

MEDIDAS CAUTELARES EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL

(EL DISTORSIONADO REFLEJO DE LA REALIDAD EN EL DERECHO PENAL)

CONFERENCIA RENDIDA EN EL CENTRO DE ESTUDIOS

“ENRIQUE TIERNO GALVÁN”

(OCTUBRE DE 2003)

Mario Pablo Rodríguez Hurtado

Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal en la
Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la
Pontificia Universidad Católica del Perú

SUMARIO:

1. Introducción, 2. Con los ojos bien cerrados ante el drama penitenciario, 3. El discurso y la ley importados oscurecen la realidad, 4. Del desborde punitivo a la oscilación entre la seguridad y los derechos, en el marco de una política dirigida a manipular la justicia, 5. La reforma de los códigos, 6. El endurecimiento punitivo, 7. El proceso penal no es un amasijo de trámites, 8. Medidas cautelares o anticipo de condena.

1. INTRODUCCIÓN:

Estimados amigos, nos reunimos en esta ocasión para conversar de algunos relevantes aspectos técnicos del proceso penal peruano. Como la alusión a lo técnico podría interpretarse erróneamente, pues está generalizada la tendencia a creer que lo procesal penal es un asunto exclusivo de abogados, al extremo de constituir una de las razones de la pésima marcha del sistema de justicia penal y sus operadores: policías, fiscales, jueces y abogados, desaprobados por la sociedad como dan cuenta los sondeos de opinión ciudadana¹; es que no me apresuro a advertir que trataré de no caer en el ridículo empeño de encapsularme en los siempre limitados horizontes de la doctrina y de la dogmática jurídico procesal a las que tozudamente se les atribuye más potencia comprensiva y esclarecedora que la que modestamente tienen.

Cualquier serio observador caerá en cuenta que el Derecho no crea la realidad, ni es tampoco el

1 Según la encuesta realizada por el **Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales de la Facultad de Ingeniería Económica de la UNI**, entre los días 13 y 14 de septiembre de 2003, el **porcentaje de desaprobación de la gestión del Poder Judicial asciende al 80.3%** (Vid. Correo, de 19.9.2003, página 6)

mejor instrumento para desvelarla, que ella será siempre más viva y rica que la más alambicada teoría.

2. CON LOS OJOS BIEN CERRADOS ANTE EL DRAMA PENITENCIARIO

Dos ejemplos ilustrativos, dos manifestaciones claras del absurdo en que caemos los abogados teorizadores cuando tratamos de explicar la penosa situación del servicio de justicia penal, descuidando apreciar las auténticas raíces de su crisis, así como del colapso de sus procedimientos y el desborde abusivo del ejercicio del poder punitivo del Estado, mediante la imposición y ejecución de las medidas coercitivas o cautelares personales; los tenemos; uno, en el llamado **“Proyecto del Plan Nacional de Tratamiento Penitenciario (2003)”**², en el cual, a lo largo de más de cien páginas y una serie de cuadros estadísticos, se plantean algunas medidas para afrontar el drama de las cárceles, su espina más urticante, la sobrepoblación; pero sin dedicar una línea a lo realmente elemental y, por ello, muy importante, esto es, al perfil del interno, de la persona privada de libertad, sobre todo, del procesado detenido.

Este plan no ofrece un estudio serio que nos indique de qué estrato social proviene el reo, cuál es la característica de la familia en cuyo seno se socializó y de la que pudo haber formado luego; tampoco hallamos puntual referencia al nivel de instrucción que posee, la modalidad delictuosa que

2 Elaborado por la **Comisión Especial constituida por RM. N° 343-2002-JUS, de 24.9.2002** y publicado en la página web del Ministerio de Justicia, según RM. N° 085-2003-JUS, de 4 de marzo de 2003. (Vid <http://www.minjus.gob.pe>)

se le imputa, menos las circunstancias concretas, violentas o no, de su hecho punible, o la tasa de recidiva que ostenta. En suma, poco o nada nos informa sobre las características propias y diferenciales del reo peruano, motivo más que suficiente para preguntarnos: ¿Puede llevarse adelante una empresa tan delicada, como es el tratamiento penitenciario, sin conocer profundamente al usuario del sistema?. ¿Es coherente esperar que una situación de crisis carcelaria encuentre remedio si no se ha esclarecido el perfil de las personas que padecen este mal crónico?.

El precitado Plan, que supuestamente enfrentará los problemas más urgentes de nuestras cárceles, no responde tales interrogantes y no lo hace porque en su elaboración no se aprecia la intervención determinante de sociólogos, antropólogos, psicólogos, de aquellos profesionales que bien podrían esclarecer con su ciencia lo que realmente ocurre en las cárceles. En vez de eso, el Plan transmite la visión estrecha de los abogados, embelesados en lo normativo, afincados en su pobre parcela jurídica, siempre ineficaz.

La realidad nos dice que cualquier empeño sincero de superación de la crisis penitenciaria, como la que, por mencionar un caso, se manifiesta en el E.P. de Lurigancho, donde sobreviven hacinados más de 7000 reos, en un local que tiene capacidad de albergue para no más de 1200; reclama descubrir por qué se generó esta situación de exceso. Así mismo, exige explicar cómo es posible que el penal no estalle en un cuadro fellinesco de segregación, anarquía y violencia desenfrenada. Nosotros los abogados, pese a nuestra natural pedantería, cimentada en creer que la ley es capaz de elucidar cualquier problema, ante estas preguntas no tenemos respuesta. Y no la tenemos porque, a primera vista, resulta inexplicable que, existiendo en Lurigancho un número notoriamente insuficiente de policías y servidores del INPE, incapaz de asegurar un control básico, esa "olla a presión" no vuele por los aires. Quien nos ha permitido entender esta situación es el profesor José Luis Pérez Guadalupe, inteligente y valioso Licenciado Canónico en Sagrada Teología, fogueado en largos años de servicio en el penal de Lurigancho como Agente de Pastoral

Carcelaria, Licenciado, también, en Educación y Ciencias Sociales, Magíster en Antropología y Criminología, así como, Doctor en Sociología.

En su trabajo pionero de publicista³, Pérez Guadalupe nos revela que Lurigancho no estalla porque existe un cierto orden basado en las reglas que los propios presos han creado y no el Estado, que en ese otro "mundo" existe una estructura de poder que ejercen los denominados "taitas" o líderes máximos, cuyo dominio descansa sobre su capacidad creciente de manejar el comercio de la droga. Esta verdad maciza, aunque aturde, no deja de ser irrefutable, pese a no tener nada que ver con el Derecho que conocemos y los discursos oficiales. Las mazmorras de Lurigancho no explotan porque ahí la vida transcurre en una dimensión distinta a la formal, que los códigos y sus operadores proclaman. Esta realidad, en la que destacan como protagonistas centrales los "taitas" y su poder, que exuda droga ¿aparece siquiera tangencialmente referida en el "Plan Penitenciario"? No, ni por asomo, con lo que se confirma que semejante documento poco ayuda a exponer descarnadamente la realidad penitenciaria, paso previo a cualquier tentativa de reforma.

Lo dicho, que ya es crítico, se torna inaceptable cuando el Plan de marras presenta la privatización de las cárceles como alternativa de solución⁴. No se ha logrado establecer siquiera el control estatal de los establecimientos penitenciarios, conforme se tiene dicho; peor aún, tampoco se ha intentado ejecutar las atinadas recomendaciones del maestro Beristain⁵, de llevar la sociedad organizada a las cárceles, mediante la promoción del voluntariado, en un franco esfuerzo por superar la segregación de los reos que, cual objetos, se arruman en un desván; y, sin embargo, se plantea con mohín esnobista la entrega de los establecimientos penales al capital privado, en desvergonzado reconocimiento de la debacle estatal. Como en Europa y en los Estados Unidos de América se habla de esto, como en esas latitudes ya operan empresas del rubro, como vivimos la era "Matrix", entonces, también es admisible acoplarnos a la novedad sin el menor espíritu crítico. Así es cómo reflexionan y "solucionan" los problemas la mayoría de abogados, rindiendo culto a lo extranjero, con soberano desprecio por la realidad nacional.

3 Pérez Guadalupe, José Luis. *Faites y atorrantes. Una etnografía del penal de Lurigancho.* Centro de Investigaciones Teológicas, Lima, 1994.

La construcción social de la realidad carcelaria. PUCP, Fondo Editorial, Lima, 2000

4 Proyecto del plan nacional de tratamiento penitenciario (2003):
"ASPECTOS GENERALES

...
II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Dentro de las alternativas y opciones posibles a problema

penitenciario consideramos pertinente evaluar la viabilidad de la concesión de algunos establecimientos penitenciarios al sector privado, a partir de la experiencia de otros países, en esta materia"

5 Beristain, Antonio. *El delincuente en la democracia.* Editorial Universidad, Buenos Aires, 1985

"La justicia... social exige que la comunidad ayude al delincuente a recobrar lo que él perdió... al delinquir: su libertad, su integración en la sociedad. Por razones semejantes la comunidad ayuda a los enfermos en los hospitales a recobrar su salud aunque hayan contraído la enfermedad voluntariamente..."



3. EL DISCURSO Y LA LEY IMPORTADOS OSCURECEN LA REALIDAD

No se tome a mal esta invectiva, porque también soy abogado, hace bastantes años, más de 23, y es precisamente por esto, que la experiencia me ha enseñado que ninguna innovación técnico dogmática, introducida normativamente en el área del derecho penal material, procesal, cautelar o de ejecución punitiva, puede generar siquiera una inicial superación de inercia propia de la crisis si se elabora de espaldas a la realidad, desconectada de ella. La época en que se cambiaban las reglas punitivas o procesales penales porque estaba de moda hacerlo en Alemania o España, ha sido desnudada en toda su orfandad desde la fecha en que el maestro José Hurtado Pozo⁶ evidenció las graves y trágicas consecuencias producidas por el fenómeno de la ley importada, impuesta en nuestras tierras sin el menor cuestionamiento y desvinculada de las necesidades propias del país.

Ingenuidad u oculto interés, es lo que explica por qué tanto se promueve la carrera simiesca de copiar el modelo de normatividad europeo continental, sin reconocer que ella misma es la resultante de un abordaje jurídico de peculiares realidades socio económicas, marcadamente distantes de la nuestra.

Tal obligación de la sociedad brota no sólo del 'ser' del delincuente y del 'ser' de la sociedad, sino también del 'actuar' de ésta, que casi siempre colabora al delito haciéndose, por tanto, corresponsable de él..." (Páginas 29/30)

6 **Hurtado Pozo, José. La ley "importada". Recepción del derecho penal en el Perú.** CedyS, Lima, 1979.

"Así como el subdesarrollo -mal entendido como una etapa del camino hacia el pleno desarrollo- y la dependencia impulsan a los gobiernos de países como el nuestro a tratar de disminuir la abismal separación técnica en la industria, mediante la importación de tecnología, también en el dominio jurídico se evidencia este afán de recurrir a la importación de instrumentos técnicos más adecuadas a una realidad deseada que a la actualmente imperante. A esto contribuye la ideología jurídica dominante, uno de cuyos aspectos consiste en propugnar el mejoramiento del ordenamiento jurídico positivo como medio idóneo para resolver los problemas sociales" (Página 90)

7 **Jakobs, Günther. Bases para un teoría funcional del Derecho Penal.** Palestra Editores, Lima, 2000.

"... (E)l Derecho Penal tiene el cometido de mantener la configuración social en cuanto configuración normativa. La pena confirma la identidad social; por lo tanto, no es una 'secuencia irracional de dos males', sino 'respuesta' de la sociedad a la 'manifestación' del autor..."

(E)l funcionalismo jurídico-penal se concibe como aquella teoría según la cual el Derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad.

... Son funciones las prestaciones que mantienen un sistema... Sólo sobre la base de una comprensión comunicativa del delito entendido como afirmación que

Una perspectiva crítica, en cambio, nos permitirá, verbigracia, cuando de las tesis de Jakobs⁷ se trate, afirmar que no hay que perder de vista los graves riesgos que estos planteamientos representan para el respeto de los derechos fundamentales, porque objetivamente ocultan el papel determinante que juega el Poder en la configuración de una específica sociedad, en tanto para la concepción funcionalista aquella es una suerte de rompecabezas donde cada persona resulta ser una pieza, dotada de un determinado rol, que el Derecho debe defender y estabilizar. Esto que en buena medida se ve atemperado en sociedades como Alemania, gracias a la vigencia de un sistema constitucional democrático, donde el respeto por los derechos de las personas se da por descontado, rige y nadie lo discute, sobre todo luego de la Segunda Guerra

Mundial y la derrota del nazismo, de modo alguno puede predicarse en países, como el Perú, sin instituciones, con un desarrollo económico donde campean la informalidad y desocupación, y la pobreza⁸ afecta a más del 54% de la población, cuyos

ingresos no superan los dos dólares diarios. En tal estado de cosas ¿podemos ser tan torpes de creer que las medidas y soluciones requeridas, en el área de lo penal, radican en esas tesis?. ¿No corremos el riesgo que nos ocurra lo que, en su momento, a partir

contradice la norma y de la pena entendida como respuesta que confirma la norma puede hallarse una relación ineludible entre ambas...

La prestación que realiza el Derecho penal consiste en contradecir a su vez la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la sociedad. El Derecho penal confirma, por tanto, la identidad social... la pena... significa una autocomprobación...

(E)l Derecho penal restablece en el plano de la comunicación la vigencia perturbada de la norma cada vez que se lleva a cabo seriamente un procedimiento como consecuencia de una infracción de la norma" (Páginas 17, 19, 20, 21).

El sistema funcionalista del Derecho penal. Ponencias presentadas en el II Curso Internacional de Derecho penal (Lima, 29, 31 de agosto y 01 de septiembre de 2000), Grijley, Lima, 2000.

"... El Derecho es la estructura de la relación entre personas, que a su vez pueden representarse como titulares de determinados roles; la determinación del comportamiento no permitido a través de institutos de la así llamada teoría de la imputación objetiva... obliga, al tener en cuenta el contexto social, a determinar un rol social incluso para los deberes negativos... La teoría del Derecho penal como protección de la vigencia de la norma demuestra su validez especialmente en la teoría de los fines de la pena: el hecho es una lesión de la vigencia de la norma, la pena es su eliminación". (Páginas 59/60)

8 Según el Jefe del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), Farid Matuk, la Encuesta Nacional de Hogares (ENAH) 2002, arroja que el **54.3% de peruanos está bajo el umbral de la pobreza y el 23.9% del de la extrema pobreza** (Vid. El Peruano, 23.9.2003, página 14)

de 1821, les sucedió a los Libertadores, que, pese a invocar el discurso democrático⁹, no fueron capaces de acabar con la semi - feudalidad o las relaciones de servidumbre en el campo, dejando caer la República en manos de los caudillos militares y la plutocracia racista, que siempre se dio maña para encubrir sus propósitos egoístas tras numerosas constituciones “liberales”?

Hay que sincerar el discurso jurídico, empezar a mirar sin temor la realidad, dejar las engañosas anteojeras de la normatividad.

4. DEL DESBORDE PUNITIVO A LA OSCILACIÓN ENTRE LA SEGURIDAD Y LOS DERECHOS, EN EL MARCO DE UNA POLÍTICA DIRIGIDA A MANIPULAR LA JUSTICIA

El otro o segundo ejemplo de teorización infructuosa está referido al manoseado planteamiento de “Reforma Judicial”. La crisis crónica del servicio nos acompaña desde hace muchos años. Recuerdo que cuando ingresé a San Marcos, a fines de la década de los 60, ya se debatía sobre este asunto y también se proponían urgentes reformas, sin dejar de mencionar la imposición de

leyes instauradoras de un abierto intervencionismo gubernamental y de los consiguientes ceses de magistrados por caprichosas razones, como la alusiva a un cierto límite de edad. Aún no se había creado la CERIAJUS, pero operaban esquemas y organismos semejantes. Hoy, en pleno Siglo XXI, se sigue oyendo el aburrido y hueco discurso sobre la crisis judicial. Con el tiempo, entonces, la crisis ha dejado de ser algo extraordinario o excepcional para pasar a ocupar el puesto de lo normal u ordinario, presentándose una situación como aquella que estigmatizó el gran poeta Martín Adán cuando fue informado que nuevamente se había producido un golpe de Estado y contestar a su interlocutor con estas irónicas palabras: “volvimos a la normalidad”.

¿Por qué, no obstante ser notoria la cronicidad de la crisis judicial, no atinamos a salir de ella, o, por lo menos, empezamos a liberarnos de tan indigno lastre? La respuesta radica en que no vemos y menos atendemos el verdadero origen de la crisis. Otra vez, enceguecidos por la perspectiva jurídica, siempre de espaldas a la realidad, nos perdemos en lo técnico, dogmático y normativo, como si ahí residiera la clave del problema.

9 Basadre, Jorge. Historia de la República del Perú 1822 – 1933. Sétima edición, corregida y aumentada, Tomo I, Editorial Universitaria, Lima, 1983.

“LAS BASES” DE LA CONSTITUCIÓN... El Congreso dio los golpes finales a la ilusión monarquista. El 22 de noviembre de 1822, desautorizó a los comisionados... enviados por San Martín a Europa en pos de un rey para el Perú. Poco después aprobó las ‘Bases de la Constitución Política’. Fueron ellas juradas el 19 de diciembre de 1822 y constan en veinticuatro artículos... La soberanía residía, esencialmente, en la Nación; debía ser ella independiente de la monarquía española y de toda dominación extranjera y no podía ser patrimonio de ninguna persona o familia. El gobierno se establecía dentro de los principios populares representativos... Todos los ciudadanos debían concurrir a la elección de sus representantes... La Constitución protegía: la libertad de los ciudadanos, la libertad de imprenta, la seguridad personal y del domicilio, la inviolabilidad de la propiedad, el secreto de las cartas, la igualdad ante la ley para el premio o el castigo... el derecho de presenta o debía ser... uno y no combatir contra sí mismo...

El Poder Ejecutivo nunca sería vitalicio y menos aún hereditario... (los que lo ejerzan) serían responsables insolidum... Un Senado elegido por las provincias velaría sobre la observancia de la Constitución y las leyes y sobre la conducta de los magistrados y ciudadanos...

El Poder Judicial... sería independiente, con magistrados inamovibles y vitalicios. En las causas criminales, el juzgamiento tendría carácter público, el hecho necesitaría ser reconocido y declarado por los jurados y la ley aplicada por los jueces... (Páginas 12 y 13, negritas nuestras).

Mariátegui, José Carlos. 7 ensayos de interpretación de la realidad peruana. En : 100 Años. Mariátegui Total, Tomo I, Empresa Editora Amauta, Lima, 1994.

“II. LAS BASES ECONÓMICAS DE LA REPÚBLICA.

Como la primera, la segunda etapa de esta economía arranca de un hecho político y militar. La primera etapa nace de la Conquista. La segunda etapa se inicia con la Independencia. Pero, mientras la Conquista engendra totalmente el proceso de formación de nuestra economía colonial, la Independencia aparece determinada y dominada por ese proceso.

... En los primeros tiempos de la Independencia, la lucha de facciones y jefes militares aparece como una consecuencia de la falta de una burguesía orgánica. En el Perú, la revolución

hallaba menos definidos, más retrasados que en otros pueblos hispanoamericanos, los elementos de un orden liberal burgués. Para que este orden funcionase más o menos embrionariamente tenía que constituirse una clase capitalista vigorosa. Mientras esta clase se organizaba, el poder estaba a merced de los caudillos militares

... La revolución (de la independencia) encontró al Perú retrasado en la formación de su burguesía: Los elementos de una economía capitalista eran en nuestro país más embrionarios que en otros países de América donde la revolución contó con una burguesía menos larvada, menos incipientes.

Si la revolución hubiese sido un movimiento de las masas indígenas o hubiese representado sus reivindicaciones, habría tenido una fisonomía agrarista.

Pero para que la revolución demo-liberal haya tenido estos efectos, dos premisas han sido necesarias: la existencia de una burguesía consciente de los fines y los intereses de su acción y la existencia de un estado de ánimo revolucionario en la clase campesina y, sobre todo, su reivindicación del derecho a la tierra en términos incompatibles con el poder de la aristocracia terrateniente...

(La independencia) se inspiraba en el ideario liberal... no podía prescindir de principios que consideraban existentes reivindicaciones agrarias, fundadas en la necesidad práctica y en la justicia teórica de liberar el dominio de la tierra de las trabas feudales. La República insertó en su estatuto estos principios. El Perú no tenía una clase burguesa que los aplicase en armonía con sus intereses económicos y su doctrina política y jurídica.

Por esto, la política de desvinculación de la propiedad agraria, impuesta por los fundamentos políticos de la República, no atacó al latifundio. Y (si) a la ‘comunidad’ (campesina).

Se inauguró... un régimen que, cualesquiera que fuesen sus principios, empeoraba... la condición de los indígenas en vez de mejorarla. Y esto no era culpa del ideario que inspiraba la nueva política y que, rectamente aplicado, debía haber dado fin al dominio feudal de la tierra convirtiendo a los indígenas en pequeños propietarios.

La nueva política... (c)omprendía un conjunto de medidas que significaban la emancipación del indígena como siervo. Pero como, de otro lado, dejaba intactos el poder y la fuerza de la propiedad feudal, invalidaba sus propias medidas de protección de la pequeña propiedad y del trabajador de la tierra.



Lo precedente viene a cuento porque hace varios meses despliegan su trabajo sendas comisiones, una en el Congreso de la República para reformar el Código Penal, y, otra en el Ministerio de Justicia para hacer lo propio con el Código Procesal Penal¹⁰. Al respecto es legítimo inquirir: ¿Se estarán perfilando los nuevos códigos según las grandes pautas de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y de la Constitución del 79, sobre todo, en lo que atañe al conjunto de derechos fundamentales y garantías como la de juez natural, instancia plural, publicidad del juicio, presunción de inocencia, libertad como principio rector y detención procesal como excepción, proporcionalidad y razonabilidad como criterios reguladores de las medidas cautelares, tipicidad a partir de ley cierta y exacta, pena con fin resocializador?¹¹ ¿Se habrá emprendido la labor de reforma de los códigos con auténtica vocación garantizadora o más bien con espíritu contemporizador o de transacción con la orientación autoritaria que cada día más se fortalece bajo el llamativo y engañoso discurso de “seguridad ciudadana”, caracterizado por los reclamos de “tolerancia cero”, acumulación de penas, patrullaje policíaco intensivo, promoción desbocada de la sospecha e imposición en las calles de la paz de cementerio?¹².

5. LA REFORMA DE LOS CÓDIGOS

¿Qué se traen entre manos los reformadores?. Ha trascendido que en el área penal material (delitos y penas) se ha acordado rebajar la edad de imputabilidad de 18 a 16 años; así mismo, se

La aristocracia terrateniente, si no sus privilegios de principio, conservaba sus posiciones de hecho. Seguía siendo en el Perú la clase dominante... La abolición de la servidumbre no pasaba, por esto, de ser una declaración teórica. Porque la revolución no había tocado el latifundio... (Páginas 8, 11, 31. Negritas nuestras)

Haya de la Torre, Víctor Raúl. Obras Completas 1, Librería - Editorial Juan Mejía Baca, Lima, 1984

“(Con la conquista) El Perú serrano vino a menos. Fue campo de explotación, lugar de esclavitud. Ahí imperó el feudalismo que importó España... El indio que había vivido en la gran comunidad de su imperio, fue de pronto convertido en esclavo. Millones de esos seres murieron en los huecos de las minas que había de dar el oro a los señores insaciables. La colonia no tuvo piedad para con ellos: los despreció, les robó y les asesinó... Cuando en la costa no se pudo obligar al indio de la sierra a trabajar, bajo el sol implacable de los valles hondos, se importó al negro. Pero el indio siguió siendo el esclavo del blanco, y lo singular, en el Perú, es que esa esclavitud continúa. **La independencia fue para nosotros un movimiento engañoso...**” (Páginas 61/62)

“Ingenieros dice: ‘la necesidad de la emancipación económica determinó a ciertos grupos a luchar por su emancipación política para dejar de ser una clase económicamente inferior respecto de la constituida por los peninsulares. Estas necesidades fundamentales encontraron una bandera doctrinaria en las ideas difundidas por los fisiócratas y los enciclopedistas que algún camino habían hecho en España durante el reinado liberal de Carlos III

comenta que se ha admitido criminalizar también comportamientos que no suscitan peligro concreto o abstracto, sino una suerte de estado de peligro remoto, con lo que el preventivismo y la reacción frente a hechos que no necesariamente son dañosos o peligrosos para bienes jurídicos de primer nivel, quedan mañosamente justificados. Otro tanto parece que está ocurriendo con la desaparición de las diferencias entre tentativa y consumación y entre los delitos de resultado lesivo y los de mera actividad. En suma todo indica que marchamos a la instauración de un sistema punitivo de reacción temprana, adelantada, sin lesión o, por lo menos, riesgo trascendente de ella.

Si a lo dicho se agrega el significado de los recientes proyectos de ley del Poder Ejecutivo sobre incremento de penas para el delito de secuestro extorsivo y refuerzo de la mal llamada pena de cadena perpetua, con su incierto mínimo de 35 años, a partir del cual el condenado recién podrá intentar la excarcelación, mediante pedidos sucesivos y anuales, hasta el momento inmediato anterior a su muerte, en caso de denegación¹³; tendremos el cuadro completo de un discurso formalmente reformador que cede ante el esquema coyuntural basado en la intimidación que declara “guerra total a la criminalidad”

En lo procesal la reforma también presenta aristas muy interesantes. El código que se proyecta ya cuenta con más de 500 artículos. ¿Es razonable pergeñar tan intrincado ingenio, si democráticamente se considera que es el pueblo, y no sólo los abogados, quién debe tener la posibilidad de conocer cómo opera el proceso penal, tanto más si en ello, muchas veces, le va la libertad?.

Es así como florece la paradoja del injerto de la ideología francesa revolucionaria antifeudal, apuntalando la revolución de la independencia americana desembozadamente latifundista y feudal. Mientras en Europa, en la Francia, los revolucionarios atacaban el latifundio y la gran propiedad, en América en el mismo fraseario, se sostenía ese régimen. Los criollos *aprovecharon* o utilizaron la ideología importada de Francia. La ponían al servicio de sus propios intereses, contrarios al de las castas gobernantes españolas.

El sistema republicano representa la autonomía de los terratenientes de la corona española, de los gamonales... subsistiendo en el fondo... el régimen feudal heredado de España. Lo único que cambia son los nombres... La esencia de las instituciones no varía. Se prolonga la gran paradoja de la ideología francesa antilatifundista, en organizaciones feudales. Se yuxtaponen sistemas políticos, así como la raza blanca se yuxtaponen a la india sin conseguir amalgamarse con ella profundamente. Y sin darnos cuenta de la ironía que encierra superponer el gorro frigio de la democracia francesa al indio con sarape o con poncho, símbolos de su atraso y explotación, nos ufamamos de haber alcanzado la igualdad, la fraternidad, la libertad... (Páginas 116, 168, 169. Negritas nuestras).

10 Vid Leyes 27421 y 27837 y DS. 005-2003-JUS.

11 Vid. la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. a:12 Vid Ley 27933

13 Vid. el D. Leg. 921

Como dato curioso informamos que los reformadores, olvidando nuestra tradición al respecto y el entorno en que la normatividad procesal opera, han decidido que la justicia penal no sea gratuita y se establezca el instituto de las costas, como en el proceso civil. Suena paradójico, por no decir irónico, hablar de costas en un país de carenciados, donde la delincuencia más frecuente es la que ocurre entre pobres. Es en ese marco que se pasará la factura a los litigantes, con el siempre socorrido argumento que en derecho comparado esto no es novedad, como si la realidad de los pueblos fuese intercambiable a través de astrosos o sofisticados códigos.

El proyecto rituario, entre otras innovaciones, en la fase terminal de impugnación, admite la condena del absuelto¹⁴, mientras que en la etapa inicial de pesquisa instituye el bloqueo de calles para intervenir policialmente a las personas y conducir las a la comisaría del sector con fines de identificación; refuerza la video-vigilancia, las injerencias corporales como la extracción de muestras de piel, cabellos, sangre, orina; con propósito de indagación; modifica el significado del arresto domiciliario extrayéndolo del rubro atinente a la comparecencia y colocándolo bajo la sombrilla de la detención preventiva.

¿Por qué plantean esto nuestros abogados reformadores? Porque creen en el discurso que proclama que en las calles del Perú reina la ley de la selva y que al crimen que se desborda hay que ponerle coto ya, como mejor se pueda.

Sin revisar detenidamente las estadísticas y percatarse que nuestra tasa de delitos violentos (homicidios, robos agravados y secuestros) es ostensiblemente menor a la de Río de Janeiro, Caracas, Bogotá o Ciudad de México; impresionados por la idea que los medios difunden irresponsablemente, en el sentido que la inseguridad nos está sofocando y urge reaccionar con severidad; desubicados por los esfuerzos gubernativos de elevar su pobre aceptación propagando una supuesta firmeza ante el crimen, que siempre cosecha algunos réditos; y encandilados con las propuestas a lo Bratton¹⁵ de “tolerancia cero”, nuestros

14 Circunstancia actualmente imposible según el artículo 301 del C. de PP.

reformadores han creído llegada la hora de aligerar su garantismo, machacón y “utópico”, para apostar por el eficientismo, siempre más grato a los oídos del poder.

Las campañas mediáticas en torno a los secuestros o las combis discoteca que se dice ponen en grave peligro la “moral” de los menores, no se montan por gusto, responden a la estrategia gubernamental de acumular fuerzas para intervenir, cuando la oportunidad se ofrezca, el Poder Judicial y para endurecer las normas penales y procesales penales consideradas demasiado blandas.

6. EL ENDURECIMIENTO PUNITIVO

Del desborde punitivo tenemos varias muestras, señalaremos algunas.

“...todo indica que marchamos a la instauración de un sistema punitivo de reacción temprano, adelantada, sin lesión o, por lo menos, riesgo trascendente a ella...”

La duración máxima de la detención preventiva ha sido elevada de 15 a 18 meses y las causas de duplicación de aquella, referidas a los delitos de terrorismo, espionaje, drogas y procesos complejos, se han incrementado incluyendo los delitos

en agravio del Estado (artículo 137 del CPP, modificado por la Ley 27553).

El plazo de la instrucción ordinaria ha aumentado. El plazo anterior de cuatro meses, prorrogable por 60 días más, ahora puede extenderse a ocho meses, haciendo un total de 14 (artículo 202 del C. de PP. modificado por Ley 27553). Así las cosas, el justiciable termina pagando las consecuencias de la demora del procedimiento. En lógica autoritaria si los jueces no pueden terminar sus investigaciones en seis meses, entonces, la salida más sencilla es convencer a los legisladores para que voten un dispositivo que les conceda ocho meses más, aunque esto colisione con el derecho fundamental, previsto en los convenios internacionales sobre derechos humanos, que indica que la situación de toda persona sometida a proceso debe resolverse en tiempo razonable, sin dilaciones indebidas.

Hasta la publicación de la Ley 27994, concluida la instrucción debían emitirse los dictámenes finales de fondo del Fiscal Provincial y del Juez Penal, acerca de la existencia o no de delito

15 The Bratton Group LLC, Seguridad Ciudadana. Documento Síntesis. Plan de Acción para la ciudad de Lima – Perú. Julio 2002. Municipalidad Metropolitana de Lima. www.munlima.gob.pe/bratton.htm



y de la responsabilidad del inculpado (artículos 198 y 199 del C. de PP). Hoy esto ha sido desterrado para dar paso a dictámenes meramente enumerativos, circunscritos a un intrascendente índice de diligencias.

El Estado, tras la justificación que le presta la necesidad de investigar y combatir el delito, ha puesto en vigor la Ley 27697, o de intervención de las comunicaciones, incluida la telefónica y análogas, para averiguar qué es lo que conversan las personas, pero sin establecer firmes criterios limitativos que eviten los excesos, como puede apreciarse en el derecho comparado. Por el contrario, en el Perú, si durante la interceptación telefónica se detectan indicios de delitos diferentes a los que la motivaron, dicha información puede ser utilizada para abrir nuevas investigaciones. Nada se dice tampoco sobre la prohibición de intervenir las comunicaciones entre defensor y cliente, extremo que la doctrina repele unánimemente. Mucho menos se menciona el vital rol que juega el Juez en el control de una medida de injerencia tan directa; tampoco se refieren los impedimentos de grabar aquellas partes de la conversación que atañan asuntos de la intimidad personal o familiar, y menos se explicita el criterio que estas intervenciones sólo son admisibles luego que las ordinarias no han dado resultado positivo en la pesquisa, pues se trata de instrumentos a los que debe recurrirse en casos muy graves y extremos. No se trata, en consecuencia, de tirar una enorme red para ver cuantos peces caen, de poner bajo sospecha a miles para atrapar a unos cuantos individuos.

En junio de 2001, el gobierno de transición, mediante la Ley 27472 redujo las desproporcionadas penas instituidas por el D. Leg. 896 para los mal llamados “delitos agravados”; entre ellas, la cadena perpetua en los casos de violación sexual de menores de 14 años. Ante esto la reacción de los medios de comunicación fue tan adversa y deformadora, al extremo de advertir a las madres cuiden sus hijos porque las puertas de las cárceles se abrían de par en par para los violadores, que el Congreso, asustadísimo, reestableció la cadena perpetua, tan cara a Fujimori y sus asesores, en poco más de 30 días, con la Ley 27507, de 13 de julio del referido año. Tamaña oscilación legiferante muestra el perfil de los legisladores, prestos a variar de posición conforme las tendencias de la “opinión pública”.

Visto lo precedente, no tiene porque extrañarnos que en nuestro país carezcamos de criterio científico para estructurar el indispensable orden normativo.

7. EL PROCESO PENAL NO ES UN AMASIO DE TRÁMITES

Para superar la grave deficiencia detectada, toda las veces que nos ocupemos de asuntos procesales penales, será menester apartarse de la reducida visión técnico-dogmática que, con mayores o menores contorsiones teorizantes, se dedica a analizar o presentar el proceso como si se tratase de un conjunto o amasijo de trámites o secuencias.

Nunca como hoy es tan importante rechazar el argumento que afirma que conociendo el trámite se conoce ya el proceso y que quien domina el “teje y maneje” del trámite es un gran procesalista. El proceso penal no merece tan miserable destino, hay que rescatarlo para asignarle su verdadero papel de mecanismo de resolución de conflictos que se suscitan en la sociedad a partir del presunto acaecimiento de un hecho delictuoso que lesiona o pone en peligro bienes jurídicos de primer nivel.

El proceso penal responde a una necesidad social que no se satisface con la esquematización de ciertos pasos rituales o burocráticos. Si fuera eso, si se redujese al trámite, entonces el más antiguo de los secretarios de juzgado, encallecido por la práctica rutinaria, sería Calamandrei o Carnelutti.

En confirmación de lo afirmado, nos permitimos invocar algunos ejemplos que demuestran lo estéril que resulta la visión tramitadora del proceso penal para la solución de casos procesales complejos.

Veamos, qué diría ese hipotético secretario práctico si le anunciamos que nuestro patrocinado no va a prestar declaración inductiva, que va a guardar silencio. Probablemente se salga de sus casillas y nos diga: muy molesto: “¿para qué cree, entonces, que ha sido citado?”. Es posible que apenas nos descuidemos susurre al imputado: “tu defensor ignora las reglas básicas del proceso, sus consejos te arruinarán”. Apréciense como esta rústica mente no alcanza a comprender que lo que está en juego es el ejercicio de un derecho fundamental, cubierto por el paraguas del debido proceso, previsto en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y hasta en nuestra Ley de Hábeas Corpus y Amparo¹⁶, toda vez que nadie puede ser compelido a declarar en causa penal contra sí mismo o sus familiares o reconocer responsabilidad.

Un empírico, secretario o magistrado, ante un caso como el referido creerá que la solución reside en la larga lista de preguntas a la que el procesado responde callando. Queda claro, en consecuencia, que ni siquiera la modificación del artículo 127,

16 PIDCP, artículo 14.3.g. CADH, artículo 8.2.g. LHCA N° 23506, artículo 12.4.

propio de un esquema mixto, predominantemente inquisitivo, esto es, autoritario, ha dado en el clavo, ya que eliminar la explícita referencia al silencio como indicio de culpabilidad no es suficiente si se mantiene lo demás del texto de la norma. Una auténtica solución al problema exigiría seguir las disposiciones del CPP 1991 (artículo 121. Versiones de 1995 y 1997, artículo 68), que al respecto enseñan que es derecho de todo imputado abstenerse de declarar y que hacerlo saber es obligación de toda autoridad que lo someta a investigación o proceso.

Para que se vea que este asunto de las declaraciones o del silencio del imputado puede complicarse bastante más, traigo a colación el caso de un sujeto que sin estar comprendido en una instrucción es mencionado como coautor por quien si lo está, motivando que el Juez de la causa lo cite para rendir testimonial. ¿Cómo debe proceder el Juez?. ¿Será correcto que examine al sujeto bajo las formalidades del testimonio, es decir, previo juramento y sin advertirle que las preguntas girarán en torno a un hecho que lo involucra?. ¿Puede admitirse que el citado concurra asistido por un defensor, si es común afirmar en el foro que un testigo, por ser ajeno a la causa, no tiene necesidad de patrocinador?. ¿Qué hacer?. Aquí el trámite no nos dice nada, sólo una visión democrática y por ello constitucional del derecho penal aporta la irrefutable respuesta: Encartado o no, sujeto a proceso formal o no, a nadie se lo puede interrogar sobre cargos criminales que pesan en su contra sin advertirle de tal situación y su consiguiente derecho a guardar silencio. Respetar esta exigencia, propia de sistemas que se rigen por los estándares mínimos del debido proceso no es una muestra de debilidad frente al delito y los delincuentes, sino un acto de consecuencia con el principio de la presunción de inocencia, tanto más urgente de proteger en épocas como las de hogaño, en las cuales la siniestra “colaboración eficaz” hace de falsos arrepentidos agentes estelares de la delación al servicio del Estado y sus regímenes de turno.

Según queda dicho los problemas procesales penales no se resuelven a través de los trámites sino gracias a un abordaje constitucional de los mismos. Esto es así porque atender un conflicto nacido del delito no es igual a seguir la secuencia administrativa que permite agenciarse una licencia

municipal de funcionamiento. De por medio existen pretensiones tremendamente complejas, una, la punitiva, la del Fiscal que en su momento podrá plasmarse bajo la forma de acusación, y, otra, la del imputado y su defensor, encarrilada a resistirse ante la primera para evitar que el derecho fundamental a la libertad sea afectado o lograr que su lesión sea mínima. Dos pretensiones irreconciliables, en conflicto, que sólo un tercero neutral e imparcial resuelva mediante un fallo de condena o absolución, en el marco de un juicio público y oral.

Otro ejemplo de problemática procesal penal a resolver es el alusivo a la defensa de los ausentes. Según el artículo 205 del C. de PP, es el Juez quien designa al defensor de oficio de estos procesados. Muy bien, preguntémosnos qué ocurriría si luego de la nominación judicial se persona a instancia un

abogado de elección, privado, para ocuparse de la defensa del ausente. El magistrado empírico, encadenado por el trámite, argüirá que este letrado no puede intervenir en la causa porque ya actúa el de oficio, designado por su despacho. ¿Qué abogado excluye al otro?. ¿Debe quedar en

“...Según queda dicho los problemas procesales penales no se resuelven a través de los trámites sino gracias a un abordaje constitucional de los mismos...”

el procedimiento el de oficio o el de elección?. Si nos atenemos a la previsión rituarial diríamos, con el empírico, que el de oficio, pero si adoptamos una postura constitucional no habrá duda que el abogado de elección es a quien corresponde intervenir excluyentemente. A nadie puede ocurrírsele, a riesgo de incurrir en burdo error, interpretar el inciso 14 del artículo 139 de la Constitución, referido al principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso, como una norma que contrapone la defensa de oficio a la defensa de elección y no en su cabal sentido complementario cuando falta la segunda.

Tratándose del derecho a la defensa, interesa preguntarse también por qué los operadores oficiales de la justicia tienden a impedir el acceso del imputado o su defensor a los actuados de la investigación; situación que encuentra prototípica evidencia en la cerrada negativa a facilitar el expediente en tanto el inculcado no haya rendido instructiva. El argumento que dice que con ello se aseguran los fines del proceso y se evita la elaboración de coartadas, es de una cepa autoritaria que no admite excusa. Si lo que se busca es convertir la declaración instructiva en una manifestación no de descargo sino en la oportunidad para una celada que haga fluir las contradicciones del imputado, entonces habremos hecho del secreto ilegal de los



actuados la herramienta más siniestra para perseguir el delito a cualquier costo y habremos reducido la defensa técnica al papel de comparsa del abuso. Parece increíble que a estas alturas de la evolución procesal el secreto de la Inquisición tenga tantos encendidos seguidores. Esto no debe llamarnos la atención pues en este campo hasta el Tribunal Constitucional ha errado. Basta leer su sentencia, publicada el 21 de Julio de 2002 en El Peruano que dice:

“Sobre la aplicación del artículo 73 del C. de PP., dicho artículo tiene por objeto evitar que cualquier persona que no tenga relación con el proceso tome conocimiento de los hechos allí investigados e interfiera con el desarrollo de la instrucción, no siendo aplicable tal reserva al inculpado, para permitirle ejercer su derecho de defensa, siempre que previamente éste haya rendido su declaración instructiva...”¹⁷

8. MEDIDAS CAUTELARES O ANTICIPO DE CONDENA

Si se incurre en cosas absurdas como éstas, no es impropio esperar que en el terreno de las medidas cautelares también se deje ver el rabillo de la crisis, caracterizada por la más persistente ofensa de los derechos fundamentales, tan apreciada por la cultura judicial inquisitiva que tiene aún pendiente la asignatura constitucional y que en la práctica se ufana de imponer las medidas coercitivas como condenas anticipadas o adelantos de sanción.

Qué crítica puede merecer esto, dirá el empírico, si todos los medios de comunicación se rigen por esta concepción. Por último, no es la prensa la que decide a quién le corresponde la etiqueta de criminal y desde qué momento debe estar detenido, pues su libertad representaría abierta impunidad.

Ni el empírico ni los medios amarillentos entenderán que mientras un ser humano no sea procesado y encontrado culpable debe reputarse inocente, que corresponde al Estado mediante el Ministerio Público desvirtuar la presunción de inocencia y que en el ínterin podrá privárselo de libertad sólo cuando ello resulte necesario e ineludible, no porque convenga adelantarle la sanción o condena, sino de modo instrumental para superar el peligro procesal de fuga o entorpecimiento de la actividad probatoria.

El peligro procesal, desde luego, no se configura por el hecho de afirmar en una resolución judicial que existe, sino en la medida que tal providencia recoja datos o evidencias que acrediten,

por ejemplo, que el imputado, desatiende las citaciones de la investigación preliminar, deja intempestivamente su domicilio, viaja de improviso al interior del país o extranjero, que abandona sin justificación su trabajo. Otro tanto ocurrirá si se establece que ha amenazado o corrompido a los testigos o busca alterar o destruir las fuentes de prueba. En estos supuestos de peligro de fuga o entorpecimiento de la actividad probatoria, a que se refiere el artículo 135 del CPP, es que el Juez puede despachar un mandato de detención preventiva o procesal no en calidad de condena anticipada, sino de medida instrumental dirigida a salvar los fines inmediatos y mediatos del proceso.

No se trata, según se ve, de llenar las cárceles para que alguien aumente su fama de Juez “severo” o inflexible, que aspira ver reflejada en las páginas de un periódico, sino de regirse puntualmente por los siempre justos criterios de razonabilidad y proporcionalidad contemplados en el artículo 200 de la Constitución, cuando haya que limitar o restringir derechos fundamentales, como la libertad del procesado. Hacer lo contrario es enormemente grave y bien podría ser calificado de secuestro.

No entender que las medidas cautelares, de coerción, en especial las personales, se rigen por la libertad como regla y la detención como excepción, es una de las más notables desgracias que exhibe el servicio de justicia penal. Cuando el operador olvida que la detención es el último recurso y que los fines del proceso pueden ser bien servidos mediante la adopción de otras medidas cautelares como la comparecencia, simple o con restricciones complementarias (artículo 143 del CPP), entonces muy poco nos habremos alejado de la barbarie procesal penal.

¿Pero por qué pasa esto?. Porque el Estado siempre ha mantenido una política de desprecio por la libertad de sus ciudadanos, porque su orientación liberticida es funcional a la perpetuación de un sistema económico social discriminador que ensancha la brecha entre poseedores y desposeídos.

Según recientes estadísticas del INPE en nuestro país padecen en cárcel casi 28,000 internos, de los cuales aproximadamente 18,000 son procesados, es decir, no condenados, sino sujetos a detención preventiva. En esto no es posible hallar la menor justificación a la indiferencia de los jueces por el estado de incertidumbre e indefinición de la situación procesal de los reos, que en cárcel han perdido la dignidad humana hasta reducirse al estado de entes apiñados en un maloliente depósito.

17 Expediente N° 1512-2001-HC/TC

No se piense, sin embargo, que el desprecio por la libertad es privativo de lo judicial. Todo lo contrario, donde se muestra más chocante es en la operatoria policial. Pruebas al canto. Según cuadros publicados en la Revista Electrónica de la PNP¹⁸, durante el primer trimestre de 2003; fueron detenidos 2,698 ciudadanos en intervenciones antidroga; de ellos 2,204 lo fueron por consumo, que como todos sabemos no constituye delito, pues el artículo 296 del CP reprime la posesión de droga ilegal siempre que tenga por finalidad el tráfico. Alguien puede explicar cómo es posible se detenga a más de dos mil personas para terminar reduciendo la imputación delictuosa a poco más de 400. Una vez más, lanzar la red y capturar a todos los que se pueda aunque finalmente nos quedemos con unos pocos peces. ¿Quién responde por esto? Nadie. El policía piensa que hizo bien, que sus numerosos operativos y abultado record de detenidos son, por el contrario, muestra de eficiencia. El Ministerio Público guarda

silencio ante esta masiva infracción del derecho fundamental a la libertad, intervenido fuera de los casos de flagrancia delictuosa o mandamiento judicial.

Finalmente, el panorama pesimista que acabamos de presentar no debe detenernos en el empeño de combatir el desborde punitivo y el mal uso de las medidas cautelares. Al revés, porque la escena se presenta tan atroz es que estamos en la obligación de insistir en encadenar al Estado. Para esto hay que interpretar los problemas jurídicos siempre desde la realidad, sin renunciar a la argumentación doctrinal y teórica pero inspirada en el derecho constitucional y de los derechos humanos. En épocas de preventivismo a ultranza, siempre será atinado elevar la voz de la cordura garantista penal, no hacerlo es dejar camino libre a la imposición de la fuerza estatal, desnuda unas veces, recubierta de discurso otras. 

18 Vid. www.pnp.gob.pe/revistaelectronica