
*Análisis de la Problemática Procesal Penal Peruana Desde una Perspectiva Garantista y las Respuestas del Nuevo Código Procesal Penal**

Pablo Talavera Elguera

*Profesor de la Maestría en Derecho Procesal Penal de la Pontificia
Universidad Católica del Perú.*

Vocal Titular de la Corte Superior de Lima

Por:

Fabiola Rojas Remicio

Diego Valverde Fernández

Actualmente, se han sufrido cambios en la legislación que regula el Proceso Penal debido a las coyunturas sociales y políticas que se han presentado en estos últimos años. Esto ha originado grandes conflictos con los principios y garantías del proceso como la “Presunción de Inocencia”, la Publicidad, la Celeridad, la Oralidad y la Contradicción.

En esta oportunidad, el Dr. Pablo Talavera Elguera, destacado especialista en Derecho Procesal Penal y además Presidente de la Sala Nacional de Terrorismo, nos brinda un análisis y reflexiones acerca de los problemas y cambios que sufre el procesal penal en relación a figuras procesales importantes como la Actividad Probatoria, la Parte Civil, los Procesos Sumarios y como tema central las Medidas Coercitivas que han sido objeto de la coyuntura actual. Además, nos hablará acerca de los retos y metas que se propone nuestro Ordenamiento Procesal Penal respecto al ya elaborado y futuro nuevo Código Procesal Penal cuyo principal propósito es romper con la sumarización de los procesos y establecer los juicios orales.

1.- El nuevo Código Procesal Penal (Decreto Legislativo 957), en su art. 253 inc.3 establece que la restricción de un Derecho Fundamental sólo tendrá lugar cuando fuere indispensable, en la medida y por el tiempo estrictamente necesario para prevenir según los casos los riesgos de fuga, de ocultamiento de bienes o de insolvencia sobrevenida, así como para impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad y evitar el peligro de la reiteración delictiva. Con respecto al término de reiteración delictiva, nuestro ordenamiento vigente no adopta dicho criterio. Si entrara en vigencia el nuevo Código Procesal Penal no estaríamos ante un supuesto de presunción de culpabilidad. ¿Cómo es que el nuevo código solucionar este problema para no violar el principio de presunción de inocencia?

P. TALAVERA: Como se sabe, en materia cautelar o medidas limitativas de derecho o medidas de coerción de carácter procesal, sean éstas personales o reales, siempre se verán de alguna manera afectados o restringidos los derechos fundamentales, entre ellos por ejemplo, a la libertad, a ejercer la propiedad libremente,

al trabajo, a la presunción de inocencia, entre otros. Todos sabemos por ejemplo que la prisión preventiva ciertamente afecta la presunción de inocencia, pues para acordar una medida de tal naturaleza se requiere ponderar elementos probatorios que afirmen con probabilidad la responsabilidad del imputado. Por tanto, no es que las medidas cautelares funcionen sobre la base de una presunción de culpabilidad o la violación de la presunción de inocencia, porque cuando se invoca la vulneración de un derecho fundamental, se hace referencia a su contenido esencial, y en ninguno de los supuestos o requisitos de las medidas coercitivas que regula el nuevo Código se desconoce el contenido esencial de la presunción de inocencia.

Ahora, específicamente, en el ejemplo que se plantea, el riesgo de reiteración delictiva, no es lo mismo que reincidencia, porque las medidas cautelares no son un castigo. Por el contrario, las medidas cautelares justamente tienen una finalidad de aseguramiento para una eventual y adecuada ejecución de una resolución de fondo. La evitación del riesgo de reiteración delictiva, constituye una finalidad para la adopción de una medida de coerción procesal, como es la suspensión preventiva

* Entrevista realizada el mes de noviembre del 2005.



de derechos, ahora prevista en el artículo 297 inciso 2 literal b), que prevé la posibilidad de suspender el ejercicio de una profesión o una actividad comercial o industrial que implique el continuar cometiendo delitos de la misma clase por el que se le procesa a un imputado.

2.- El Tribunal Constitucional, en su sentencia, declaró inconstitucional la Ley que modificó el art. 47 del Código Penal la cual equipara el arresto domiciliario con la prisión preventiva. ¿Considera usted que esta decisión se encuentra sustentada en el sistema jurídico o sólo correspondió a una decisión motivada por la coyuntura política y en contra de la salida de los beneficiados directos?

P. TALAVERA: Si tenemos en cuenta que cuando emitió su sentencia el Tribunal Constitucional, ya la ley cuestionada por su inconstitucionalidad había sido derogada, es de entenderse que dicho tribunal se pronunció sobre los efectos de la misma, no obstante, en la práctica se dejó una sensación como que el Tribunal Constitucional hubiera actuado en aplicación de la salud pública del Estado, antes que como un órgano de estricto control jurídico constitucional. Respeto y acato el fallo del máximo tribunal, peor no comparto algunas de sus argumentaciones o fundamentos, como aquella que se refiere a la no retroactividad benigna de leyes inconstitucionales, en la medida que contraviene la doctrina expuesta en la Sentencia del 3 de enero de 2003 que declaró la inconstitucionalidad de los Decretos Leyes que regulaban el delito de traición a la patria, respecto a la vigencia de los procesos inconstitucionales tramitados y sentenciados en el Fuero Militar, cuando éstos eran favorables a los procesados o sentenciados. Por lo demás, sobre la detención domiciliaria, me ratifico en todo lo previsto en el nuevo Código Procesal Penal sobre dicho instituto, que la configura como sustitutiva a la prisión preventiva, y en consecuencia, absolutamente justificado que se produzca el descuento por el tiempo en que el imputado estuvo sometido a detención domiciliaria. El artículo 290 del código establece que solamente se puede utilizar esta medida de detención domiciliaria para casos de mujeres embarazadas, personas mayores de 65 años, personas gravemente enfermas, con enfermedades que imposibilitan que pueda ser ingresada a una prisión. Se trata pues de una utilización restrictiva de la detención domiciliaria.

3.- Con respecto a la prisión preventiva, nuestro Código Procesal Penal Vigente y el nuevo Código Procesal Penal (aún no vigente) adoptan los 2 criterios de peligro procesal: Peligro de

fuga y entorpecimiento del proceso. Algunos autores sostienen que sólo se debería adoptar el criterio de peligro de fuga, pues el otro criterio es difícil de demostrarse. ¿Debería o no nuestro código adoptar dicha doctrina? ¿De qué manera los fiscales pueden probar el entorpecimiento del proceso del acusado?

P. TALAVERA: Hay mucha discusión, efectivamente acerca de cuáles pueden ser los razones o fundamentos para que una persona ingrese en prisión, muchos dicen que es el peligro de fuga, otros dicen que es el peligro de obstaculización probatoria, otros hablan incluso de peligro de reiteración delictiva, eso depende de cada realidad. En mi opinión, ello no necesariamente depende de la observancia de grandes principios o conceptos dogmáticos, depende en buena cuenta de la política penal que tenga cada país, y como trabaja en su nivel constitucional el Derecho a la Libertad. Pongamos ejemplos, en Puerto Rico toda persona y por cualquier delito, por grave que sea, tiene derecho a estar en libertad pagando fianza, quiere decir que ese país ha optado por una política en la cual es muy excepcional el ingreso en prisión de una persona, en Italia se ha cuestionado el peligro de fuga, y por tanto se le ponen límites muy puntuales y restrictivos; al igual que al peligro de obstaculización probatoria, pues en este supuesto, la ley procesal italiana impone como límite máximo los cuatro meses o que la actuación probatoria en riesgo se hubiera practicado o se puedan adoptar otras medidas para conjurar el peligro. De modo tal que, si se ha amenazado o intentado comprar a un testigo, entonces lo que se busca es evitar que se produzcan tales comportamientos, lo que se logra con medidas de protección a testigos y si ello no es posible por la gravedad del peligro, la prisión preventiva sólo se pueda acordar por el tiempo necesario para asegurar y actuar la prueba. Se aprecia entonces, una renovación de las ideas, de los conceptos en materia cautelar, pues no es pacífica la asunción de criterios con base a los cuales se pueda adoptar la prisión preventiva, y entre otras el riesgo de obstaculización de la actividad probatoria. En cuanto a la dificultad probatoria, es de destacarse que al igual que los delitos perpetrados por organizaciones delictivas siempre entraña complejidad, pero ello no debe ser óbice para abandonar dicho criterio de peligro procesal, así por ejemplo, ha sido de conocimiento público en este año que a un testigo presencial de un hecho vinculado a graves violaciones de derechos humanos ha sido víctima de hasta dos atentados con arma de fuego, y ese es un claro supuesto de perturbación probatoria, en la medida que debe comparecer a testificar en su oportunidad al juicio.

4.- El marco normativo actual establece el plazo de prisión preventiva (9 meses en los procesos sumarios y 18 meses en los procesos ordinarios) con posibilidad de duplicar y prolongar la misma. En cambio, en el arresto domiciliario, no se señala un plazo máximo de detención. A esto se le suma la demora que concurre el proceso. ¿Esto quiere decir que pueden transcurrir más de 2 años estando una persona detenida en su domicilio? ¿Cómo el Poder judicial soluciona este problema para no violar la garantía de ser juzgado en un plazo razonable?

P. TALAVERA: Sobre este tema el Tribunal Constitucional ha señalado en diversas sentencias que una medida restrictiva de derechos fundamentales como lo es el arresto domiciliario, no puede ser ilimitada en su duración. Por otro lado, en el Pleno Jurisdiccional Nacional Penal realizado en la ciudad de Trujillo el año pasado, se acordó que el plazo de duración máxima del arresto domiciliario no podía sobrepasar el fijado para la detención preventiva.

5.- Las resoluciones que dictan las medidas coercitivas se pueden apelar en un plazo de 3 días. Con respecto a las medidas coercitivas de carácter Real no se sabe desde qué momento se ejecuta y surte efectos. Existen tres posturas: a) desde que son dictadas por el juez; b) desde el momento en que son seleccionados los bienes específicos para ejecutar la medida cautelar; c) desde que son inscritas en los registros públicos. ¿Desde qué momento se pueden apelar las medidas coercitivas de carácter real?

P. TALAVERA: Con el Código actual no hay régimen de recurso de apelación. Uno de los grandes problemas que tiene nuestro código procesal penal es que no tiene un régimen general de impugnación. No hay normas y preceptos generales, hay normas desperdigadas en cuanto a los recursos, y en materia de embargo por ejemplo, no hay disposición que establezca el recurso. Por ello, se han venido aplicando para las resoluciones de medidas cautelares reales las reglas del Código Procesal Civil. En ese sentido, el recurso de apelación se puede interponer una vez que se haya verificado la medida coercitiva, teniendo en cuenta obviamente la naturaleza o forma de ejecución de la misma.

6.- Un tema importante dentro de la actividad procesal es la actividad probatoria. El Nuevo Código Procesal Penal establece que el Juez sólo podrá excluir las pruebas que no sean pertinentes y prohibidas por la Ley. Asimismo

establece que el Juez no podrá utilizar directa o indirectamente las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. Siguiendo ese razonamiento, ¿Qué podría justificar que si existiese un solo medio probatorio que diera certeza de culpabilidad éste no podría ser admitido y valorado?

P. TALAVERA: El Código Procesal Penal regula sobre la exclusión de las pruebas impertinentes y las prohibidas por la Ley, de modo tal que si se dan cualquiera de esos supuestos y la prueba de cargo es única, sencillamente se tiene que absolver al acusado por insuficiencia de pruebas. ¿Qué es una prueba impertinente? Es aquella que no tiene relación con la imputación o las alegaciones de las partes formalmente introducidas al debate, y por tanto en la fase de proposición de la actividad probatoria es inadmitida. Las que están prohibidas por la Ley y las que hayan sido obtenidas con violación a los Derechos Fundamentales, también deben ser excluidas del acervo probatorio. ¿Qué pasa si ya se incorporaron físicamente al acervo del expediente? En esos casos ya no estamos frente a un supuesto de inadmisión de la prueba ilícita, sino de no utilización o inutilización de aquella prueba obtenida de manera prohibida. Ya se incorporó pero no debe ser objeto de valoración, debe excluirse, entonces para eso se debe analizar si efectivamente hubo o no hubo un quebrantamiento de las normas constitucionales. Si lo hubo, entonces estamos ante la prueba ilícita, la misma que al ser excluida, trae como consecuencia una absolución por insuficiencia de pruebas.

7.- El artículo 55° del Código de Procedimientos Penales nos dice que la forma de constituirse en Parte Civil debe darse por el pedido verbal o escrito al juez instructor. Sin embargo, el artículo 5 del Decreto Legislativo 923 establece que «en casos de delito de terrorismo, el Estado queda constituido en Parte Civil por el sólo mérito del apersonamiento del Procurador respectivo, sin que sea necesaria la previa resolución del Juez para admitir su intervención». Teniendo en cuenta que algunas ejecutorias han decidido que si el agraviado no tiene alguna resolución que lo declare expresamente como parte civil entonces carece de legitimación procesal. ¿Qué opinión le merece al respecto de este artículo?

P. TALAVERA: A mí me parece que hay una sobreprotección por parte del legislador hacia el Estado como Parte Civil, posición de privilegio que en algún



momento se abandonó, y que nuevamente, con ocasión de la coyuntura de los procesos anticorrupción, se ha vuelto al mismo tema. Es un defecto del legislador y genera aquello que aparece en los tribunales, es decir, un trato desigual porque mientras que a las demás partes civiles se les obliga a que tengan que estar constituidas y se le establece una carga, el Estado no tiene dicha carga. ¿Qué quiere decir la carga? quiere decir que si no se realiza determinado acto procesal el agraviado no puede ejercer las facultades ni los demás atributos que le confiere el ordenamiento jurídico. En cambio, esa misma carga no tiene el abogado del Estado, quien por el solo hecho de apersonarse por mandato de la ley se le tiene por constituido en Parte Civil (ope legis), se entiende que es una ficción legal. Considero que es un trato desigual que en su momento debería ser eliminado.

8.- **El artículo 100° de la Constitución dice que «...en caso de resolución acusatoria de contenido penal, el Fiscal de la Nación formula denuncia ante la Corte Suprema en el plazo de cinco días. El Vocal Supremo Penal abre la instrucción correspondiente. La sentencia absolutoria de la Corte Suprema devuelve al acusado sus derechos políticos. Los términos de la denuncia fiscal y del auto apertorio de instrucción no pueden exceder ni reducir los términos de la acusación del Congreso». En este sentido, ¿Qué opinión le merece el contenido de este artículo? Por otro lado, ¿Cree usted que el artículo 100° de la Constitución afecta la independencia de los órganos encargados de perseguir y juzgar los delitos?**

P. TALAVERA: Sin duda. El Congreso como poder del Estado tiene funciones establecidas en la Constitución como llevar adelante el juicio político o antejuicio, entre otras. Sin embargo, dichos procedimientos no son más que garantías para aquellos altos funcionarios de la Nación imputados de haber cometido hechos punibles en el marco del desempeño de sus competencias o potestades de carácter público. Es un resabio de lo que antes se conocía como fueros personales. Pero, una cosa es el estatuto de garantías para evitar que altos funcionarios sean fácilmente encausados y presa de las pasiones políticas de sus opositores, y otra, que se sustraiga a los jueces supremos la facultad de decidir mediante un acto jurisdiccional a quien se le abre instrucción. La calificación jurídica de un hecho por el Congreso no debe ser vinculante para el órgano jurisdiccional, pues de admitirse ello se estarían vulnerando las garantías de independencia e imparcialidad que siempre deben estar en el juzgador, resolver sólo conforme a la Constitución y la ley, evaluando las pruebas conforme a su prudente

arbitrio y las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia. El artículo 100° de la Constitución es consecuencia de un caso que fue materia de antejuicio en el parlamento y que obtuvo como respuesta de la Corte Suprema el rechazo a abrir instrucción; es decir, que se estatuyó el carácter vinculante de la calificación del Congreso por un problema coyuntural y no sobre la base de principios o valores superiores o el cambio de la doctrina jurídica. La desconfianza de cierto sector de la clase política hacia el Poder Judicial trajo consigo la configuración de una calificación vinculante que desconoce las mínimas potestades jurisdiccionales, como en su momento en Francia se crearon los tribunales de Casación fuera del Poder Judicial y bajo el control del Parlamento, porque a este órgano no le gustaba que los jueces inaplicaran las leyes que promulgaban. En el futuro se debe reformar el artículo 100° de la Constitución, pues su mantenimiento no abona en nada a favor de la independencia del Poder Judicial y en la necesidad de fortalecer y legitimar dicho poder del Estado.

9.- **El Procurador Público hace las veces de representante de la parte agraviada en el proceso y persigue la reparación civil, mientras que el Ministerio Público es el encargado de la persecución penal. En ese contexto ¿Es correcto que el Procurador tenga facultades de persecución penal, como lo hace al solicitar o impugnar medidas de coerción personal? ¿Considera válido lo dispuesto por el Decreto Legislativo 959, que modifica el artículo 51° del Código de Procedimientos Penales, cuando le otorga estas facultades? ¿No es esa una función del Fiscal?**

P. TALAVERA: Estoy completamente de acuerdo con lo que se dice en la pregunta. Perseguir la detención de una persona y solicitar otras medidas de coerción personal, son fórmulas de persecución penal que corresponden al Ministerio Público porque la parte civil no representa a la sociedad respecto del delito. La Parte Civil lo que persigue es que haya una reparación, la misma que puede adoptar diversas formas. La Corte Interamericana con respecto a casos que constituyen graves violaciones a los Derechos Humanos, ha dicho que una forma de reparación es evitar la impunidad. En ese sentido, me parece correcto que a la Parte Civil se le faculte para que aporte pruebas orientadas al esclarecimiento de los hechos, pero en modo alguno que se le otorgue atribuciones persecutorias que en el fondo pasan a convertirse en actos de vindicta. Es obvio que una persona perjudicada en su integridad personal como Parte Civil va a insistir en que sea ingresado en prisión el agresor, pero la privación de libertad durante

el proceso no es una forma de reparación, es una institución procesal de aseguramiento bajo el cumplimiento de ciertas condiciones. Si vamos a dotar a la Parte Civil de tantas facultades, mejor sustituyamos al Fiscal y en su lugar hay que conferir al agraviado la calidad de querellante o acusador particular, y que el Fiscal se dedique a otros procesos. No entiende la ratio del legislador, si lo que quiso al otorgar facultades para promover e intervenir en la adopción de medidas de coerción procesal a la Parte Civil, era evitar la impunidad por la actuación descuidada o negligente de los fiscales, no era mejor fortalecer la actuaciones de los miembros del Ministerio Público, para que sea capaz de llevar adelante todos los procesos penales de manera adecuada y eficiente.

10.- Nuestro ordenamiento ha implementado los procesos sumarios en más de la mitad de los delitos tipificados en nuestro Código Penal los cuales dejan de lado los juicios orales. ¿De qué manera los jueces pueden llevar los procesos penales sin vulnerar los principios de Oralidad y Contradicción en el proceso? ¿El proceso sumario cumple los estándares del debido proceso? ¿Deberían declararse inconstitucionales, conforme lo dispuso años atrás la Corte del Cono Norte?

P. TALAVERA: El tema de los procesos sumarios es un problema bastante complicado. Efectivamente, no cumplen con los estándares de oralidad y publicidad. Pero no ha funcionado la estrategia de declarar inaplicable por inconstitucional el Decreto Legislativo 124 por los tribunales ordinarios. La Corte Suprema no ha amparado esta alternativa que nació de algunos tribunales del Cono Norte. Estimo que la estrategia debe plantearse desde la perspectiva de la justicia constitucional. El Tribunal Constitucional al conocer un proceso de amparo o habeas corpus en concreto sobre un proceso sumario debe efectuar un análisis constitucional de la normativa de dicho tipo de procedimiento y emitir un pronunciamiento con carácter normativo o vinculante, obviamente exhortando al Congreso a una reforma legislativa en un cierto plazo y hasta progresiva, y de otro lado, evitando que se anulen todos los procesos penales sumarios que ya hubieran pasado en autoridad de cosa juzgada para no generar un caos jurídico. La instauración de la oralidad y publicidad de los ahora conocidos como procesos sumarios, debe venir acompañada de la adopción de salidas alternativas, como los procesos inmediatos y la terminación anticipada para todos los delitos.

11.- A manera de reflexión, ¿Cuáles serían los principales retos del Derecho Procesal Penal en Latinoamérica y en especial en el Perú y cuál considera usted que ha sido su evolución hasta la actualidad?

P. TALAVERA: La reforma procesal penal en Latinoamérica en los últimos 20 años ha sufrido grandes cambios. Hemos pasado en la mayor parte de los países de Latinoamérica de un Sistema Inquisitivo o Inquisitivo reformado a un Sistema Acusatorio, como ha ocurrido en Chile, en donde por ejemplo no sólo no habían juicio oral, sino que no existía un Ministerio Público y menos la Defensa Pública. Es el mismo caso de otros países de Latinoamérica como Argentina en la que hasta el año 1992 no habían juicios orales y públicos, sólo habían plenarios, también es el caso de Paraguay, y en general de muchos países que han adoptado en la última década por un nuevo Código Procesal Penal, todos han optando por la oralidad. En el Perú, sólo el 20% de los procesos tienen la posibilidad de ir a juicio oral, el resto se tramita y falla sin juicio oral y público. En este último caso, no ha variado la forma de hacer procesos desde el Código de Enjuiciamiento en Materia Criminal de 1863, en donde el Juez del Crimen instruía y fallaba los casos penales. Entonces, no hemos evolucionado procesalmente en comparación con nuestros países vecinos. Yo diría que en todos los países de Latinoamérica con excepción de Perú ya tienen nuevos códigos en vigencia. Y eso ha significado una reforma judicial. El reto en el Perú, es poner en vigencia e implementar el nuevo Código Procesal Penal de manera progresiva. Las reformas procesales penales parciales en el Perú han sido tan numerosas y todas con una buena finalidad de cambiar el estado de las cosas y mejorarlas, pero no han surtido el efecto que se ha buscado. Al cabo de un tiempo, el fenómeno de la lentitud de los procesos se reproduce. Por ello, en algunos casos tenemos que abrirnos de las líneas maestras de la dogmática, de las concepciones teóricas y tratar de resolver problemas con situaciones o temas prácticos. El título preliminar no debería empezar tratando sobre la presunción de inocencia que ya está en la Constitución, sino, por ejemplo, abordando el principio de celeridad o de la delegación de facultades legislativas a la Corte Suprema en materia procedimental. El Código solamente habla de que las pruebas deben ser pertinentes y útiles, pero no se reglamenta cuándo, cómo, en qué supuestos, cómo se practican determinadas pruebas, etc. Así como se ha normado a través de circulares la aplicación del principio de oportunidad o los acuerdos reparatorios, del mismo modo se pueden aplicar criterios que ya se han discutido en



los plenos jurisdiccionales o que lo discuten en los plenos de la Corte Suprema y convertirse estos en normas de carácter general, aplicable para todos los operadores: jueces, fiscales y abogados. Otro aspecto que debe tratar el Código es la desburocratización, la eliminación de los traslados de expedientes, la eliminación de las grandes discusiones si corresponde o no un caso al fuero militar o al fuero común, también regular un sistema de recursos adecuado a nuestra realidad social y legiferante. No podemos crear un sistema de casación donde se puede producir el fenómeno siguiente: si en estos momentos, el total de los procesos que llegan vía el recurso de nulidad, son los que corresponden al proceso ordinario, es decir una parte del 20% del total de procesos penales del país. Con el

nuevo Código aplicamos la casación para un mayor porcentaje de procesos, todos los que tienen previstos una pena mayor a los seis años de privación de libertad, en consecuencia, ahí estamos incrementando el número de procesos que probablemente puedan llegar a la Corte Suprema. De ahí la necesidad de legislar en función de lo que es la realidad, es decir, si realmente con estas normas nosotros vamos a generar una solución o un problema más; y quizás eso nos hace falta en el Perú, trabajar en función de costo –beneficio y los efectos o consecuencias que pueden tener en la realidad. En algunos casos se dan normas que mejoran la realidad, se flexibilizan algunas cuestiones que están muy rígidas, pero en otros casos estatuímos o constituimos obstáculos a que pueda funcionar mejor el proceso 