

SOBRE VIOLENCIA, JUSTICIA Y EFICACIA: EL PROYECTO DE CODIGO PROCESAL PENAL

Arsenio Oré Guardia

Abogado

Profesor de Derecho Procesal Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Miembro de la Comisión Especial Revisora del Código Procesal Penal

Para explicarnos el porqué de la reforma de nuestro proceso penal debemos analizar si en el Perú se han cumplido los fines del proceso penal y, desde esa perspectiva, establecer cuáles han sido los principales motivos de la reforma.

Afirmación de los bienes jurídicos

El proceso penal forma parte del control penal y éste tiene como uno de sus fines principales que los ciudadanos tomen conciencia de un estricto respeto a los bienes jurídicos prioritarios para la convivencia social (prevención general positiva).

¿Es el proceso penal en el Perú un instrumento eficaz para la afirmación de los bienes jurídicos? ¿Están sensibilizados nuestros ciudadanos en todo lo que concierne al respeto a los bienes jurídicos, y al papel que al respecto debe cumplir, especialmente en la defensa de esos bienes, el sistema penal?

Solución reglada de los conflictos derivados del delito

De otro lado, el proceso penal es un instrumento para la solución reglada de los conflictos derivados del delito; por lo menos debe ser un medio de redefinición de conflictos para disminuir la carga de violencia social que generan los delitos.

Cabe preguntarse, al respecto si el proceso penal es realmente en el Perú un medio eficaz de solución de conflictos y si contribuye a disminuir los márgenes de violencia social derivada del delito.

¿No será acaso que el proceso penal se ha convertido en el Perú en un proveedor social de violencia por la forma injusta en que soluciona sus casos?

El actual funcionamiento del proceso penal, como canalizador de la demanda de tutela estatal efectiva contra conductas antisociales, es duramente cuestionado por el doctor Arsenio Oré Guardia en el presente trabajo.

A partir de esta premisa, el autor desarrolla una justificación del Proyecto del Código Procesal Penal de 1995, al que considera como piedra angular de una reforma profunda y efectiva de la importante institución a cuya regulación se avoca. Los elementos que toma en cuenta para ello, no se agotan en la doctrina, muchas veces insuficiente; tampoco en el variado catálogo de la legislación comparada. El autor reivindica la función oficial social de la norma adjetiva del instituto procesal: han de reponer a las necesidades inherentes a una realidad social tan compleja como la peruana. El artículo reviste especial interés por tratarse de una reforma inminente de la legislación procesal penal.

¿No será que actualmente el proceso penal está lejos de ser una herramienta eficaz para la construcción de la paz social en justicia que es el fin mediato de todo proceso?

Percepción del proceso que tienen los sujetos procesales

¿Consideran los sujetos procesales que sus expectativas se cumplen en el proceso penal?

¿No será acaso que los jueces y fiscales están agobiados con cargas procesales imposibles de resolver eficaz y rápidamente? ¿Puede exigirseles rapidez y acierto si el Estado no les proporciona a su vez el mínimo de tranquilidad vital para resolver los conflictos ajenos?

¿Siente el imputado que el sistema penal es justo y equitativo y que resuelve su situación jurídica en un plazo razonable? ¿Siente el agraviado que sus expectativas reparatorias son alcanzadas oportunamente en el proceso penal?

¿Estima la sociedad que el sistema penal contribuye a resolver los problemas derivados del delito?

Es evidente que la respuesta a todas estas preguntas es, por desgracia, negativa.

Percepción ciudadana de la justicia penal

Según encuestas de la empresa Apoyo S.A. publicadas por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, en el año 1991 sólo el 5% de los ciudadanos consideró que el Poder Judicial es confiable, el 40% que es poco confiable y el 32% que es nada confiable.

Una cuota muy importante en ese descrédito social (72%) tiene que ver, indudablemente, con la ineficacia -cuando no la arbitrariedad- del proceso penal, y con el hecho de que las experiencias negativas sufridas por los ciudadanos son más traumáticas cuando los bienes jurídicos afectados son su libertad, su honor, su tranquilidad.

Justicia Penal alternativa.

La ineficacia del sistema penal formal ha ocasionado a su vez en nuestro país el muy considerable desarrollo de mecanismos informales de control penal. Los mecanismos alternativos de solución de los conflictos derivados del delito están muy extendidos en el Perú, especialmente en la zona rural. El artículo 149° de la Constitución de 1993 les ha dado carta de reconocimiento al establecer que: "Las au-

toridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial".

Internos sin condena

Una de las realidades más angustiantes del sistema penal es el alto porcentaje de internos sin condena que siempre ha tenido nuestro país y que siempre ha oscilado entre el 70% y 80% de los reclusos. Un índice sumamente alto y sobre todo difícil de entender en un país cuyas constituciones han declarado siempre que toda persona es inocente mientras no exista una declaración judicial de responsabilidad.

Concordancia normativa

Pero la necesidad de reforma del proceso penal no sólo se deriva de su actual falta de eficacia y legitimidad social, sino que además se requeriría una armonización normativa del Código Procesal con la Constitución de 1979, luego con la de 1993, con los Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos y el Código Penal.

Concordancia del Código Procesal Penal con la Constitución y con los Convenios Internacionales

En ningún ámbito jurídico es tan próxima, tan inmediata y tan directa la posibilidad y peligro de violación de los derechos humanos como en el proceso penal. En este tipo de procesos se puede afectar bienes jurídicos fundamentales como la vida, la libertad, el honor y el patrimonio de las personas. Esto justifica los principales principios, derechos y garantías internacionales sobre derechos humanos.

En tales cuerpos normativos están previstos principios, derechos y garantías constitucionales como por ejemplo: el juicio previo, el debido proceso, la tutela judicial efectiva, el derecho de defensa, la presunción de inocencia, el *in dubio pro reo*, el principio del juez natural, la cosa juzgada, el plazo razonable.

Las Constituciones reflejan las concepciones éticas y culturales de los pueblos, de la sociedad, de los legisladores; el proceso penal tiene que estar armonizado con esos principios. Hay procesos penales inquisitivos, represivos, autoritativos y

deshumanizados como hay procesos acusatorios, democráticos y humanistas; todo depende de los valores que prevalezcan en la sociedad y en su Constitución Política.

El Código de Procedimientos Penales promulgado el 22 de noviembre de 1939, esto es, durante la vigencia de la Constitución de 1933 requería de una armonización con la Constitución de 1979 y luego con la de 1993.

La concordancia del Código Procesal Penal con la Constitución y los convenios internacionales de derechos humanos resulta una exigencia de coherencia intrasistémica de nuestro ordenamiento jurídico.

Concordancia con el Código Penal de 1991

Es un criterio de valor sobreentendido que Código Penal y Código Procesal Penal tienen que tener la misma orientación político criminal. En nuestro caso ocurre que el Código Penal de 1991 se orienta a un modelo de prevención general y especial y ha adoptado una serie de medidas alternativas a la pena privativa de la libertad como: condena condicional, reserva del fallo condenatorio, exención de pena, prestación de servicios a la comunidad, limitación de días libres y conversión de penas, todas ellas destinadas a descongestionar las cárceles, pero en la práctica el proceso penal sigue produciendo mayor clientela para la prisión, mediante medidas de coerción personal tasadas e irracionales y mediante la prolongación de la detención por la demora de los procesos.

Graves deficiencias del proceso penal

La doctrina nacional y los operadores del sistema penal se encuentran casi uniformes al identificar por lo menos los siguientes problemas y defectos del proceso penal peruano:

- La policialización de la investigación del delito. En términos cuantitativos es una realidad que la Policía Nacional tiene el manejo de más de 94% de investigaciones de delitos y faltas y en términos cualitativos también está demostrado que lo actuado en sede policial es el documento que el Fiscal Provincial evalúa para decidir la denuncia y el Juez Penal utiliza para decidir la apertura de instrucción, la detención o comparecencia del imputado y hasta para hacer los interrogatorios. Las conclusiones del atestado policial se reproducen en las sentencias de los jueces en porcentajes muy considerables.

No es bueno que un órgano jerárquicamente organizado y dependiente del poder central como es la policía tenga tanto manejo en la investigación; la autonomía e independencia de los órganos de investigación y juzgamiento es imprescindible para un debido proceso. Por lo demás, si se mantienen los márgenes cuantitativos habría que preguntarse si la justicia penal es realmente administrada por los policías o por los jueces.

- La superposición innecesaria de etapas, pues suele ocurrir que en un caso investiga la policía, investiga el Fiscal Provincial, investiga el Juez y tantas investigaciones ocasionan dilación y duplicidad de esfuerzos.

- Ineficacia aplicativa del juicio oral. La forma en que está concebido el juicio oral y sobre todo cómo opera realmente, constituye actualmente una de las causas más importantes de la congestión procesal en las Cortes Superiores y en la Sala Penal de la Corte Suprema. Si se compara el número de procesos penales que se inician con el número de sentencias que se emiten en juicio oral en los Tribunales, se advertirá que la diferencia es enorme.

- La regulación normativa irracional de las medidas de coerción personal y sobre todo su aplicación cotidiana, no han seguido generalmente en nuestro país los principios de necesidad, proporcionalidad, legalidad y provisionalidad que son básicos en un sistema cautelar procesal penal.

- La omisión clamorosa en el Código de Procedimientos Penales de instituciones procesales sumamente importantes como la actividad procesal, la actividad impugnativa, la prueba documental, la prueba indiciaria.

Adaptación a la doctrina procesal penal moderna

Las fuentes legislativas predominantes de los códigos de procedimientos penales latinoamericanos han sido el Código Napoleónico de 1808, la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España de 1882, las ideas de Jeremías Bentham, en el siglo pasado y el Código Procesal Italiano de 1930 de Vincenzo Manzini y Hugo Rocco.

Sin embargo el sistema mixto es un modelo superado en la doctrina y las recientes reformas procesales ocurridas en Italia, Portugal, Colombia, Guatemala, El Salvador, Costa Rica, Nicaragua, Panamá, Ecuador, Chile, entre otros, siguen el modelo acusatorio.

Las objeciones más serias que se formulan al sistema mixto son la concentración en Juez del poder de acción con el poder de decisión y la dependencia del nivel de investigación con el poder central.

El Proyecto de Código Procesal Penal

La Ley N° 26299 de 30 de abril de 1994 suspendió la entrada en vigencia total del Código Procesal Penal de 1991 mientras una comisión la adaptara a la Constitución de 1993.

La Comisión Especial Revisora del Código Procesal Penal se instaló el 6 de setiembre de 1994 y concluyó su trabajo el 6 de marzo de 1995.

El proyecto del Código Procesal tiene 507 artículos y 24 disposiciones complementarias.

El proyecto desarrolla las garantías procesales penales contenidas en la Constitución de 1993, especialmente los principios de legalidad procesal penal (artículo 139-10), el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva (art. 139-3). Además sus normas concuerdan con las disposiciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ya que, conforme a la cuarta disposición final de la Constitución, las normas relativas a derechos y libertades se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales que sobre la misma materia ha ratificado el Perú. Entre tales cuerpos normativos tenemos:

- La Carta de las Naciones Unidas de 15 de junio de 1945.
- La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948.
- El Pacto Internacional de Derechos Civiles Humanos de San José de Costa Rica de 28 de noviembre de 1969.

Seguridad Ciudadana

El proyecto no sólo desarrolla los principios, derechos y garantías de los justiciables sino que trata de encontrar un equilibrio entre libertad y seguridad, entre garantía y eficacia, desarrollando el mandato del art. 44° de la Constitución vigente en cuanto establece entre los deberes primordiales del Estado el de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, así como la seguridad ciudadana. No puede sostenerse validamente que el proyecto sólo se preocupa de los derechos de los imputados, porque también los derechos de la sociedad en su

permanente lucha contra la criminalidad son tutelados de manera adecuada.

Se puede citar entre las normas que atienden la eficacia en la lucha contra el crimen, a las siguientes:

- Las medidas cautelares de urgencia antes de iniciarse formalmente el proceso, las cuales impedirán en el futuro que personas investigadas huyan del país, poniéndose fuera del alcance de la justicia.
- Normas para la desarticulación de organizaciones tributaria (artículos 172 a 174).
- Intercepción telefónica con orden judicial (artículo 165).
- Procedimiento de colaboración eficaz (artículos 448 a 457)
- La cooperación judicial internacional (artículos 479-482).
- La actuación probatoria de urgencia (artículos 303-303)

Fuentes del Código Procesal Penal de 1991 y del Proyecto de 6 de abril de 1995

El Código Procesal Penal de 1991 y sobre todo el proyecto de Código Procesal Penal de 1995 se han inspirado fundamentalmente en la realidad de la justicia penal de nuestro país y en las experiencias que se han podido extraer de su funcionamiento cotidiano. Han tenido como fuente los proyectos de reforma preexistentes, y también han utilizado la experiencia acumulada por otros pueblos. En tal sentido se pueden citar como fuentes importantes los siguientes códigos extranjeros:

- El Código Procesal penal Modelo para Iberoamérica del profesor argentino Julio B. J. Maier de 1989
- El Código de Procedimientos Italiano de 1989
- El Código de Procedimientos Penales Colombia de 1992
- La Ordenanza Procesal Penal Alemana de 1882
- El Código de Procedimientos Penales de Portugal
- La legislación procesal penal española.

Sistema Procesal

El proyecto de Código Procesal Penal publicado el 6 de abril de 1995 mantiene el sistema acusatorio del Código Procesal de 1991 pero lo nutre de innovaciones fundamentales que enriquecen su contenido en la perspectiva de crear un modelo al mismo tiempo eficaz y garantista.

Orientaciones del Proyecto de Código Procesal Penal

El proyecto de Código Procesal Penal está orientado fundamentalmente a:

- Buscar un equilibrio entre la necesidad de eficacia del proceso penal y la tutela de los principios, derechos y garantías de los procesados.
- Desarrollar en la legislación adjetiva el mandato constitucional de la conducción de la investigación por el Ministerio Público (artículo 159, inciso 4to.)
- Regular el proceso como un medio de redefinición de conflictos, priorizando la composición por sobre la inquisición. Una muestra clara de ello es la regulación del principio de oportunidad (artículo 2do.), la terminación anticipada (artículos 444 a 447) y la colaboración eficaz (artículos 448-457).
- Racionalizar la carga procesal a través de una distribución más funcional de la participación de los operadores de la justicia penal en la investigación y el juzgamiento.
- Hacer participar a la sociedad civil en la investigación del delito, a través de organismos científicos y organizaciones no gubernamentales. La investigación del delito no solamente es un problema de policías, fiscales, jueces y abogados: la sociedad debe contribuir a la afirmación de los bienes jurídicos afectados por el delito contribuyendo a la eficaz investigación del hecho criminal.

Estructura del Proyecto del Código Procesal

El proyecto de Código Procesal Penal tiene un Título Preliminar y los siguientes libros:

- Libro Primero: La acción penal
- Libro Segundo: La investigación
- Libro Tercero: El Juzgamiento
- Libro Cuarto: Actividad procesal
- Libro Quinto: De los Procesos Especiales
- Libro Sexto: De la Cooperación Judicial Internacional

El Proceso Penal según el Proyecto

El proceso penal, según el proyecto, tendría 2 etapas definidas:

1.- **La investigación**, a cargo del Ministerio Público, con auxilio de la Policía, en caso necesario. En esta etapa puede realizarse, en los casos que lo ameriten, una investigación policial preliminar pero siempre

con la dirección y control del Fiscal Provincial Penal (artículos 65 y 113).

En casos excepcionales, cuando fuera materialmente imposible que el Fiscal asumiera desde el comienzo la investigación del delito podrá la Policía asumir los actos de investigación previstos en el artículo 113 del proyecto, dando cuenta al Fiscal Provincial Penal.

Se elimina la actual etapa de instrucción judicial.

Concluida la investigación desarrollada por el Fiscal, éste tiene 2 alternativas: pedir al Juez dictar el auto de sobreseimiento (artículo 283) en caso de que se hubiera acreditado la irresponsabilidad penal del denunciado, o bien acusar en caso que se hubiera establecido su responsabilidad (artículo 291).

Mientras el Fiscal investiga el Juez Penal asume una jurisdicción preventiva que lo habilita para:

- Decidir si convalida o no la apertura de investigación del Fiscal Provincial Penal pues cabe la posibilidad de que rechace el inicio de la investigación si considera que los hechos no constituyen delito (debiendo entenderse como tal la ausencia de acción, de tipicidad, de antijuridicidad o de culpabilidad), que ha prescrito la acción penal, que no se ha satisfecho algún requisito de procedibilidad o que no se ha identificado debidamente el autor o partícipe.
- Dictar las medidas de coerción personal y real que el Fiscal no pueda dictar, por existir reserva jurisdiccional, como por ejemplo detención, impedimento de salida del país, allanamiento de morada, secuestro de correspondencia, interceptación telefónica, embargos, etc.
- Dictar las medidas contracautelares que correspondan, como por ejemplo, la libertad provisional, la libertad incondicional, la libertad prejudiciales y excepciones.
- Controlar la regularidad de la investigación fiscal. Puede exhortar, de oficio o a petición de parte al Fiscal Provincial para que subsane alguna irregularidad detectada en la conducción de la investigación. En caso de que su exhortación no fuera atendida lo pondrá en conocimiento del Fiscal Superior correspondiente para que proceda conforme a su atribuciones.

2.- **El Juzgamiento**, que se desarrolla ante el Juez Penal si el proceso es ordinario, y ante la Sala Penal Superior si se trata de proceso especial.

Las principales modificaciones que en materia de juzgamiento contiene el proyecto son las siguientes:

- El control material de la acusación que realiza el juzgador, pues conforme a los artículos 292 y 293 el Juez puede devolver al Fiscal la acusación cuando carece de alguno de los requisitos establecidos en el artículo 291 para que dentro de 3 días la omisión sea debidamente subsanada.
 - La sentencia de absolución anticipada prevista en el artículo 297 en virtud de la cual el Juez o la Sala Penal podrán dictar, sin realizar el juicio oral, sentencia absolutoria, cuando el hecho no constituya delito o exista una causa que lo extinga, cuando resulte evidente la concurrencia de alguna de las causas que eximen de responsabilidad penal, o cuando el delito denunciado no se produjo o el acusado obviamente no lo cometió.
 - El juzgamiento de acusado confeso (artículo 325), caso en el cual, producida la admisión de los cargos, se pasa directamente a la sentencia.
 - La regulación del principio de continuidad real de la audiencia (art. 313) para superar la actual corruptela de audiencias discontinuas y dilatadas.
 - Nueva secuencia del juicio oral, para que la oralización y el debate real de la prueba se realicen antes de examinar al acusado, dejando de lado la actual costumbre de tratar de extraer toda la información del proceso a través del interrogatorio del acusado.
- El orden del interrogatorio al acusado ha sido reformulado, pues de acuerdo al sistema acusatorio el Fiscal inicia el interrogatorio, lo continúan directamente los abogados defensores y el juzgador si lo considera necesario para aclarar o subsanar algunos vacíos importantes (artículos 335-336 y 337).
- La regulación de nuevos poderes disciplinarios concedidos al juzgador (artículo 310).

La Impugnación

La trascendencia de la institución de la impugnación se pone de manifiesto en el reconocimiento explícito que hacen de ella, por una parte, la Constitución Política del Perú (artículo 139-6) y la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículo 11), y por otro lado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14.5), el Pacto de San José de Costa Rica (artículo 8.2 "h") y otros convenios internacionales sobre Derechos Humanos.

El aporte más logrado que en materia de impugnación presenta el proyecto es haber articulado coherentemente, por un lado, en lo referido al conocimiento de los hechos, los sistemas de única y doble instancia, y por otro lado el sistema de recursos extraordinarios en lo que respecta al conocimiento del Derecho.

Recogiendo la fuente española el proyecto establece la institución del *Certiorari*, que consiste en la facultad desestimatoria del recurso de casación que tiene la Corte Suprema cuando dicho recurso careciera manifiestamente de fundamento, o cuando hubiera un criterio jurisprudencial consolidado sobre materias similares, o cuando el recurso no tuviera argumentos suficientes para que se modifique el referido criterio jurisprudencial (artículo 397).

Una modificación sumamente importante en materia de medios impugnatorios es la permisión de ofrecer y debatir pruebas en segunda instancia (artículo 392) lo cual materializa los principios de inmediación, contradicción y defensa en segunda instancia.

De esta manera, con recurso de apelación restringido pero basado en el principio de inmediación, con un juzgamiento colegiado en primera instancia para delitos de mayor gravedad y con la posibilidad del recurso de casación, se asegura una mayor certeza en la aplicación del Derecho al mismo tiempo que se garantiza el principio de instancia plural bien entendido, base de todo régimen y reforma procesal.