de defensa que, unidas a la anterior, colocan al imputado en una situación insatisfactoria y no superadora de los límites que se prevén en la anterior de instrucción.

*e.1) La imposibilidad de solicitar el sobreseimiento o de pedir la ampliación de la instrucción*

Tanto una, como otra corresponden en exclusiva al Consejo. El imputado no puede pedir el sobreseimiento y por tanto eludir la acusación misma y con ello el proceso y la sentencia condenatoria. No puede considerarse, sin mayores explicaciones, que al imputado le basta con poder contrarrestar la acusación y que no posea un derecho a eludir la acusación en su propia existencia. De igual modo, y en tanto la instrucción goza de valor probatorio y únicamente se llega a proceso si está acreditado el delito y la autoría, no tiene sentido alguno impedir que el imputado, a su finalización y a la vista del informe final del instructor, pueda pedir la práctica de nuevas diligencias tendentes a acreditar su inocencia.

*e.2) La limitación de los alegatos*

El art. 574 constituye un exponente claro de limitación de la defensa en orden a obtener una declaración de inocencia.

Por un lado, el apartado primero limita el alegato al solo hecho de aceptar o rebatir la acusación y a la exposición de las razones que conduzcan a la inocencia. Interpretado este precepto estrictamente podría llegarse a la conclusión de que el imputado no podría, sencillamente, rebatir la fuerza probatoria de los medios utilizados para sostener la alegación, esto es, negar las pruebas inculpativas. El imputado, como es sabido, no tiene obligación alguna de probar su inocencia, carga que recae en la parte acusadora, de modo que, lejos de demostrarla, le ha de bastar con impugnar la prueba en que se basa la acusación. Otra conclusión, como parece sostener este precepto, es manifiestamente contraria al derecho a la presunción de inocencia.

Por otro lado, la norma prohíbe que la defensa utilice expresiones contrarias al decoro, la disciplina militar o la respetabilidad de las leyes o autoridades, mandando suprimir, de oficio, las que se incluyan en el escrito de defensa.

La extensión y subjetividad de estas afirmaciones, especialmente la referida a la disciplina militar, pueden suponer un recorte importante en el ejercicio del derecho de defensa que solo, jurídicamente, podría ser coartado ante la comisión de delitos y aún así «a posteriori», no con carácter previo.

*e.3) La suspensión del juicio*

Dispone el art. 593 que la inasistencia del defensor, sin analizar el tipo de impedimento, dará lugar al nombramiento de otro abogado, en este caso de oficio, al cual se le dará un plazo de uno o dos días para el examen de los autos.

Esta norma es manifiestamente contraria al derecho de defensa por dos razones al menos: la primera, porque no puede sustituirse al abogado, máxime cuando es de confianza, por el solo hecho de su incomparecencia y sin valorar las razones para ello. Tal hecho solo podría justificarse cuando la inasistencia tuviera su origen en una actitud maliciosa y deliberadamente retardataria, no en los demás casos; la segunda, porque el plazo concedido para tomar conocimiento de los autos es de tal manera insuficiente que en ocasiones provocará, sencillamente, indefensión.

*e.4) Inexistencia de interrogatorio cruzado*

No se alcanza a entender la discriminación que establece el art. 598 en orden al interrogatorio del imputado, discriminación que aunque guarde silencio cabe extender también al de los testigos y peritos a juzgar por lo dispuesto en los arts. 508 y 492 respectivamente.

Autorizar al fiscal a interrogar directamente a tales sujetos y exigir que el defensor lo haga a través del Presidente del Consejo, carece de sentido y, desde luego, constituye una nueva limitación al derecho de defensa, siquiera sea porque las cuestiones no se formulan de la misma forma cuando se hace de manera indirecta.

