

# Notas sobre la reforma de la Justicia Penal en el Perú

César Azabache Caracciolo

Abogado. Profesor de Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Academia de la Magistratura.

Al abandonar las reglas del modo inquisitorial establecidas por el Código de 1863, los redactores del Código de 1920 habían considerado inadecuado seguir las reglas del procedimiento anglosajón<sup>(1)</sup>. Los reformadores de entonces adoptaron, por ello, una versión del procedimiento en la que la instrucción, al modo europeo continental, aparecía como fase preparatoria para la acusación y el desarrollo de las audiencias ante el Tribunal, sin que ella pudiera vincularse, salvo excepciones muy precisas, a la actividad probatoria<sup>(2)</sup>.

Puestos ante la necesidad de introducir nuevas reformas a las reglas del procedimiento, los autores del Anteproyecto de 1937 (antecedente inmediato del Código que finalmente entró en vigencia en 1940) introdujeron en la estructura del proceso cambios fundamentales<sup>(3)</sup>. Los autores del nuevo texto consideraron imprescindible modificar las reglas de relación entre la fase de instrucción

del sumario y la del juicio, aumentando la importancia de la primera y convirtiéndola en verdadera fase de acopio del material probatorio<sup>(4)</sup>. El juicio, desde su punto de vista, debía ser considerado sólo como un “drama judicial”, una fase en la que la prueba, que debía ser reunida por el instructor “se aprecia, critica e interpreta”, pero, salvo excepciones, no se modifica. Para los autores del Anteproyecto, sólo durante la instrucción “es posible hacer la historia del delito, aprisionándolo en sus efectos”. Por ello, dice el texto “según haya sido la obra del instructor, la prueba que logre reunir, así quedará trazado el delito y señalada la persona del autor”. Las consecuencias de esta visión pueden notarse en el artículo 280 de lo que después vino a ser el Código de 1940, según el cual, al momento de dictar la sentencia el juzgador debe apreciar tanto las pruebas de la audiencia como “los testimonios, peritajes y actuaciones de la instrucción”.

- (1) En el texto de la Exposición de Motivos: “¿Será posible aceptar el procedimiento inglés, como lo intentó en su notable proyecto el gran jurisconsulto doctor Forero? Contestamos resueltamente que no. Ningún pueblo del continente europeo se ha atrevido a ensayar un procedimiento que si ciertamente revela el severo culto a la libertad y el noble individualismo de la raza británica, es también una supervivencia de métodos y formas primitivas del enjuiciamiento, que solamente las peculiaridades del carácter y la sociedad inglesa, han logrado adaptar con más o menos fortuna, a la complicación de la vida moderna gracias a dos factores genuinamente británicos: los servicios de una policía incomparable que realiza la investigación por su cuenta, fuera del procedimiento judicial, y el hábito de los ciudadanos educados en la solidaridad de la *common-wealth* de considerar como propios los agravios al derecho individual ajeno, ya vengan del poder o de lo criminal. Sólo así se concibe la paradoja de comenzar la instrucción con un debate oral y de reemplazar al Ministerio Público por un jurado; procedimientos que en cualquier otra parte anularían totalmente la eficacia de toda represión y desarmarían a la sociedad frente al crimen consagrado inviolable”.
- (2) Según el artículo 48 del Código de Procedimientos en materia Criminal de 1920, “(e)l objeto de la instrucción es reunir los datos necesarios sobre el delito cometido, y sobre sus autores, cómplices o encubridores, para que pueda realizarse el juzgamiento por el Tribunal Correccional o por el jurado”. Según el artículo 163 del mismo texto, “(a)unque la instrucción debe dar conciencia clara del hecho y sus circunstancias, el juez instructor no la extenderá más allá de lo necesario para reunir los elementos por medio de los cuales sea posible el debate oral, al que corresponde dejar constancia plena en el Tribunal de los hechos que se juzguen”. Concluye, el artículo 164: “(l)a instrucción se dará por concluida cuando el juez haya acumulado los datos a su juicio suficientes para que sea posible el debate oral”.
- (3) El Anteproyecto fue preparado por una comisión presidida por el profesor Carlos Zavala Loayza. La comisión fue creada por el Decreto Supremo No. 154 del 5 de mayo de 1936. El texto fue publicado en 1937. La versión que se ha empleado en este apartado corresponde a la publicada por la *Revista del Foro del Colegio de Abogados de Lima*; Año XVI, números 1-6 de 1939. pp. 259 y ss.
- (4) Dice la exposición de motivos: “(e)n su esfuerzo renovador opusieron los autores del actual procedimiento lo público y oral a lo escrito y secreto del antiguo, en tal forma que alcanzaron casi los linderos del régimen acusatorio. Por mucho que en la Exposición de motivos del proyecto se reconozca la inadaptabilidad de ese sistema en pueblos que no reúnan los caracteres y condiciones propios de los anglosajones, el examen de las fuentes en que ellos se inspiraron, el alcance que dieron al juicio oral y la subordinación en que colocaron a la instrucción, persuaden de la tendencia extrema de la reforma, con peligro mismo de hacerlo ineficaz”. p. 262.

De este modo, el Código de 1940 restaura un sistema basado en la prueba escrita, que precisamente era el fundamento de la organización del procedimiento según el Código de 1863.

La doctrina expuesta por la Exposición de Motivos del Anteproyecto de 1937 encerraba, entonces, una contradicción esencial entre la supuesta centralidad de la fase de juzgamiento y la tendencia hacia una concepción escrita de la actividad probatoria. Queda bastante claro que ningún sistema procesal puede mantenerse en un punto de equilibrio entre extremos tan contrapuestos, y que inevitablemente uno de los dos -escrituración u oralidad- terminará por absorber al otro. En condiciones de elevada carga de trabajo y de progresivo incremento del burocratismo de una corporación parece ser la tendencia natural el reforzar la influencia de las técnicas escriturarias, que al menos en el imaginario administrativo elevan el margen de control sobre los actos de los funcionarios. Pues bien, el transcurso del tiempo demostró que la tensión esencial que entre escrituración y oralidad encerraba el Código de 1940 tenía que ser definitivamente en favor de la primera. Y ello ocurrió, con toda claridad, cuando, hacia fines de los años sesenta, se restauró, como técnica de abreviación, el procedimiento

inquisitivo escrito, bajo el nombre de “procedimiento penal sumario”.

A lo largo de todos los años que median entre 1940 y 1969 las modificaciones a las reglas de procedimiento habían sido presentadas como adaptaciones sucesivas de un único modo de organización del procedimiento. Entre ellas podemos encontrar algunas disposiciones que tuvieron por objeto regular situaciones que no habían sido previstas por el texto original del Código o resolver cuestiones controvertidas en la práctica de los tribunales<sup>(5)</sup>. Otras buscaron remplazar las reglas establecidas para el trámite de alguna fase del proceso, intentando hacerlo más rápido para dar una imagen de mayor eficiencia judicial<sup>(6)</sup> o para garantizar condenas rápidas en situaciones que eran percibidas como emergencias de seguridad pública<sup>(7)</sup>.

Con ocasión de estas últimas emergencias, algunas disposiciones adoptaron medidas especiales destinadas a provocar una cierta sensación inmediata de seguridad en los sectores que se sentían amenazados<sup>(8)</sup>. También hubo disposiciones que intentaron crear un régimen de participación en la justicia, abriendo la titularidad para denunciar ciertos delitos a cualquier ciudadano<sup>(9)</sup>. También podemos encontrar una relación muy larga de disposiciones que crearon fueros especiales<sup>(10)</sup> o

- (5) A saber: la Ley No. 9951 (febrero de 1944), que modificó el artículo 28 del Código para disponer que sea la Corte Suprema quien resuelva las contiendas de jurisdicción entre el fuero privativo militar y los tribunales ordinarios; la Ley No. 10124 (mayo de 1945), que estableció el procedimiento para delitos conexos; la Ley No. 10234 (setiembre de 1945), que estableció el procedimiento para los casos de indemnización por error judicial; la Ley No. 11004 (abril de 1949), que dispuso que los casos de vagancia sean tramitados de acuerdo a las reglas del procedimiento por faltas; la Ley No. 13906 (enero de 1962), sobre omisión al pago de obligaciones alimentarias; la Ley No. 16185 (junio de 1966) sobre contrabando y el Decreto Ley No. 18850 (mayo de 1971), que permitió que los fiscales y los abogados del Estado tomen parte en las diligencias de declaración de los imputados.
- (6) Pertenecen a este grupo el Decreto Ley No. 10948 (febrero de 1949) y la Ley No. 12783 (enero de 1957), así como las Leyes Nos. 13695 (setiembre de 1961) y 17531 (marzo de 1969) y el Decreto Ley No. 19030 (noviembre de 1971), todos los cuales establecieron modificaciones al trámite del juicio oral. También pertenecen a este grupo las Leyes No. 13674 (julio de 1961) y 13984 (febrero de 1962), sobre las querellas por faltas y delitos contra el cuerpo y salud y por abigeato; el Decreto Ley No. 18236 (abril de 1970), que reformó el trámite de revisión extraordinaria de causas; los Decretos Ley No. 20579 y 20580 (abril de 1974), que reformaron los trámites para la eliminación de antecedentes y la concesión de la libertad provisional y el Decreto Ley No. 20774 (octubre de 1974), que amplió el plazo de detención provisional para casos complejos. También forma parte de este grupo el Decreto Ley No. 21895 (agosto de 1977), que modificó diversos aspectos vinculados al trámite de incidentes, el envío de atestados a los jueces, las disposiciones sobre detención de imputados y embargos y el plazo de la instrucción.
- (7) Los objetivos vinculados a estos aspectos pueden verse en las Leyes No. 10202 (diciembre de 1944), modificada después por la Ley No. 13674, que creó un procedimiento especial para los casos de abigeato; 12341 (junio de 1955), sobre secuestro de menores; 16152 sobre delitos cometidos en Registros Electorales; 16185 sobre contrabando y 10551 (abril de 1946) sobre especulación y acaparamiento. Pertenecen también a este grupo los Decretos Leyes Nos. 17388 (enero de 1969), sobre delitos de raptó y contra el honor sexual de niños menores de 7 años y 19910 (enero de 1973) sobre robos en los que mediara violencia, amenaza o ardid. El sentido represivo de algunas de estas leyes y decretos fue reforzado incluyendo en ellas una disposición que ordenaba la detención del imputado al momento de iniciar el proceso.
- (8) La Ley No. 23404 (mayo de 1982) había dispuesto que en los casos que los cargos se vinculen a acciones realizadas repeliendo robos en domicilios, el proceso se siga bajo orden de comparecencia. En un tono muy similar, el Decreto Ley No. 14495 (mayo de 1963) prohibió que se condene libertad provisional a los procesados por delito de ocupación ilegítima de terrenos.
- (9) A este grupo de disposiciones pertenecen la Ley No. 9034 (noviembre de 1939) y el Decreto Ley No. 22244 (setiembre de 1978), sobre delitos cometidos a través de la prensa; la Ley No. 16185 (junio de 1966) sobre contrabando y los Decretos Leyes No. 17106 (noviembre de 1968) y 23083 (junio de 1980) sobre delitos contra los deberes de función.
- (10) En 1948, el Decreto Ley No. 10906 creó los Consejos Ejecutivos contra la Especulación y el Acaparamiento, cuya competencia fue extendida a los delitos de agio y usura por el Decreto Ley No. 11078 (agosto de 1949). Estos Consejos estuvieron en funcionamiento

ampliaron la competencia de la justicia militar para alcanzar a delitos políticos y sociales<sup>(11)</sup>.

Las tendencias establecidas por estas modificaciones continuaron desarrollándose aún después de comenzada la vigencia la Constitución de 1979<sup>(12)</sup>. En ningún caso se puso en cuestión los fundamentos que sostenían un sistema procesal que acabó incorporando reglas de origen inquisitorial.

Hubo, sin embargo, importantes adaptaciones. Una vez que los fiscales fueron separados del Poder Judicial, hubo que derogar la disposición que permitía a los tribunales influir directamente sobre su decisión de

acusar o no al imputado<sup>(13)</sup>. Además, la ley de organización del Ministerio Público reservó a los fiscales el derecho a pedir, formalizando denuncia, la instrucción de sumarios en caso de delitos de persecución pública<sup>(14)</sup>.

El retardo procesal y la congestión de causas en los tribunales han sido percibidos permanentemente como los problemas fundamentales de la justicia penal y han sido, además, la razón principal que ha motivado muchas de las modificaciones introducidas desde los debates para la reforma del Código de 1920<sup>(15)</sup>. El proceso iniciado por estas continuas modificaciones acabó por

hasta que fueron suprimidos por la Ley de Organización del Poder Judicial de 1963 (Decreto Ley No. 14605). Esta última disposición suprimió también al Consejo Ejecutivo contra el Tráfico de Estupefacientes, tribunal especial de decisiones inapelables que fue establecido por los Decretos Leyes No. 11005, 11047, 11272 y 11327 (los primeros de marzo y julio de 1949; los dos últimos de enero y abril de 1950) para sancionar "en forma enérgica y ejecutiva" -dice la exposición de motivos del primero de los decretos- a los responsables de los hechos previstos en la legislación especial.

Después de 1963, estos delitos volvieron a ser tramitados ante jueces ordinarios, aunque la legislación especial antinarcóticos mantuvo la tendencia de incluir una serie de disposiciones procesales de excepción (Decreto Ley No. 22095 de febrero de 1978; Decreto Legislativo 122 de junio de 1981; Leyes No. 23414 de junio de 1982, 23689 de octubre de 1983, 23956 de octubre de 1984, 24063 de enero de 1985 y 24388 de diciembre de 1985; además, los Decretos Leyes No. 25660 de agosto de 1992, 25824 de noviembre de 1992 y 25916, también de noviembre de 1992).

- (11) En diciembre de 1948 el Decreto Ley No. 10932 encargó a las Zonas Judiciales de la Marina el juzgamiento por delitos de pesca con explosivos y venenos. La Ley No. 15590 (agosto de 1965) y los Decretos Leyes No. 19040 de noviembre de 1971 y 20828 de diciembre de 1974 trasladaron las causas por delitos de subversión y terrorismo (denominados de diversas maneras) a la justicia militar. En enero de 1973 el Decreto Ley No. 19910 había ampliado esta delegación encargado a los mismos Consejos la tramitación de causas instauradas por agresiones a efectivos de las fuerzas policiales, incluso en los casos de hechos conexos a un delito común. Además, el régimen militar vigente entre 1968 y 1975 extendió la competencia de la justicia militar a los delitos de sabotaje a la reforma agraria (Texto Único Concordado de la Ley de Reforma Agraria) y sabotaje a las telecomunicaciones o radiodifusión (Decreto Ley No. 19020 de noviembre de 1971).
- La competencia del fuero militar para juzgar a civiles fue suprimida por la Constitución de 1979. En marzo de 1981 el Decreto Legislativo No. 46 derogó los Decretos Ley No. 19049 y 20828 declarando, en su parte considerativa la necesidad de "acondicionar las normas represivas y procesales a los principios del derecho penal liberal que garanticen una justa aplicación de la ley punitiva, con mayor razón cuando la república ha retornado incondicionalmente al cauce de su vida constitucional y democrática". Desde entonces hasta el golpe de 1992 la tendencia fue a introducir excepciones que progresivamente fueron creando un procedimiento especial seguido ante jueces ordinarios. La Ley No. 23414 de junio de 1982 (derogada en 1986 por la Ley No. 23414) autorizó la transferencia de procesos a juzgados especiales designados por la Corte Suprema. Posteriormente las Leyes No. 24700 (junio de 1987) y 25031 (junio de 1989) incorporaron al sistema algunas disposiciones de excepción vinculadas a los derechos del imputado. Estas disposiciones de excepción se radicalizaron cuando en 1992 se establecieron los procedimientos especiales ante tribunales sin rostro y militar por terrorismo agravado.
- (12) Los Decretos Legislativos No. 125 y 126 (junio de 1981) introdujeron una serie de modificaciones de adaptación de las reglas del procedimiento al nuevo texto constitucional, pero no modificaron sus fundamentos.
- (13) Según la versión original del Código de 1940, el Tribunal que discrepara con un Fiscal sobre la necesidad de pasar una causa a fase de audiencias públicas, podía sustituirlo. Si el segundo Fiscal se negaba a acusar, el expediente debía ser elevado a la Corte Suprema para que ella decidiera si debía o no instalarse la fase de audiencias. Posteriormente, el Decreto Ley No. 21895 reemplazó esta disposición por otra que autorizaba al tribunal a devolver el expediente al Fiscal ordenándole que acuse "por imperio de la ley".
- Puesta en vigencia la Constitución de 1979, el Decreto Legislativo No. 126 dispuso que en caso de discrepancia con los fiscales, los tribunales sólo podían solicitar que el Fiscal Supremo en lo penal revisara la decisión de aquel con quien discreparon.
- (14) La versión original del Código de 1940 concedía a los fiscales atribuciones suficientes para solicitar el inicio de un proceso penal, pero ordenaba que se formalizara denuncia siempre que la noticia criminal provenga del agraviado o de sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. También permitía que la instrucción comenzara directamente por decisión del Juez. El que esta última alternativa quedó derogada por mandato de la Constitución de 1979 ha sido un asunto no exento de polémica. En su edición de 1996 el Manual del profesor Arsenio Oré Guardia todavía afirma que, en virtud del artículo 49 del Código de Procedimientos Penales, "el Juez tiene el impulso procesal de oficio, como no podría ser de otra manera, debido al predominio del carácter inquisitivo en el sumario de la investigación". Hoy está asentado el considerar que los poderes de apertura de oficio vienen derogados expresamente por el artículo 159.5 de la Constitución, que asigna al Ministerio Público el ejercicio de la acción penal frente a los delitos de persecución oficial. Sin embargo, puede encontrarse ejecutorias supremas que ya en 1996 sancionaban como delito de prevaricato "el haber abierto instrucción sin previa denuncia fiscal" (Ejecutoria Suprema del 10 de marzo de 1986, citada en el Repertorio de Andía Chávez; p. 389).
- (15) A modo de ejemplo puede citarse la parte considerativa del Decreto Ley No. 17110 que declaraba que la medida se adoptaba para "activar los procesos y hacer pronta y oportuna la administración de justicia penal". A su vez, la parte considerativa del Decreto Ley No. 18134 declara que "para la celeridad del procedimiento es conveniente mantener la facultad de expedir sentencia que tuvieron los jueces instructores".

restaurar la regla fundamental del procedimiento inquisitorial establecido por el Código de 1863, que consiste en autorizar a los jueces de instrucción a emitir sentencias de primera instancia en las causas sometidas a su conocimiento. Ella fue empleada por primera vez en noviembre de 1968, por el Decreto Ley No. 17110, que creó un trámite especial -el llamado procedimiento sumario-, cuyo ámbito de aplicación alcanzó a todas causas tramitadas por alguna de la diez modalidades de delitos enumerados en esa disposición.

El ámbito de aplicación de este procedimiento fue extendido en octubre de 1972 a los casos de encubrimiento vinculados al abigeato (Decreto Ley No. 19567) y en junio de 1981 a los procesos por delitos económicos. En 1981 el Decreto Legislativo No. 124 amplió la lista hasta alcanzar aproximadamente 50 modalidades delictivas<sup>(16)</sup>.

En sus comentarios al Decreto Ley No. 17110<sup>(17)</sup>, el profesor Domingo García Rada reconoció que con esta reforma se reimplantaba, en lo sustancial, un mecanismo que había sido expresamente rechazado por la doctrina establecida por la Exposición de Motivos del Anteproyecto de 1937<sup>(18)</sup>. El profesor García Rada reconocía además que la fase de audiencias públicas -que se abandonaba en el procedimiento sumario- era “el más perfecto sistema para el juzgamiento de delincuentes”. Sin embargo, sostuvo que existían “razones prácticas” que justificaban hacer excepción de esos aspectos. Frente al desarrollo del llamado juicio oral -anotó- “se presentan tales dificultades que lo hace casi ilusorio en la mayoría de los casos”. “Después de casi medio siglo de existencia del Juez Instructor y del Tribunal Correccional [dicen sus comentarios], la acumulación de procesos en las oficinas judiciales es pavorosa; las causas pendientes aumentan cada año

como la bola de nieve”. Por ello, “si no queremos que se pierda la fe en la justicia, es indispensable remediar esta grave situación”, y el único medio de remediarla era, en su opinión, permitir que los jueces de instrucción emitieran sentencia en las causas sometidas a su conocimiento.

Contra estas intenciones, la restauración del procedimiento inquisitorial no resolvió los problemas de retardo y congestión de los tribunales para los que se había diseñado. Pero lejos de enmendar el camino, la parte considerativa del decreto 124 atribuyó el relativo fracaso de la medida al “número limitado de delitos en los que el Juez tiene facultad de sentenciar”. En consecuencia, la solución impuesta por esta disposición fue “ampliar el número de figuras susceptibles de juzgamiento en la vía sumaria”. Como era de esperarse, dos años después los problemas de congestión y retardo seguían haciéndose evidentes en el nivel de sobre población de las cárceles.

A partir de 1983 los esfuerzos por enfrentar estos problemas abrieron una segunda vía: la reforma del régimen de prisión provisional<sup>(19)</sup>. Sin embargo todavía en 1990 el problema de sobrepoblación carcelaria no había encontrado una vía de administración eficiente. Ese último año una medida de emergencia adoptada por vía de reglamento estableció un procedimiento especial para indultar a un elevado número de presos sin condena<sup>(20)</sup>. Un año después, en 1991, la permanencia del problema provocó la puesta en vigencia de las disposiciones sobre detención y libertad provisional contenidas en el Código Procesal Penal de 1991<sup>(21)</sup>.

Ese mismo año, una investigación de la empresa Apoyo concluyó que el 67.6 por ciento de los expedientes tramitados ante la justicia ordinaria seguían las reglas del procedimiento sumario, cuya duración

(16) Además de las disposiciones complementarias contenidas en el Decreto Legislativo No. 312 (noviembre de 1984), el llamado “procedimiento sumario” sólo ha sido modificado por el Decreto Ley No. 26147, de diciembre de 1992, que adaptó la relación de delitos a las disposiciones del Código Penal de 1991.

(17) *El juicio sumario en el procedimiento penal*. En: *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*. Años XXXIII (primera parte, 1969) y XXXIV (segunda parte, 1970). En ambos casos, pp. 77 y ss. Como Presidente de la Corte Suprema el profesor García Rada suscribió la Circular 21-68 sobre la aplicación del Decreto Ley No. 17110 (23 de diciembre de 1968).

(18) Efectivamente, para el profesor Zavala -autor de ese texto-, era “trascendental y necesaria la cesura del proceso [penal] y la distinción de los funcionarios a quienes se da intervención en cada una de las etapas”. El juez instructor “no puede ni debe ser magistrado pasivo e imparcial que se requiere para el juzgamiento”. Por ello, encargarle el deber de sentenciar habría sido equivalente a “hacerlo crítico de su propia obra”, lo que constituye una abierta transgresión al principio de imparcialidad, a la tendencia recogida por la exposición de motivos del Anteproyecto de 1937.

(19) Las Leyes No. 23612 de 1983 y 24388 de 1985 intentaron reducir el volumen de órdenes de detención emitidas por los jueces, estableciendo que ellas sólo podían dictarse si el procedimiento se seguía por alguno de los delitos que ella misma eligió. También intentado resolver los problemas de hacinamiento carcelario, la Ley No. 24388 (diciembre de 1985) modificó diversas disposiciones de los códigos penal y de procedimientos penales.

(20) Decreto 017-90-JUS, dictado por el gobierno en octubre de 1990 para extender el beneficio de indulto a personas cuyos procesos penales aún estuvieran pendientes de sentencia.

(21) Cuyo texto integral jamás entró en vigencia.

promedio, según una muestra aleatoria de causas tramitadas en 1987, superaba los mil días, cifra menor a los aproximadamente mil quinientos días que según la misma fuente tomaba el procedimiento ordinario, pero todavía excesiva. La reinstauración del procedimiento inquisitivo revela la poca importancia que en nuestro medio se ha concedido a las audiencias públicas del juicio oral. Como ya se anotó, los orígenes de esta tendencia pueden remontarse hasta la Exposición de Motivos del Anteproyecto de 1937. En oposición a la doctrina allí establecida, el profesor Niceto Alcalá Zamora sostuvo en 1939<sup>(22)</sup> que los fines asignados a la instrucción por el Anteproyecto rebasaban “con mucho” aquellos que debían corresponderle. En su opinión éste exceso podía producir retardos innecesarios en la tramitación de las causas penales<sup>(23)</sup>. El mayor peso en la organización del sistema debía corresponder, decía, al desarrollo de las audiencias públicas, “etapa clave del proceso”. La instrucción, tal como estaba concebida en el texto que entonces comentaba, debía “deslastrarse de diligencias inútiles o reproducibles en [ellas]”<sup>(24)</sup>. El problema de retardo, que ya se anotaba en relación a las causas tramitadas según el Código de 1920, podía haberse superado -sugirió- instaurando el procedimiento de juicio oral ante jueces de fallo distintos a los instructores<sup>(25)</sup>.

Fuera de esos comentarios no podrá encontrarse ninguna crítica consistente a los fundamentos del modo de organización del proceso que fue finalmente establecido por el Código de 1940. Lejos de ello, aún en 1989 un documento elaborado por el Centro de Investigaciones Judiciales de la Corte Suprema sostenía que “en gran medida los problemas de eficacia y eficiencia de la justicia penal no se relacionan de modo determinante con el modelo procesal vigente, el cual, pese a sus efectos parece tener todavía posibilidades de optimización”<sup>(26)</sup>.

Fue recién en los proyectos de reforma publicados en noviembre de 1989 y en agosto y noviembre de 1990 donde se propuso la introducción de nuevas reglas en la distribución de los poderes procesales de persecución y fallo. De acuerdo a la doctrina que está detrás de ellas, los problemas de certeza y celeridad de la justicia penal

podrían resolverse modificando la estructura del proceso de forma tal que sólo quede bajo la competencia de los jueces la realización de actos estrictamente jurisdiccionales. La investigación del delito no lo es, y por tanto ella debe ser transferida a los Fiscales.

En abril de 1991, por Decreto Legislativo No. 638, el gobierno promulgó, como Código Procesal Penal, el texto aprobado por la Comisión de Revisión del último proyecto, que había sido constituida por la Ley No. 25281, y había acordado seguir estos lineamientos básicos. Sin embargo, la vigencia del Código fue diferida, primero, para 1992 y después aplazada para 1994. En abril de ese año la Ley No. 26299 creó una nueva Comisión Revisora que, en mayo de 1995, presentó al Congreso un nuevo Anteproyecto. Aprobado como Código, el texto final fue observado por el Poder Ejecutivo y devuelto, por diversas razones, primero en diciembre de 1995 y, nuevamente, al terminar 1997.

Según la Exposición de Motivos del texto de 1991 el objeto de la reforma al proceso penal debe ser eliminar del proceso la fase de instrucción del sumario, que “ya no tiene razón de existir”. En 1940 -dice este texto-, ella tenía sentido en la medida en que “lo que se llamó Policía de Investigaciones del Perú no había logrado todavía la técnica ni el grado de perfeccionamiento que hoy tiene”. El desarrollo alcanzado por esta institución del Ejecutivo, dice la Exposición, ha provocado que a lo largo de la historia se diera a sus informes un “distinto trato” al establecido en el texto original de 1940. Como resultado de este desarrollo, la Constitución de 1979 “reconoce ya como una etapa del proceso la investigación policial, pero a condición de que se haga con intervención del Ministerio Público, y que sea éste el que promueva la acción penal”. Por todo ello “desautorizada la institución y consecuentemente el sistema mixto, hay que reconocer que la única opción compatible con los principios consagrados por la Constitución del Estado es el sistema acusatorio modernizado, el cual ha sido asumido por la Comisión”. En idéntico sentido, la Exposición de Motivos del texto de 1995 declara que el nuevo texto persigue como objetivos: (i) garantizar el respeto a los derechos fundamentales; y, (ii) incorporar a nuestro sistema las

(22) *La reforma procesal penal en el Perú. El Anteproyecto Zavala*. En: *Revista del Foro*, Año XVI, Números 1-6. Lima, 1939. pp. 329 y ss.

(23) En sus palabras “al ensanchar su área, el procedimiento se complica, con aumento innecesario de gastos y de tiempo”.

(24) ALCALÁ ZAMORA, Niceto. Op. cit.: p. 345.

(25) “Quizás esta segunda fórmula [dice el texto] encomendada desde luego a funcionarios profesionales y a ser posible con especialización en asuntos penales, permitiría descongestionar los tribunales peruanos del exceso de trabajo que sobre los mismos pesa”. Op. cit. pp. 345-346.

(26) *Diagnóstico integral del sistema judicial penal en el Perú*. Inédito. Para los autores de ese texto, “antes de estrategias de reforma legislativa, lo que se necesitan son estrategia de motivación y desarrollo infra estructural del nivel organizacional del sistema”. p. III.

bases institucionales del sistema acusatorio (apartado 6 de la segunda parte).

Siguiendo el contenido de ambos Códigos, podemos concluir que en el Perú se está entendiendo que las así llamadas “bases institucionales del sistema acusatorio” corresponden: (i) al encuadramiento de la actividad del juez dentro del marco de lo estrictamente jurisdiccional; (ii) a la orientación del procedimiento hacia el pleno reconocimiento de la igualdad entre las partes; y, (iii) al desarrollo pleno de las atribuciones asignadas al Ministerio Público desde la Constitución de 1979 sobre la investigación del delito.

Los primeros dos aspectos señalados no han ofrecido, en los debates parlamentarios ni en los procedimientos de observación por el Poder Ejecutivo, mayores problemas. Constitucionalmente, la actividad jurisdiccional debe ser entendida como aquella orientada hacia la producción de decisiones que, en un marco de legitimidad constituido por los principios de publicidad, oralidad e igualdad de derechos entre las partes, redefinen, administrándolas, las principales controversias producidas en la sociedad. La actividad jurisdiccional debe culminar, siempre, en resoluciones, que constituyen títulos respecto a los derechos puestos en cuestión. A diferencia de ella, la investigación criminal se desarrolla a través de diligencias e informes que producen un conjunto de información que puede llevar a sustentar ante la judicatura una petición de condena contra alguien. La investigación criminal corresponde, por ello, al concepto de actividad administrativa mejor que al de actividad jurisdiccional. Dado el principio de distribución y equilibrio de poderes, la actividad de investigación criminal debe desarrollarse fuera del ámbito judicial, aunque por su enorme capacidad para afectar los derechos de las personas, debe estar siempre sujeta al control de la judicatura.

El reconocimiento de la igualdad entre las partes sirve de fundamento al principio de contradicción<sup>(27)</sup> y al derecho a un juicio justo<sup>(28)</sup>. En conjunto, estas disposiciones afectan sustancialmente la posición que ha sido concedida a los fiscales por el modo mixto de organización del proceso penal. De “magistrados cuasi judiciales”, cuyas opiniones, contenidas en “dictámenes”, pueden influir en las decisiones

judiciales, ellos deben pasar a ser considerados «contra partes» del acusado. Sus derechos deben ser, entonces, equivalentes, sobre todo en lo que se refiere a la posibilidad de que sus motivos sean evaluados por el Juez de la causa. Por lo mismo, debe entenderse que al mayor poder institucional del fiscal para obtener pruebas de cargo tiene que corresponder los derechos del acusado a que se presuma su inocencia y a no colaborar con la investigación seguida en su contra.

En una apretada fórmula, podemos decir que atendiendo al principio de igualdad entre las partes, el proceso penal debe organizarse de modo tal que se permita que la verdad de los hechos discutidos se establezca a partir del más amplio debate entre quienes concurren a él. Este debate debe realizarse ante el juez, y a él debe reconocerse, fundamentalmente para mejorar la situación de acusados sin recursos, ciertos poderes de averiguación mayores a los que corresponden al Juez Civil. Atendiendo al principio de imparcialidad, la actividad del Juez debe comenzar por controlar el desarrollo público y equilibrado del proceso para pasar a evaluar, al momento de sentenciar, la verosimilitud de las tesis presentadas por cada parte y la admisibilidad de las pretensiones que han orientado su participación en el proceso. En especial, los jueces deben abstenerse de realizar cualquier acción que los involucre de cualquier modo con las tareas de persecución del delito, ya que cualquier colaboración con el Fiscal podría poner en cuestión su de imparcialidad<sup>(29)</sup>.

---

el problema del juicio obliga a centrar la atención en el modo en que damos valor práctico al derecho de toda persona a que se presuma su inocencia y los criterios que empleamos para plantear el juicio de cara a los acusados

---

(27) Este principio ha sido reconocido y desarrollado por las Reglas de Mallorca 25 a 34. (*Proyecto de reglas mínimas de las Naciones Unidas para el Procedimiento Penal*, adoptado por la Comisión de Expertos reunida en Palma de Mallorca, sesiones celebradas entre 1990 y 1992).

(28) El contenido mínimo de este derecho ha sido establecido en el artículo 40 de la Convención de San José y en el artículo 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

(29) Sumamente gráfica resulta, a este respecto, una clásica expresión del profesor Niceto Alcalá Zamora. El juez, dice en *Proceso, autocomposición y autodefensa*, debe ser entendido como una magistrado imparcial, es decir, ajeno a las partes y a sus pretensiones.

Hasta aquí, la inspiración de los sucesivas versiones del Código Procesal Penal (1991, 1995 y 1997) puede ser asumida pacíficamente como desarrollo de las tendencias constitucionales seguidas desde 1979, que a su vez pueden relacionarse con algunas tendencias predominantes en las reflexiones sobre derecho penal y derechos humanos. En realidad, es el tercero de los aspectos que estamos considerando parte de las “bases institucionales del sistema acusatorio”, el desarrollo de las atribuciones del Ministerio Público, el que ha planteado mayores problemas a lo largo de los debates en torno a la configuración del proceso penal. La opción seguida hasta el último texto del Código Procesal Penal supone el desarrollo de un conjunto de poderes de orientación, control y calificación sobre los resultados de la actividad de investigación de hechos delictivos que, en términos organizacionales, aparecen todavía en manos de la Policía Nacional. De acuerdo al diseño fijado en la última versión del Código, debería corresponder a la Fiscalía la dirección de la investigación del delito (artículo 62). En tanto ellos actuarían sin facultades jurisdiccionales, las posibilidades de producir interferencias serias sobre derechos fundamentales quedarán libradas a procedimientos de autorización judicial (artículo IV). El resultado de la investigación así desarrollada tendría que servir de fundamento a la acusación (artículo 92), cuyo contenido tendría que probarse en un juicio desarrollado según las reglas de publicidad, oralidad e igualdad de derechos entre las partes (artículo 299).

El que este esquema importa cambios esenciales en la relación entre la Policía Nacional y el resto del sistema, en especial el Ministerio Público es un asunto bastante claro. Como en diferentes oportunidades ha señalado en nuestro medio el profesor César San Martín, “el reto más importante de un nuevo Ministerio Público es constituir un modelo eficiente y razonable de relaciones con la Policía Nacional (...) la Constitución enfatiza que el Ministerio Público tiene la misión de conducir desde su inicio la investigación del delito. Ello significa que no sólo todo acto de investigación de un presunto delito le debe ser comunicado, sino que la administración en general no puede abocarse a conocer de delitos sin la conducción de la Fiscalía<sup>(30)</sup>”. Para todos

es visible que las resistencias que tales cambios provocan son una de las fuentes más importantes de las resistencias que han impedido, hasta el presente, la puesta en vigencia del Código Procesal Penal. Baste, para confirmarlo, con transcribir parte de las observaciones formuladas por la Corte Suprema de Justicia durante el último procedimiento de observación: “En el tercer párrafo *in fine* del artículo 62 del Código Procesal Penal se establece que la Policía Nacional está obligada a cumplir las órdenes del Ministerio Público en el ámbito de su función”. “Esta disposición resulta inconstitucional por cuanto el vocablo ‘órdenes’ lleva intrínseco el concepto de subordinación jerárquica, que conforme a la redacción de la autógrafa la Policía Nacional estaría subordinada al Ministerio Público, situación que constitucionalmente no lo es<sup>(31)</sup>”(sic).

Los mayores obstáculos a la reforma parecen provenir, sin embargo, del modo en que se ha estimado el costo financiero de la reforma. Las observaciones que el Ministerio Público opuso al Código durante diciembre de 1997 estuvieron apoyadas en un cálculo según el cual el Código sólo podría implementarse si se resolvieran una serie de problemas organizacionales entre los que se encuentra la necesidad, percibida por la Comisión Ejecutiva del Ministerio Público, de ampliar el volumen de plazas de esta entidad. Según el cálculo efectuado por esta última entidad, el costo del proceso importaría una ampliación presupuestaria de 600 millones de soles, lo que, dada la estructura actual del gasto público representa un obstáculo insalvable. A estas alturas queda claro que las políticas de reforma del sistema judicial están fuertemente vinculadas a los objetivos de las políticas macroeconómicas que, entre otras cosas, buscan racionalizar el gasto público. No debe sorprender, entonces, que los recientes debates sobre la reforma al proceso penal se hayan planteado de manera simultánea con las sustentaciones de solicitud de partidas presupuestales del sector público, ni debe sorprender que, junto a la aprobación de los últimos presupuestos, se hayan producido decisiones como las observaciones al Código (diciembre de 1995 y 1997) o incluso la creación de las Comisiones Ejecutivas del Poder Judicial y el Ministerio Público (fines de 1995)<sup>(32)</sup>.

(30) *Ministerio Público y reforma de la justicia: algunos planteamientos de principio*. Conferencia dictada en el marco del Seminario *Reforma Judicial en el Perú: logros y retos: en busca de un Plan de mediano plazo*. Academia de la Magistratura. Lima, marzo de 1997.

(31) Durante el anterior procedimiento de observaciones el Poder Ejecutivo había insinuado su desacuerdo con el perfil de relaciones Ministerio Público-Policía Nacional asumido por el Código. Dice, el oficio 008-96-PR enviado al Congreso: “respecto al concepto sobre la dirección de la investigación del delito, sería conveniente determinar si se ha adecuado a lo dispuesto en el inciso 4 del artículo 159 de la Constitución, en el sentido que corresponde al Ministerio Público conducir la investigación del delito”.

(32) Esta hipótesis, que no es tema de este trabajo, fue planteada ya por el autor en otro lugar: *Justicia, la nueva versión del ajuste*. Diario *El Mundo*, n. A-4. Edición del martes 14 de noviembre de 1995.

Sin embargo, hay que hacer también algunas observaciones propias al modo en que, hasta en su última versión, venía definiéndose el procedimiento según el nuevo Código. En general, en su esquema, el desarrollo de la investigación fiscal está sujeto a los mismos presupuestos procesales que el Código de 1940 fijaba para la instrucción. La apertura simultánea de investigaciones en dos o más fiscalías da origen a contiendas que deben ser resueltas por las instancias superiores del Ministerio Público. Citados a declarar, los imputados podrían plantear cuestiones previas (sobre los requisitos fijados para iniciar la investigación) y prejudiciales (sobre el carácter ilícito de los hechos), además de excepciones, incluida la declinatoria. Todas los procedimientos son escritos. Las peticiones de las partes civiles deben ser comunicadas a la (o las) partes contrarias y se resolverían por medios de resoluciones, algunas de las cuales pueden ser impugnadas ante los fiscales superiores.

Coincidentemente con este modo de concebir a la actividad de los fiscales, las reglas de incorporación de pruebas al proceso están concebidas de un modo bastante ambiguo. Incluso en algunos artículos del anteproyecto de 1995 llegaban a denominar “pruebas” a lo que no debería ser sino bases de la imputación reunidas durante la investigación criminal<sup>(33)</sup>.

Antes de la Constitución de 1979 el proceso penal peruano había funcionado como una secuencia de investigaciones policiales y judiciales desarrolladas sucesivamente sin que medie entre ellas algún canal eficiente de comunicación e integración de información. El modo en que está diseñado el proceso sólo permite que jueces penales y policías se encuentren en las diligencias de ratificación pericial, en las declaraciones testimoniales de los policías o cuando éstos se ven involucrados en algún caso de abuso de poder. No existe ningún procedimiento que permita incorporar al proceso la información que sobre un caso puede reunir la policía después de presentado su informe (el “atestado”). Como los procesos son lentos, al momento de emitir la

sentencia los jueces tienen ante sí un conjunto de información bastante antigua, que muy pocas veces es actualizada durante las diligencias de investigación judicial. Esta situación provoca una pérdida muy significativa de información más reciente que podría reducir los elevados márgenes de error con que actualmente funciona el sistema<sup>(34)</sup>.

La incomunicación de policías y jueces sólo puede ser resuelta a través de procedimientos que permitan incorporar a lo largo de todo el proceso la información que continuamente producen los primeros. Sin embargo, resulta evidente que esta información no puede ser empleada por los jueces al momento de emitir sentencias tal cual es emitida. Para que puedan ser empleadas en el curso de un proceso penal las conclusiones sobre hechos producidas por la policía deben ser mediatizadas por una argumentación jurídica que explique sus alcances tomando en cuenta los precedentes judiciales y las reglas habitualmente empleadas por los jueces en sus decisiones. Esta mediatización no tiene porqué ser exigida a la policía. Debe ser hecha por un cuerpo jurídico distinto: un cuerpo formado por abogados que esté en capacidad de trabajar como orientador permanente de las investigaciones policiales y sea capaz de sostener los cargos penales contra los imputados. Esta es, precisamente, la función que corresponde a los Fiscales en el derecho comparado, salvo por lo que toca al procedimiento de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española.

En el marco del modo de organización del proceso penal recogido por las distintas versiones del Código al que se ha hecho referencia, las fiscalías tienen a su cargo la dirección final del procedimiento de formación de cargos penales. Para ello, los fiscales y los policías deben estar preparados para desarrollar relaciones de mutua colaboración que permitan mejorar la eficiencia de las labores conjuntas y elevar permanentemente la calidad del aporte que cada dependencia debe hacer durante las investigaciones criminales. La implementación de este tipo de relaciones exige que los sistemas permitan a los

(33) En el Código la actividad probatoria aparece regulada en el libro II, “La investigación”. Según el artículo 92 del Código, “La etapa procesal de investigación persigue reunir la prueba necesaria que permite al Fiscal decidir si formula o no acusación”. Según el artículo 97 el Fiscal “actúa la prueba ofrecida por los sujetos procesales”. Los elementos propuestos al juicio son “nuevas pruebas” (artículo 293.1) y sólo pueden ser admitidas si el pedido específica “el probable aporte a obtener para el mejor conocimiento del caso” (artículo 294.1). A la luz de estos artículos queda claro que, incluso en la última versión del Código la actividad probatoria sigue apoyada fundamentalmente en los actos de investigación, que en este caso, además, corren a cargo de la parte acusadora del proceso.

(34) En los casos por terrorismo, los abogados de organismos de derechos humanos crearon una práctica que revela los problemas prácticos que origina esta situación. Puestos ante la elevada influencia que tienen los informes policiales sobre la opinión de jueces y fiscales, hacia 1992 los abogados de estos organismos comenzaron solicitar a la policía especializada que profundice las investigaciones sobre los hechos atribuidos a sus defendidos. Cuando los imputados eran inocentes, estas nuevas investigaciones servían para que la policía encontrara nuevas evidencias que modificaban la versión inicial que habían sostenido sobre los hechos. Alcanzados a los fiscales, muchas veces estos “segundos informes” permitían que se retiraran los cargos presentados siguiendo las conclusiones del primer informe.



fiscales concentrar sus energías en estudiar cada caso o problema planteado a fin de orientar las pesquisas de la policía hacia la obtención de aquellas evidencias que sean útiles para sostener la acusación. Si bien corresponde a la policía reunir y analizar toda la información vinculada a cada una de estas situaciones, es a los fiscales a quienes les corresponde advertir, por anticipado, cuando la información reunida por la policía es insuficiente para ser presentada en juicio o cuando se ha infringido los procedimientos legales de un modo tal que el caso en su conjunto se ha perjudicado. Por lo mismo, corresponde a los fiscales proporcionar a la policía los criterios que sean más útiles para evitar el enorme derroche de energías y recursos que se produciría si se dedicaran largas horas de trabajo a diligencias y operativos que no podrán ser empleados en juicio, mientras quizá con un desgaste menor habría sido posible obtener aquellos elementos que, aunque puedan parecer poco importantes, son precisamente los que la jurisprudencia de los tribunales ha reconocido como fundamentales.

De esta manera, el Código Procesal, en sus distintas versiones, va, entonces, en la dirección correcta. El problema reside en que, hasta el momento, no se ha formado en nuestro medio el consenso institucional

necesario para iniciar una reforma organizacional tan profunda como la que requiere. En tanto se avanza en esa dirección, ha ido ganando terreno en nuestro medio la opción por introducir en el sistema algunas reformas de urgencia que, al menos, puedan generar cambios básicos en los problemas principales observados en el funcionamiento del sistema de justicia penal.

El problema central de la reforma del procedimiento penal es, a no dudarlo, la posición que corresponde al juicio dentro del sistema adoptado para regular la formación de convicción del Juez. Introducir la problemática del juicio oral llamando la atención sobre la centralidad que corresponde al juicio dentro de la teoría del proceso resulta, por decir lo menos, incómodo en un medio como el nuestro, en el que la escrituración tiene tal preponderancia que se ha podido, sin más objeción de inconstitucionalidad, generalizar un tipo de procedimiento en el que el juicio, literalmente, es abandonado para dejar que sea el propio Juez de Instrucción quien dicte sentencia. Hoy en día, la mayor parte de figuras delictivas contenidas en el Código Penal deben ser juzgadas según las normas del procedimiento sumario. El ordinario, que es el que conserva una etapa de actuación oral, aparece reservado sólo para una estrecha relación de delitos que, sin embargo, contiene todas las figuras sancionadas por leyes especiales. Y aun allí, en el procedimiento ordinario, el juicio oral aparece reducido en su importancia frente a una instrucción que ya en 1927 era denunciada por Niceto Alcalá Zamora como recargada en exceso de diligencias innecesarias.

El artículo 280 de nuestro Código de Procedimientos Penales ofrece, en buena cuenta, un buen resumen de las deficiencias de concepción que en nuestro medio priman en esta materia. Según su texto, al momento de dictar sentencia los miembros del tribunal del juicio deben apreciar tanto las diligencias actuadas en juicio como aquellas otras que hayan sido actuadas en fase de instrucción. Aunque M. H. Cornejo, en sus *Comentarios* sostuvo desde antiguo que tal referencia forzaba a incorporar en los debates, por todos los medios posibles, los resultados del sumario, que no a invocarlos directamente en la sentencia, en los hechos se ha impuesto en nuestro medio un estilo de juzgar en el que el contenido de las actas escritas determina el prejuzgamiento de los magistrados, hasta tal punto que muchos de los interrogatorios practicados ante nuestro tribunales son, a no dudarlo, un simple pre-anuncio de una condena que será dictada según los actuados de la fase preliminar. La estructura altamente ritualizada de nuestro juicio, que reduce en exceso los debates directos

sobre lo que debe hacerse y sobre el significado de los que se tiene delante, hace que la experiencia correcta del juicio sea para nosotros un asunto de derecho comparado, que no lo que orienta nuestro modo práctico de tomar decisiones sobre los casos que llegan a los tribunales.

En nuestro medio, el problema del juicio oral, entonces, llama a cambios imprescindibles en las reglas del procedimiento y a cambios que deben ser introducidos en las prácticas procesales con las que se les organiza y tramita.

En conjunto, el marco normativo que rige el procedimiento penal debe estar definido en perspectiva a lograr el punto de equilibrio entre los requerimientos de certeza (entendida como la necesidad de asegurar que sólo los culpables sean condenados) y aceleración (entendida como la necesidad de aproximar, al máximo posible, la sentencia al momento de ocurrencia del hecho). Dicho en otras palabras, el proceso debe permitir que los juzgadores logren formarse una convicción segura y absoluta sobre los hechos del caso en el menor tiempo razonable de tramitación de una causa. En el camino hacia el logro de ese punto de equilibrio, los derechos de los imputados a un juez imparcial, a la defensa, a la libre contradicción y debate y a un juicio oral y público, entre otros, constituyen verdaderos mecanismos de seguridad diseñados para impedir que por la pura aceleración se asuma como verdaderas afirmaciones parciales, es decir, originadas en el exclusivo punto de vista de una de las partes. Las sanciones al retardo constituyen, igualmente, contra incentivos muy útiles frente al excesivo ritualismo que puede terminar por sobrecargar el proceso de diligencias innecesarias que alejan la sentencia del momento de comisión del delito, haciéndola poco eficaz en sus fines preventivo generales.

En el estado actual de las técnicas procesales, el óptimo del sistema se alcanza en la medida en que las sentencias sean dictadas a consecuencia de una fase probatoria producida de manera oral -por ello inmediatamente un Juez que debe formar su convicción en el marco de audiencias públicas que aseguren que tenga ante sí todas las alternativas de interpretación de las leyes y los hechos del caso. En este escenario, el uso de la oralidad se convierte en un *test* fundamental para controlar el modo en que un concreto sistema procesal realiza el ideal de equilibrio entre certeza y aceleración. Por definición, un sistema basado preferentemente en la escrituración estará más lejos del ideal de eficiencia que uno basado en la oralidad. La opción entre una y otra técnica de actuación escapa al conjunto de opciones

puramente neutras del sistema. Lejos de ello, constituye más bien un asunto esencial a la hora de analizar la eficiencia con que éste se desempeña.

La implementación de un proceso con todas estas características requiere, por cierto, de una serie de transformaciones actitudinales y organizacionales cuya dimensión se refleja, en términos político-institucionales, en los programas de reforma de la justicia organizados alrededor de un cambio fundamental en los Códigos Procesales. Sin embargo el inicio de un programa de ese tipo requiere una serie de condiciones objetivas vinculadas al nivel mínimo de consenso que debe generarse entre los operadores del sistema y entre los poderes públicos en punto a fijar las líneas matrices de organización del proceso judicial. Como condición previa a una reforma fundamental del sistema de justicia se requiere, principalmente, congregar consenso alrededor de un concepto muy claro sobre las diferentes funciones que, en el proceso penal, corresponde asignar al Juez de la causa, al Fiscal y a la defensa. En orden a esto, se requiere también profundizar el consenso en torno a temas fundamentales como el respeto a la presunción de inocencia, a la oralidad e intermediación como requisitos irrenunciables para el desarrollo de juicios penales, a las garantías del juicio justo y al derecho a la defensa. Por cierto, también deben ser trabajados a este nivel temas como la utilidad pública de un sistema basado en estos principios, y por tanto la plena justificación del mayor o menor nivel de gasto fiscal que requiere su implementación. No debe olvidarse además que el sistema de justicia penal está íntimamente relacionado con las políticas de control del orden interno, y que, en consecuencia, su funcionamiento requiere de un amplio acuerdo marco entre el Ministerio Público y la Policía, en punto de fijar, en detalle, las múltiples implicancias de un sistema de investigación del delito basado en el reparto de funciones y en el principio de mutua cooperación.

Una reforma normativa que no parta de un amplio debate sobre estos puntos fundamentales podrá arriesgar sus resultados al más amplio fracaso. El funcionamiento de la justicia, como cualquier otro tema institucional requiere para su correcta implementación una cultura ciudadana que oriente a usuarios, acusados, operadores y al público en general sobre el sentido del proceso. Sin un programa organizado para generar estos acuerdos esenciales el destino de la reforma puede verse en riesgo. En consecuencia, el modo de implementación de una reforma fundamental debe definirse con suma prudencia, sobre todo porque, como se verá en el apartado siguiente, una serie de hechos producidos en

nuestra historia reciente indican que en el momento actual no están dadas todas las condiciones institucionales que se requerirían para hacer viable una reforma fundamental del sistema procesal basada en un cambio de Código. En consecuencia, es preciso avanzar en el logro de tales condiciones a través de un programa gradual que permita introducir en el sistema correctivos puntuales que abran el camino hacia una reforma fundamental.

En este marco, para nosotros, el problema del juicio obliga a centrar la atención en el modo en que damos valor práctico al derecho de toda persona a que se presuma su inocencia y los criterios que empleamos para plantear el juicio de cara a los acusados. La introducción indiscriminada de admoniciones morales, advertencias y fórmulas que precalifican de plano las versiones de defensa como falsas o elusivas constituyen la mejor muestra de el modo en que nuestro sistema no se toma en serio el papel del juicio. Como hemos visto, en teoría, es el escenario del juicio el que debería servir para que los magistrados que deben sentenciar formen convicción sobre los hechos del caso. En nuestra práctica, sin embargo, la convicción de los magistrados llega al juicio predeterminada por la lectura de las piezas del sumario, de modo tal que el juicio se convierte en sólo una actualización de los prejuicios incorporados al expediente.

Puede que el problema central de nuestro juicio corresponde, precisamente, a las mismas causas que hacen del expediente judicial la pieza más importante del despacho. Hoy en día es poco imaginable un proceso sin expediente. Sin embargo, la eliminación de esa herramienta, o mejor, su sustitución por archivos documentales menos importantes en su uso, tiene enorme importancia para la reestructuración de la cultura judicial de nuestro medio.

En el marco de un procedimiento fuertemente escrito, el expediente se ha convertido en la fuente por excelencia de convicción de los magistrados. En tal medida, no es absurdo pensar que debamos definir como meta político criminal la desaparición del expediente, que en el marco de un procedimiento oral tendría que terminar reducido al papel que corresponde a los recaudos de la acusación fiscal y de los escritos de defensa del acusado. Es fácilmente imaginable un proceso judicial en el que las actas de las diligencias preliminares solicitadas por el Fiscal le sean entregadas para la preparación de la acusación, y sólo puedan ingresar al proceso como anexos de la misma. Un sistema diseñado de tal modo podría, además, ofrecer un espacio práctico sumamente sencillo para validar la

regla de exclusión probatoria: en él, el juicio de admisión sobre la acusación importaría, además, un juicio sobre la admisión de las fuentes documentales de prueba que la acompañan. Las actas de diligencias ilegales podrían, de este modo, ser físicamente excluidas del conjunto de legajos que se admiten al proceso. Las diligencias sumariales pasarían en este procedimiento, incluso en términos simbólicos, a ser parte de la acusación del Fiscal, colocado como una parte del proceso, no del expediente que tiene ante sí el Tribunal.

Un procedimiento tal requiere, por cierto una modificación esencial de los roles que ahora se asignan a la fase de instrucción y a la de juicio. Tal como está estructurado el Código de Procedimientos Penales de 1940 la instrucción acaba siendo, no una fase de preparación de la acusación sino una de acopio de fuentes documentales de prueba. En consecuencia, la regla del artículo 232 ordena que sólo se admita juicio peritos y testigos nuevos. En medio de este marco, el centro de la actividad probatoria de nuestro procedimientos se traslada inevitablemente al sumario. Una correcta resignificación del rol de cada fase procesal obligaría a suprimir esta regla y reemplazarla por otra, que con mejor criterio suprima de las diligencias preparatorias todas aquellas que deben ser actuadas ante el Tribunal y reduzca la función de las mismas a la exclusiva preparación de la acusación, a la que corresponde no la actuación de todo lo posible, sino solo de aquellas diligencias que permiten justificar la imputación o asegurar las fuentes de prueba que deben llegar a juicio.

En su conjunto, el programa de reforma producirá inevitables problemas constitucionales. La reforma provoca cambios en pautas de conducta fuertemente interiorizadas en los operadores. Al menos una parte de ellos sentirá que esa transgresión a lo establecido por las fuerza de la repetición constituye una violación a las reglas de derecho y responderá en consecuencia. Además, puede que no todas las objeciones sean infundadas. Es evidente que lo ideal sería que las reformas sean respaldadas por una amplia coalición que sustente los cambios. Pero la ausencia de tal coalición es siempre posible y entonces surge el problema de la legitimidad del proceso: ¿debe esperarse hasta que estén dadas las bases de consenso o es posible admitir, al menos temporalmente, que el proceso sea impulsado por poderes de excepción que, al modo de los ajustes en la economía, se coloquen por encima del sistema político?

Un problema distinto proviene de la lógica misma de todo programa de reforma. Los procesos acelerados

de cambio institucional pueden llegar a generar una voluntad política que se ponga a sí misma por encima del sistema de toma de decisiones. Si bien tal acumulación de poder puede justificarse en ciertas condiciones -los conflictos internos, por ejemplo-, no siempre es posible encontrar un agente tal que, pasado el periodo de excepción, esté dispuesto a autolimitar el poder acumulado transfiriéndolo a la sociedad. En estos términos, los procesos de reforma pueden generar

cuadros de acumulación excesiva de poder que trasciendan las necesidades fijadas por las circunstancias y convierten al reformador en una suerte de *Leviatán* que actúa libre de contrapesos. En tanto exista este exceso, y se manifieste en la transgresión a ciertas reglas básicas, como la de independencia e inamovilidad de la judicatura, tocaremos el límite que separa la necesidad de cambios de la más abierta inconstitucionalidad. ㊦