

# DOCTRINA



**LA REFORMA PROCESAL PENAL PERUANA:  
EVOLUCIÓN Y PERSPECTIVAS**

**CÉSAR EUGENIO SAN MARTÍN CASTRO**

**SUMARIO:** **I.** Introducción. **II.** Evolución del modelo procesal de 1940. **III.** El Código Procesal Penal de 1991: itinerario de una frustración. **IV.** La restauración democrática y la legislación procesal penal. **V.** Algunas premisas en torno a la reforma del proceso penal. 1. Aspectos generales. 2. Bases necesarias para una nueva estructuración del Código Procesal Penal.

**I. INTRODUCCIÓN**

§ 1. La reforma del proceso penal ha sido constante en la vida nacional, desde la promulgación del antiguo Código de Enjuiciamiento Penal de 1863, que empezó a regir desde el 1 de marzo de ese año<sup>1</sup> y que ancló sus

---

1 DEL VALLE RANDICH s/f: 34. Anota que la Asamblea Nacional Peruana, por Ley del 26 de septiembre de 1856, nombra una Comisión redactora de una ley procesal penal, compuesta de cinco miembros, que presentó su trabajo en 1861; y luego, por Ley del 18 de mayo de 1861, nombró una Comisión revisora, que al finalizar su trabajo y merced a las discusiones parlamentarias expide el Código de Enjuiciamiento en Materia Penal por Ley del 23 de septiembre de 1862, promulgado a su vez por el Presidente el 1 de octubre de ese año, que

fundamentos en el Reglamento de España de 1835 y el Código de José II;<sup>2</sup> es decir, con fuentes añejas —que la propia realidad de esa época ya había superado—, cuya estructura organizacional se asentaba en el modelo inquisitivo, escrito, con prueba tasada<sup>3</sup> —¡pese a que en Francia ya se había promulgado la Ley del 29 de septiembre de 1791 que establecía el sistema de valoración judicial de la prueba!—, y con una multiplicidad de instancias revisoras.

Los rasgos más característicos de dicho Código podrían ser: (1) función accesoria del Ministerio Público, que es un denunciante en limitados casos, mero *colaborador* de la investigación judicial y acusador en los delitos públicos; (2) predominio del juez —titulado *Juez del Crimen*—, quien tiene a su cargo el sumario y el plenario; (3) prisión preventiva mayormente obligatoria; (4) ostensible falta de derechos de los imputados, muy patente en la fase sumarial; (5) prueba tasada como criterio de valoración; y, (6) predominancia de la escrituralidad y, por ello, esencialmente burocrático.

§ 2. Las discusiones en pro de un cambio de la justicia penal, que precedieron al Código de Procedimientos en Materia Criminal, promulgado por la Ley N.º 4019, del 2 de enero de 1920, y que entró en vigencia el 1 de junio de ese año por Decreto Supremo del 5 de enero de 1920,<sup>4</sup> fueron lideradas por el senador Mariano H. Cornejo. Debido a sus intervenciones en el Senado en el año 1915, el Congreso dictó la Ley N.º 2101, del 27 de enero de ese año, a partir de la cual con fecha 11 de febrero de ese año se instituyó una Comisión Mixta Codificadora en Materia Penal, integrada por tres senadores y cuatro diputados, bajo la presidencia del citado Senador y eminente jurista. Esa Comisión presentó el Proyecto de Código Procesal el 8 de enero de 1916.

§ 3. De esas discusiones se pueden extraer los siguientes puntos de vista, considerados más importantes:

A. Que los remedios considerados imprescindibles para superar el viejo modelo procesal eran, de un lado, reducir el número de presos sin condena en atención a que el delito imputado no es de suma gravedad o a que puede presumirse que el delito no será probado; y, de otro lado, instaurar un juicio

---

empezó a regir el 1 de marzo de 1863. En VILLAVICENCIO 1965: 8, se señala que la fecha de promulgación de la Ley fue el 1 de marzo de 1863 y que la Comisión trabajó tanto el Código Penal cuanto la Ley procesal penal.

rápido, sobre la base del antiguo plenario que se había estructurado sobre las actuaciones de un sumario, del que el primero era su repetición y daba pie a nulidades, con la consiguiente falta de celeridad. Se decía en la exposición del Código de Procedimientos en Materia Criminal de 1920, respecto del Código anterior: «Singular procedimiento el nuestro que es, a la vez, impunidad para el crimen; tormento para la inocencia; medio de chantaje; instrumento de tiranía; campo que cosecha tinterillos explotadores del dolor humano y de la moralidad social».<sup>5</sup>

B. Que la oralidad y la inmediación, principios ejes del enjuiciamiento moderno, deben imponerse en tanto se considera, de un lado, la única garantía eficaz para esclarecer el hecho; y, de otro, que el único modo para que el tribunal pueda juzgar con conocimiento de la verdad, es que él mismo oiga al acusado, escuche al testigo, lo que a su vez le permitirá individualizar la sanción penal. El procedimiento anterior reproduce un sistema de intermediación burocrática, en cuya virtud el que redacta el acta de una diligencia procesal es el Secretario, que es la vía a partir de la cual —vista su lógica escrita— el juez desarrolla su labor de valoración probatoria.

C. Que, en aras de garantizar una correcta decisión judicial, se impone la instauración del criterio de conciencia y la instancia única, constituidas como el aspecto central de la reforma, de suerte que la formación del juicio de hecho del tribunal de instancia no podía ser revisado por el Tribunal Superior y la impugnación —eliminado el recurso de apelación— debe circunscribirse al control de la regularidad del procedimiento y a la correcta aplicación de la pena.

D. Que, sobre esa base, se organizó el proceso penal, de modo que la instrucción escrita solo tendría valor de preparación del proceso oral, que primaría el juicio oral, y que se consolidaría un sistema de valoración de las pruebas basado en la íntima convicción. Dentro de ese marco, se apostó incluso por la figura del Jurado de Conciencia. Sobre él, Cornejo dijo que era una institución que otorga la garantía de un juez que actuaba sin la contaminación de la burocracia, del que no se deriva ningún beneficio de la función, y que su función es anónima e instantánea, no pudiéndose vincular a ningún interés ni a ninguna pasión egoísta de la persona, pues nadie sabe cómo vota y no volverá a votar más.

---

2 ORÉ GUARDIA 1999: 39. Afirmación precedente de DEL VALLE RANDICH s/f: 35).

§ 4. Aprobado el Proyecto en el Senado, se solicitó informe a la Corte Suprema. Esta, muy conservadora por cierto, salvo por el voto del Dr. Juan José Calle, a la sazón uno de sus magistrados más competentes, cuestionó tanto la generalización del juicio oral, alegando razones de infraestructura y de la lejanía y dificultad de las vías de comunicación que presentaba el territorio nacional en función a las sedes judiciales —con el serio riesgo de asistencia de los testigos al acto oral—,<sup>6</sup> como la implantación del Jurado.

El Colegio de Abogados, por su parte, a través de su decano Manuel Vicente Villarán, se opuso decididamente al Jurado bajo una concepción aristocrática. Señaló escandalosamente que «[...] en pueblos de formación moral como los nuestros, azotados por las tempestades de la anarquía, por el imperio antiguo de la fuerza sobre la ley, por el desenfreno de los egoísmos imperfectamente controlados en un organismo político y moral incipiente, los extravíos, las debilidades y los servilismos de los jurados, llegarían a extremo y producirían daños nuevos, inesperados y tal vez irreparables».<sup>7</sup> Otros criterios, con perfiles más bajos y una pretendida razón técnica, fueron expuestos por distinguidos abogados en el órgano oficial del Colegio de Abogados de Lima del año 1916.

§ 5. La Comisión Principal de Legislación sobre los Proyectos de Código Penal Material y Procesal, en su dictamen del 5 de septiembre de 1917, ante la posición del Poder Judicial y del influyente Foro limeño, optó por un camino intermedio. Rechazó al Jurado y restringió los juicios orales a los delitos cometidos en provincias sede del tribunal y en las muy próximas a ellas o unidas por medios de comunicación rápida y frecuente, sin perjuicio de no concentrar la promoción de la acción penal en los fiscales, alegando razones de infraestructura de esa institución. En esos términos se produjo la votación por la Asamblea Nacional en 1919.

3 AZABACHE 2003: 109.

4 REPÚBLICA DEL PERÚ 1920: V-XI.

5 GUZMÁN FERRER 1982: 26.

6 Decía el Informe de la Corte Suprema: «Porque los testigos que residan a gran distancia de esos centros, no concurrirán a los debates, quedando impunes la mayor parte de las infracciones, con gran detrimento de la moral y de los intereses sociales y del prestigio de la ley y jurados o jueces que tendrán que fallar esas causas, por el simple mérito de la instrucción o del sumario, sin defensa posible del acusado, desnaturalizándose el sistema y volviéndose al procedimiento que se intenta sustituir, aunque más disfrazado, y despojado de su virtualidad y garantías» (*Anales Judiciales* 1916: 317).

7 AZABACHE 2003: 115-116.

§ 6. Este Código, de definida influencia francesa, presenta, como anotáramos en su oportunidad,<sup>8</sup> las siguientes notas características:

A. La acción penal es pública. Se ejerce de oficio por el Fiscal, excepto en delitos privados y cuando proceda acción popular. Rige el principio de legalidad (mejor dicho, de obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal).<sup>9</sup> Se incorpora la acción civil por los daños causados por el crimen, delito o contravención, la cual se ejercita por los que han sufrido el daño acumulativamente con la acción penal.

B. Se incorporan las excepciones y las cuestiones prejudiciales, que son resueltas por el Tribunal Superior, al que expresamente se le denomina *Tribunal Correccional*.

C. El proceso se divide en dos etapas, ambas dirigidas por un juez. La instrucción, cuyo objeto es reunir los datos necesarios sobre el delito cometido y sus autores, cómplices o encubridores, para que pueda realizarse el juzgamiento; y el Juicio Oral a cargo del Tribunal Correccional o del Jurado (v. art. 43 CPMC).

D. La instrucción es reservada y escrita. Puede iniciarse de oficio en los casos de delitos flagrantes o *cuasi* flagrantes. Contra el imputado puede dictarse orden de comparecencia o de detención siempre que se conozca o se presuma quién es el delincuente. Las causales de detención son muy amplias.

E. El juicio es oral y público, sea ante el Tribunal Correccional o ante el Jurado (institución que no rigió durante la vigencia del Código por falta de una ley de desarrollo). La asistencia del Fiscal es obligatoria, así como la del acusado y la del abogado defensor. El Tribunal aprecia las pruebas con criterio de conciencia, pero en el fallo debe exponer las razones de su decisión. La sentencia solo tiene en consideración lo pasado en los debates (los documentos y declaraciones leídas en el debate son los únicos que pueden servir como medios de prueba valorables).

F. Contra los fallos del Tribunal Correccional procede recurso de nulidad; no cabe recurso de apelación. La Corte Suprema tiene facultad de conocer sobre los hechos y, en su caso, está autorizada a absolver al indebidamente condenado, pero no puede hacerlo respecto del absuelto.

---

<sup>8</sup> SAN MARTÍN CASTRO 1999: T. I, 36-37.

<sup>9</sup> Díez-PICAZO 2000: 13.

G. Se reconocen como procedimientos especiales los seguidos por delitos de injurias, calumnias y contra la honestidad, por delitos flagrantes y por faltas.

Es necesario aclarar, con respecto a dicho Código, que si bien la sentencia no debe tener en consideración sino lo pasado en los debates, correspondiendo al Tribunal la valoración de la prueba sobre la base del criterio de conciencia,<sup>10</sup> no fue muy claro en precisar, a modo de excepción, qué diligencias del sumario —en especial las testificales y pericias— podían leerse cuando los testigos y peritos no asistían a la Sala de Audiencias; y tampoco otorgó una función más activa al procedimiento intermedio, pues no incorporó la exigencia del contradictorio para dilucidar la procedencia del juicio.<sup>11</sup>

§ 7. Un cambio tan radical, que Oré Guardia, calificó —con exceso de optimismo— como el más acusatorio de nuestros ordenamientos procesales,<sup>12</sup> mereció una tenaz oposición de la reaccionaria burocracia judicial, que por cierto anhelaba el modelo inquisitivo del siglo XVII. Son especialmente significativas las palabras del Presidente de la Corte Suprema, Carlos Erasquin, al decir, en el año 1920, que el Código anterior «[...] correctamente aplicado, satisfacía los intereses de la justicia», y al calificar el nuevo Código, dos años después, en 1922, como *Código de la impunidad*.

El avance conservador se produjo en dos etapas clave. En la primera, se arremetió frontalmente contra el sistema mixto, en especial contra la etapa de enjuiciamiento, con claras añoranzas al sumario y al plenario del Código de 1863. Los ataques se concretaron en los tradicionales discursos de in-

---

10 Véanse los artículos 259 y 268 CPMC.

11 Puntualiza BINDER (1996: 11) que ello puede ser rotulado como la *media oralidad* del proceso mixto, de suerte que no se cumple el principio rector de la oralidad: que la sentencia sea dictada por un juez imparcial que ha recibido directamente la prueba en un debate verdaderamente contradictorio y público, de suerte que la publicidad no se reduzca a una simple puesta en escena del material probatorio recogido con anterioridad. Desde otra perspectiva, MONTERO AROCA (1997: 70) afirma que oralidad significa que «[...] todo lo que pueda influir en la decisión judicial, de condena o absolución, tiene que haberse practicado en presencia judicial, de modo que la decisión no puede atender sino a las alegaciones y a las pruebas hechas o practicadas ante el juez sentenciador y en audiencia pública. El procedimiento preliminar sirve para preparar el juicio oral, pero, salvo excepciones muy bien delimitadas, no puede servir para basar en él la decisión».

12 ORÉ GUARDIA 1999: 43.



auguración del año judicial. Se iniciaron en el año 1922 y continuaron hasta el año 1925, cuya nota definitoria era buscar la eliminación del juicio oral.

En la segunda etapa, que se inicia con el discurso del Presidente de la Corte Superior de Lambayeque, Augusto Ríos, el mismo año 1925, y continúa en los años 1926 a 1934,<sup>13</sup> el ataque ya no persigue la eliminación del juicio oral, sino limitarlo a los delitos graves, permitiendo que los jueces instructores fallen en delitos leves, a fin —esa era su justificación— de garantizar la celeridad judicial.

Una perspectiva distinta, pero muy interesante, fue la asumida por el Vocal Supremo, Celso Pastor, en la inauguración del año judicial de 1938, quien defendió el juicio oral, pero centró sus propuestas —que también apuntaban en algo a la celeridad— en el alcance del recurso de nulidad, exigiendo que no se permita el conocimiento del juicio de culpabilidad por ser contradictorio a la oralidad.

De hecho, *ayudó* mucho a la involución procesal de las estadísticas judiciales. Así, por ejemplo, en el año 1920, fin del Código anterior, en una Sala Penal de Lima, de una carga procesal de 443 reos por juzgar, se cumplió con 364 de ellos. Sin embargo, esa misma Sala en el año 1936, luego de 15 años de vigencia del nuevo Código, de 861 reos por juzgar, solo se juzgó a 166. El cuadro general en el Distrito Judicial de Lima era impactante: de 1.491 reos acusados, solo se juzgaron a 333 acusados.<sup>14</sup> La falta de efectividad de la justicia, por consiguiente, se achacó al Código, al modelo de juzgamiento, no a la organización de la justicia ni a su deficiente institucionalidad.

§ 8. El nivel de las críticas forzó al gobierno de entonces a iniciar la *contra reforma procesal penal*. El 5 de mayo de 1936, por Decreto Supremo N.º 154, se nombró una Comisión para el estudio de un nuevo Código presidida por el Vocal Supremo, Dr. Carlos Zavala Loaiza. Señala Villavicencio<sup>15</sup> que el 12 de agosto de 1937 la Comisión Zavala Loaiza envió el Anteproyecto y la Exposición de Motivos al Ministro de Justicia; a su vez, el Ministro de Justicia por Decreto Supremo del 25 de agosto de

---

13 AZABACHE 2003: 118-122.

14 ZAVALA LOAIZA 1947: 223-232.

15 VILLAVICENCIO 1965: 11.

1937, designó una nueva Comisión que debía pronunciarse sobre los méritos u omisiones del citado Anteproyecto. El texto revisado de esa Comisión fue el que finalmente se convirtió en ley. Se trató de la Ley N.º 9024, del 23 de noviembre de 1939, que dispuso la entrada en vigencia del Código de Procedimientos Penales el 18 de marzo de 1940.

§ 9. Los ejes centrales del Código de 1940, partieron de una percepción errónea y tendencialmente antidemocrática. Decía Zavala Loaiza, autor del Anteproyecto, cuyas bases fueron respetadas por la Comisión Revisora, que el Código de 1920 «[...] alcanzaba casi los linderos del régimen acusatorio [...] que restándole valor a la instrucción, considerándola como etapa preparatoria, se da alcances al juicio que en verdad no tiene, [...] [dado] que solo en la instrucción es posible hacer historia del delito, aprisionándolo en sus efectos, [...] [mientras] que en el juicio es [...] [en donde meramente] se aprecia, crítica e interpreta la prueba [...]».<sup>16</sup>

El Código de 1940, a mi juicio, desde esa perspectiva consagró tres ejes esenciales de la *contrarreforma procesal penal*: (1) El art. 72 señaló que la instrucción tiene por objeto reunir la prueba de la realización del delito, las circunstancias en que se ha perpetrado, sus móviles y descubrir a los autores y cómplices del mismo;<sup>17</sup> (2) el art. 280 estatuyó que la sentencia que ponga término al juicio deberá apreciar la confesión del acusado y demás pruebas producidas en la audiencia, así como los testimonios, peritajes y actuaciones de la instrucción; y, (3) los arts. 253 y 262 prescribieron el sistema de lectura de actas sumariales, pero sin limitar razonablemente las actuaciones de la instrucción, básicamente testificales, que podían ser leídas en el debate oral. A ello se agrega, como indiqué en un trabajo anterior:<sup>18</sup> (4) la eliminación del Jurado, consagrando una justicia en manos de jueces profesionales; (5) la acción civil derivada del delito es obligatoria, tal como lo planteó el art. 65 del Código Penal de 1924; y (6) la introducción, como

16 ZAVALA LOAIZA 1947: 121-122.

17 Toda la doctrina procesalista en orden al sistema mixto de corte francés es clara en considerar lo excesivo de los fines de la instrucción del modelo peruano. ARMENTA DEU (2003: 139) enfatiza que un sumario funcionalmente solo persigue: averiguar y hacer constar si se cometió o no el delito y cuál puede ser su autor y su culpabilidad (siempre en sus contornos esenciales, nunca acabadamente); preparar, en su caso, el juicio oral; y asegurar y prevenir las consecuencias penales y civiles del hecho. Las diligencias instructorias, acota CORTÉS DOMÍNGUEZ (en GIMENO SENDRA *et al.*, 2001: 183), van encaminadas fundamentalmente a determinar las circunstancias que posibilitarán en el futuro abrir o no el juicio oral.

18 SAN MARTÍN CASTRO 2000a: xxi.

procedimientos especiales, de los juicios de imprenta y otros medios de publicidad y el procedimiento de audiencias públicas extraordinarias —en rigor, un procedimiento auxiliar de carácter netamente inspectivo—, así como la eliminación del procedimiento seguido por delitos flagrantes.

La lógica que siguió ese modelo fue básicamente inquisitiva y, por lo tanto, nefasta (no procesal, diría Montero Aroca).<sup>19</sup> No solo se desnaturalizó, ¡ahora sí!, el enjuiciamiento, pues al equiparar los actos de aportación de hechos (actos de investigación y actos de prueba)<sup>20</sup> no hubo necesidad de realizar una verdadera actividad probatoria en el juicio y por lo tanto este se convirtió en un juicio leído y no oral; vale decir, en los hechos y también en el derecho. Esta etapa, de ser la principal —pues en ella se plasman todos los principios y garantías básicas del proceso penal moderno—, se convirtió en secundaria o residual frente a la absoluta primacía de la instrucción,<sup>21</sup> lo que a su vez permitió con el correr del tiempo hipervalorar el sumario y eliminar, en la mayoría de los casos, el juicio oral.

## **II. EVOLUCIÓN DEL MODELO PROCESAL DE 1940**

**§ 1.** Un punto de inflexión sustancial en la aplicación del Código Zavala Loaiza, cuya reacción —de cara a la pretendida eficiencia del sistema punitivo— sucedió —tal como los conservadores al Código habían venido abogando—, primero, con la eliminación de la etapa de enjuiciamiento en los delitos contra el honor personal, y la libertad y el honor sexuales, a partir de la anterior Ley Orgánica del Poder Judicial de 1964 (Decreto Ley N.º

---

19 MONTERO AROCA (1997: 16), llega a sostener que el llamado proceso inquisitivo no existe, que no es un verdadero proceso, pues en su actividad no se respetan los principios de dualidad de partes, contradicción e igualdad, que forman la esencia misma de la existencia del proceso.

20 GIMENO SENDRA *et al.* 1996: 367-368.

21 Es fundamental precisar al respecto, conforme señala MIRANDA ESTRAMPES (1997: 99-101), que los actos de prueba no son una mera repetición de los actos de investigación, sino que su propia mecánica es distinta; de ahí que en el juicio oral no se trata de corroborar, confirmar o ratificar lo practicado durante el sumario. El material probatorio que se obtiene en el juicio oral es fruto de la actividad de todas las partes y el tribunal; mientras que la actividad instructora se limita a posibilitar a las partes a formular afirmaciones, la actividad probatoria es de comprobación; es decir, verifica las afirmaciones realizadas por las partes.

14605, del 25 de julio de 1963), que expresamente otorgó facultad de fallo al juez luego de llevarse a cabo el comparendo (art. 192.5 LOPJ); y, segundo, de modo contundente, con el Decreto Ley N.º 17710, del 8 de noviembre de 1969, que creó el denominado procedimiento sumario, a través del cual se eliminó la etapa del juicio oral y se concedió facultad de fallo al Juez Instructor en siete delitos leves.<sup>22</sup>

Resultan interesantes los argumentos de este viraje ideológico y jurídico. En primer lugar, desde el plano pragmático —que es el que más pesó—, se llegó a un punto insostenible producto de la excesiva carga procesal para los denominados Tribunales Correccionales (recién en el año 1991, con la entrada en vigor de la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial, esos órganos jurisdiccionales pasan a denominarse Salas Penales Superiores), lo que ocasionó, al decir de sus mentores, impunidad por las prescripciones, demoras prolongadas y una fuerte presión a los órganos judiciales de enjuiciamiento, determinando una baja calidad de las sentencias y un empobrecimiento de los juicios, ya muy circunscritos a las actuaciones sumariales, con los serios problemas de seguridad pública que ello generaba. En segundo lugar, desde la justificación jurídica, aún cuando se reconoció que la nueva legislación alteraba el sistema del Código de 1940, se consideró que los delitos objeto del nuevo procedimiento eran muy simples, que sus autores no ofrecían peligrosidad y que las pruebas eran de fácil adquisición y valoración, lo que a su vez permitía reducir los plazos procesales y eliminar el enjuiciamiento.<sup>23</sup>

No cabe duda de que la posibilidad de una modificación tan radical estaba en la propia lógica del Código de 1940, pues privilegió la instrucción y transformó el juicio oral en un mero juicio leído, y estimó que, en palabras de Gimeno Sendra, el acto de adquisición de hechos no tiene funciones distintas ni metodologías de actuación propias en cada etapa procesal; esto es, que acto de investigación es sustancialmente igual a acto de prueba (v. art. 280 CPP 1940). Rotos esos finos límites —que ni siquiera tomó en cuenta la regla básica del modelo acogido: *quien instruye no puede juzgar*—,<sup>24</sup> y consagrado el *escrituralismo* en el proceso penal peruano, ya no

22 Este modelo se inspiró en el *Procedimiento de Urgencia para ciertos delitos*, de la Ley española de 8 de abril de 1967 (más referencias en SAN MARTÍN CASTRO 1999: T. II, 928).

23 Son muy ilustrativas al respecto las explicaciones de García Rada, Vocal Supremo y profesor principal de derecho procesal penal (v. 1969-1970). Asimismo, las que aparecen en su *Manual de derecho procesal penal* (1984: 411).

24 Esa regla —ya reconocida en sede internacional, entre otros fallos, por las SSTEDH recaí-

había posibilidades de corrección. Es más, paralelamente a la disolución o minimización de la democracia como sistema político de libertades, el modelo inquisitivo —el no proceso— sufrió una expansión inusitada.

Así, tenemos que el juicio sumario, en primer lugar, se expandió con el Decreto Legislativo N.º 124 del 12 de junio de 1981, con una tendencia más marcada en la celeridad y en la incorporación de nuevos delitos que según el legislador no presentaban dificultades probatorias;<sup>25</sup> en segundo lugar, con la Ley N.º 26689 del 30 de noviembre de 1996; y en tercer lugar, con la Ley N.º 27507 del 13 de julio de 2001. El resultado final de esas normas es que cerca del 90% de los delitos y de la carga procesal de los órganos jurisdiccionales se tramitan bajo el procedimiento sumario o abreviado.<sup>26</sup>

Cabe, sin embargo, señalar, conjuntamente con Cubas Villanueva, a la vista de lo sucedido, que «[...] *los resultados de celeridad y eficiencia no se han alcanzado*. Lo que sí se ha logrado es sacrificar las garantías procesales constitucionales y que el proceso penal, en la actualidad, se reduzca a la etapa sumarial, luego de lo cual se dicta sentencia, omitiendo el juicio oral, violando el derecho de que nadie puede ser sancionado sin previo juicio. El problema se agrava si tenemos en cuenta que durante la pseudo reforma se han creado una serie de juzgados tales como: de instrucción, capturadores, de reserva, etc., que distraen la actividad jurisdiccional en tareas que no les corresponde».<sup>27</sup>

§ 2. La Constitución de 1979, surgida luego de haber vivido bajo una de las dictaduras militares más longevas de la historia (me refiero al *decenio militar*, 1968-1978, presidido sucesivamente por los generales EP Velasco Alvarado y Morales Bermúdez), incorporó una serie de derechos y principios procesales, orgánicos y de procedimiento —de normas procesales

---

das en los Asuntos Piersack, 1 de octubre de 1982; De Cubber, 26 de octubre de 1984; Bulut, 22 de febrero de 1996, párr. 33; Saraiva de Carvalho, 22 de abril de 1994, párr. 35; y, Castillo Algar, 3 de octubre de 1998, párr. 50—, tradicionalmente se fundamentó en la exigencia de imparcialidad judicial, pero modernamente se asienta —en lo inmediato— en la incompatibilidad de funciones procesales, pero que mediatamente, como explica PICÓ I JUNOY (2001: 46), busca proteger la debida imparcialidad judicial.

25 GARCÍA RADA 1984: 412.

26 ORÉ GUARDIA 2001: 241.

27 CUBAS VILLANUEVA 2003: 402.

constitucionalizadas— que auguraban un cambio interesante, positivo, en la justicia penal. Uno de los ejes institucionales más importantes fue la configuración del Ministerio Público como órgano autónomo de derecho constitucional, encargado de promover la acción de la justicia en defensa de los intereses públicos. Su norma de desarrollo fue el Decreto Legislativo N.º 52 del 21 de abril de 1981.

Empero, (1) frente a los desbordes de la actuación policial (dicho sea de paso, el propio Código de 1940 dio carta de ciudadanía a la denominada *Policía Judicial*, pero solo como órgano auxiliar de la administración de justicia penal); y (2) ante la excesiva burocratización de la instrucción judicial, fuente principal de la mora procesal, se pensó que el Ministerio Público iba a erigirse en un eficaz remedio y el punto de clausura de una evolución procesal contraria a las bases históricas del Código de 1940, de por sí limitadas. Ello, pese a todo, no fue así.

La Ley Orgánica de dicha institución —Decreto Legislativo N.º 52 del 16 de marzo de 1981— no consagró la conducción de la investigación del delito ni le atribuyó la dirección jurídico funcional de la Policía Judicial, no obstante haber sancionado que el Fiscal es el titular de la acción penal y que sobre él recae la carga de la prueba (arts. 11 y 14). Solo le encargó la supervigilancia de la investigación policial —reconociendo que la policía realiza una investigación propia al respecto, lo que ni siquiera reconocía el Código de 1940— (art. 9), y ratificó implícitamente las características autónomas del *espacio de actuación policial*, sin enfatizar —como correspondía— su naturaleza de *competencia a prevención* en tanto ello se condice con su función auxiliar de la justicia penal.<sup>28</sup> Dicha Ley, además, entregó al Ministerio Público el monopolio de la denuncia al juez en los delitos públicos y le atribuyó la facultad de realizar indagaciones preliminares —por sí o a través de la Policía— antes de promover la acción penal (v. art. 94.2), ratificando que en la fase procesal de instrucción, a cargo de un juez como ya se ha anotado, el Fiscal se limitaba a participar en ella «[...] al efecto de actuar la prueba ofrecida, exigir que se observen los plazos establecidos en la ley e interponer los recursos que esta le conceda» (art. 94.4).<sup>29</sup>

28 ARAGONESES MARTÍNEZ, en DE LA OLIVA *et al.* 2002: 102-104.

29 Estas características, desde luego, no son las que enunció la Exposición de Motivos de la LOMP. En dicha Exposición se atribuía la alarmante población carcelaria a la explosión demográfica y a la desproporción existente con el aumento del servicio judicial, en personal

§ 3. Esta falta de perspectiva para delimitar el acto preprocesal de investigación policial, paralelamente al crecimiento del autoritarismo político, generó la reforma de los arts. 62 y 72, respectivamente, del Código de 1940, ¡ocurrida en regímenes democráticos!, mediante el Decreto Legislativo N.º 126 del 15 de junio de 1981 y la Ley N.º 24388 del 6 de diciembre de 1985, en cuya virtud se consolidó un fenómeno gravísimo: la *policiazación* del proceso penal; esto es, la autonomización de la investigación policial, su enajenación del control de los órganos jurídicos, la calidad de actos de prueba de las diligencias de investigación y, en rigor, la entrega del proceso —de la reconstrucción de los hechos— a la actividad policial.

En efecto, en primer lugar, se consideró a la investigación previa policial como una etapa autónoma del proceso penal. En segundo lugar, se estableció —sin consideración alguna a la urgencia o a la imposibilidad de su reproducción en la audiencia— que los actos de investigación policial, si interviene el fiscal y, luego, si lo hace la defensa, tienen carácter de actos de prueba. En tercer lugar, bajo los auspicios de la Ley N.º 26950 del 19 de mayo de 1998, sobre facultades delegadas en materia de Seguridad Nacional, y ya durante el autoritarismo del *fujimorato*,<sup>30</sup> y en la línea del procedimiento por delito de terrorismo, sancionado por el Decreto Ley N.º 25475 del 6 de mayo de 1992 y, antes, del procedimiento por delito de tráfico ilícito de drogas (Decreto Ley N.º 22095 del 21 de febrero de 1978), (1) se consolidó la autonomía funcional de la actividad policial respecto de la intervención del fiscal y de los actos procesales judiciales, a la que se le otorgó validez o eficacia jurídica propia, a la vez que se ampliaron los po-

---

y recursos materiales. También decía que ese problema, desde el Ministerio Público y el proceso penal, «se enfrenta inclinándose por el modelo acusatorio, un poco a la manera norteamericana [sic], como un medio de aliviar el trabajo del Juez Instructor, para que sea, efectivamente, juez, y, como tal, director de la instrucción [sic]». Y además, Juez de Fallo en muchos más tipos delictivos que ahora, para descongestionar el Despacho de causas pendientes, sin aumentar el número que se necesitaría para lograrlo dentro del procedimiento vigente y resolver en menos tiempo la situación jurídica de los procesados penalmente (ELEJALDE ESTENSSORO 1990: 95).

30 GARCÍA BELAUNDE (2000: 111), sobre el *fujimorato*, ha dicho: «[...] el Gobierno del presidente Fujimori es autoritario o autocrático y dueño de un poder descontrolado; y, como tal, se ha impuesto en todos los ámbitos sociales, guardando las formas, pero logrando sus objetivos. Así, a través del poder político, y con la ayuda de una cúpula militar y de los servicios de inteligencia, se ha logrado copar y controlar todas las áreas del poder y de los medios (radio, prensa y televisión, mayoritariamente), de manera tal que el manejo del aparato del Estado, es total y sin concesiones».

deres de intervención de la Policía y (2) se dio paso a la intervención del Servicio de Inteligencia Nacional, como órgano de planificación y dirección de la investigación en los delitos graves.

§ 4. Frente a la delincuencia grave: terrorismo, bandas armadas para la comisión de delitos patrimoniales y contra la libertad, tráfico ilícito de drogas, tributarios y delitos agravados, se configuraron, bajo la óptica del llamado *derecho penal premial*, los *procedimientos por colaboración eficaz*, en los que a partir de las delaciones de los colaboradores —bajo el premio estatal de la impunidad o de una respuesta penal atenuada— y precedida de una investigación policial —sin mayor intervención del Ministerio Público— se instauraron procesos contra determinados dirigentes y líderes de la organización criminal sindicados por los *arrepentidos*.<sup>31</sup> Estos procedimientos, sin duda alguna, en la forma como fueron estructurados y controlados, tuvieron una base inquisitiva privilegiada, fueron fuente de graves errores judiciales, y pervirtieron el sistema procesal desde sus propias bases, cuya institucionalización —a partir de un régimen autoritario— posibilitó una lógica expansiva muy marcada, de eversión del sistema penal en su conjunto (la excepción se hizo regla).<sup>32</sup>

Paralelamente, en los delitos más problemáticos desde la óptica de la seguridad ciudadana, como los de tráfico de drogas, terrorismo, tributarios y otros, desde el punto de vista de la competencia objetiva se crearon circuitos judiciales especiales, alterando las bases geográficas de distribución competencial y su lógica general de conocimiento de delitos.<sup>33</sup> Todo ello, claro está, solo fue posible merced a que en los años 1995 y 1996 el régi-

31 Según el *Informe Defensorial* N.º 29, aprobado por Resolución Defensorial N.º 52-2000/DP del 13 de octubre de 2000, el procedimiento por colaboración eficaz para terrorismo, ante su injusticia intrínseca condenando inocentes arbitrariamente, generó la institucionalización de una Comisión Ad Hoc por la Ley N.º 26655, que permitió la concesión de indulto para 502 condenados injustamente y 33 conmutaciones de pena a arrepentidos (*El Peruano*, 14 de octubre de 2000, p. 193981 y ss.).

32 Cfr. BARATTA y SILBERNAGL 1985: 312.

33 Estos circuitos judiciales especiales, en el plano mismo de los principios del proceso penal, generaron serios problemas en orden al derecho de defensa de los justiciables, desorden en el tratamiento de las causas, con la consiguiente tergiversación del modelo del juicio oral, y serios atrasos en el juzgamiento de los reos en cárcel, así como una seria disfunción en las Cortes de Provincias al centralizar la decisión en la capital y apartarlas del conocimiento de esos procesos. Es sabido que la garantía del juez natural está en función del ámbito geográfico de la justicia, del principio *forum delicti commissi* y como tal pretende, al decir de CORDÓN MORENO (1999: 61), salvaguardar, en especial, la intermediación judicial con las fuentes



men de Fujimori intervino el Poder Judicial y el Ministerio Público, y consolidó su dominio sobre la sociedad.<sup>34</sup> A ello se agregó la expansión ilegítima de la justicia militar, a la que se le entregó el conocimiento de los delitos de terrorismo hiper agravado, y los delitos comunes cometidos por bandas armadas.

§ 5. Otras áreas que fueron objeto de iniciativas legislativas durante la pasada administración, están referidas a los delitos sexuales y a la violencia familiar.

A. La Ley N.º 27115 del 17 de mayo de 1999, cambió radicalmente la persecución penal de los delitos sexuales. En primer lugar, estableció que estos delitos son siempre públicos, descartando que el procedimiento aplicable sea el fijado en el art. 303 del Código de Procedimientos Penales, que precisa el trámite en los delitos privados. En segundo lugar, señaló que todo el proceso por tales delitos es reservado, disponiendo además que la identidad de la víctima debía preservarse en todo momento. En tercer lugar, estatuyó que el examen médico legal de la víctima, previo consentimiento, se realizará por el médico encargado del servicio y la asistencia de un profesional auxiliar, limitándose la presencia de otras personas salvo consentimiento expreso de la víctima (esta norma trae una dificultad adicional, al estimar que una diligencia probatoria esencial para determinar —según los casos— la realidad de una agresión sexual está sujeta al consentimiento de la víctima). En cuarto lugar, incorporó una regla básica para la realización de las diligencias de investigación y prueba: se tomará en cuenta el estado físico y emocional de la víctima.

Bajo esta misma lógica, la Ley N.º 27055 del 24 de enero de 1999, fijó las siguientes pautas: 1) en los casos de violencia sexual contra niños o adolescentes (hasta 14 años), servirá como preventiva la declaración de la víctima prestada ante el Fiscal de Familia; 2) la confrontación entre el imputado y la víctima solo procede si la víctima es mayor de catorce años o cuando esta, siendo menor de edad, expresamente lo solicita; y 3) la dili-

---

de prueba, lo que ha permitido sostener a la Defensoría del Pueblo que tales sistemas deben ser eliminados lo más pronto posible.

<sup>34</sup> Véanse las Leyes N.º 26546 del 21 de noviembre de 1995 y N.º 26623 del 19 de junio de 1996.

gencia de reconstrucción no puede realizarse con la asistencia de la víctima si esta tiene catorce años de edad o menos.

B. En cuanto a la violencia familiar, se publicó la Ley N.º 26260 del 24 de diciembre de 1993 y, posteriormente, el Texto Único Ordenado de la Ley de Protección frente a la Violencia Familiar, aprobado por Decreto Supremo N.º 006-97-JUS del 27 de junio de 1997. Esta norma, reglamentada por Decreto Supremo N.º 002-98-JUS del 25 de febrero de 1998, en el orden procesal penal, incorporó otro presupuesto material para dictar mandato de prisión preventiva: el peligro de reiteración delictiva (art. 25), por lo demás expresamente reconocida como finalidad legítima de esa medida por la Convención Europea de Derechos Humanos (art. 7), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (por todos, STEDH, Asunto Guzzardi, 6 de noviembre de 1980, párr. 102 —aunque obviamente la función que cumple no es cautelar sino tuitiva—)<sup>35</sup> y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Informe N.º 12/97 del 11 de marzo de 1997, párr. 32. Asimismo, autorizó al Juez Penal a dictar, durante el curso del proceso penal, medidas de protección en favor de la víctima y sus familiares (art. 26), las que incluyen la posibilidad de fijar una pensión provisional de alimentos; y estableció que los certificados de salud física y mental expedidos por los establecimientos de salud del Estado y de las municipalidades tienen valor probatorio (art. 29). Esta Ley fue modificada por la Ley N.º 27306 del 15 de julio de 2000, precisando en lo pertinente que tienen valor probatorio los certificados médicos expedidos por los centros parroquiales y las instituciones privadas, previo convenio y autorización del Ministerio de Salud o del Ministerio Público o Poder Judicial (nuevo art. 29); y, que tratándose de delitos de violación de la libertad sexual vinculados a la violencia familiar se extienden las medidas de protección previstas en dicha Ley.

§ 6. El conjunto de problemas que presentó la criminalidad durante el *fujimorato*, como es fácil advertir de lo glosado, no fue abordado racional y democráticamente. La nota distintiva fue, amén de consolidar una fase policial con valor jurídico propio y de expandir hasta extremos inconcebibles la justicia castrense, la creación de numerosos procedimientos para enfrentar el esclarecimiento de diversos delitos: ¡más de quince!, cuya lógica más importante fue: (1) la disminución de los derechos de los justiciables pese a

---

35 Cfr. MÁLAGA DIÉGUEZ 2002: 137.

la sobrecriminalización que trajo consigo; (2) la intervención de la administración en la investigación de los delitos —el caso más saltante es el del delito tributario—<sup>36</sup> y en la introducción de condiciones de perseguibilidad limitando la persecución penal al informe de un órgano técnico (v. gr. delitos ecológicos, financieros, socioeconómicos);<sup>37</sup> (3) la proliferación y aligeramiento de medidas limitativas de derechos; y (4) la disminución de los plazos procesales.

Lo censurable de esta última opción fue, sin duda: (1) que no se tuvo presente que es político-criminalmente falsa la dicotomía *eficacia* vs. *garantías*;<sup>38</sup> y (2) que el principio de simplificación solo es aceptable para determinados delitos y en función de circunstancias puntuales, justificadas todas ellas a partir del reconocimiento y aplicación del *principio de proporcionalidad*. A este respecto hay que destacar como hechos esenciales, tanto la conminación penal mínima de los ilícitos penales, como la simplicidad de la actividad probatoria, todo lo cual no puede dejar de tener presente de algún modo la voluntad del imputado, pues la simplificación, al reducir plazos y actos procesales, puede conllevar vulneraciones relevantes al derecho a la tutela jurisdiccional y al derecho a la defensa.

### III. EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 1991: ITINERARIO DE UNA FRUSTRACIÓN

§ 1. A inicios del Gobierno de Fujimori (1990-2001), ante las constantes y unánimes críticas al sistema de justicia, especialmente de la administración de justicia penal, y frente a numerosos proyectos elaborados durante el

---

36 Véase el Decreto Legislativo N.º 813, Ley Penal Tributaria, del 20 de abril de 1996.

37 Véanse las Leyes N.º 26631 del 26 de junio de 1996 y N.º 26702 del 9 de diciembre de 1996; y, entre otros, los Decretos Legislativo N.º 822 y 823 del 24 de abril de 1996.

38 Resulta interesante, al respecto, el análisis politológico de BORDA MEDINA (1998: 219, 220, 227), quien entiende por Seguridad Ciudadana Democrática no solo la eliminación de los riesgos o amenazas físicas, sino también la garantía de las condiciones necesarias para el desarrollo de una vida digna. Esta doctrina centra su atención en garantizar el disfrute de los Derechos Humanos y el ejercicio tranquilo de las libertades, así como reconoce que en los Estados democráticos no existen *enemigos internos* para combatir, sino ciudadanos que se deben proteger.

transcurso del decenio democrático anterior 1980-1990,<sup>39</sup> que comprendió las administraciones de los presidentes Belaunde Terry (1980-1985) y García Pérez (1985-1990), luego de un Proyecto Alternativo de octubre de 1991 (antes existió otro Proyecto, como el de agosto de 1988, de muy bajo nivel técnico) que condensó las ¿mejores? inquietudes procesales de la época, finalmente por Decreto Legislativo N.º 638 del 25 de abril de 1991, se promulgó el Código Procesal Penal.<sup>40</sup>

Este Código tiene las siguientes características, ubicadas aparentemente en el marco de un modelo acusatorio formal, *aunque no con la radicalidad inaugurada por el Código Procesal Modelo para Iberoamérica* de 1988:<sup>41</sup>

A. Insiste en el principio oficial y de legalidad —obligatoriedad—, como ejes rectores del sistema de persecución penal, a cuyo efecto erige

39 En el año 1976, el entonces Consejo Nacional de Justicia —típico órgano de intervención del docenio militar— elaboró un Proyecto Sustitutorio del Código de Procedimientos Penales, sobre la base de un Proyecto que en el año 1971 había elaborado una Comisión de Juristas con amplia mayoría procedente de la Judicatura Suprema, que tuvo escasa fortuna y, en rigor, no modificaba sustancialmente el Código de 1940. Su procedencia autoritaria y el momento político del país, dominado por el Gobierno Militar que se debatía en una seria crisis política y económica, determinó su falta de vigencia como instrumento prelegislativo de referencia para ulteriores reformas.

40 En la Exposición de Motivos del CPP 1991 se hace mención a varios Proyectos de Código que no tuvieron buena fortuna. Son: (1) el Anteproyecto de Código de Procedimientos Penales de 1971; (2) el Proyecto Sustitutorio elaborado, sobre la base del anterior, por el Consejo Nacional de Justicia en 1976; (3) el Anteproyecto de Código de Procedimientos Penales de 1988, elaborado con motivo de la Ley N.º 23850 del 8 de junio de 1984; y (4) el Proyecto de Código Procesal Penal de 1989, elaborado con motivo de la Ley N.º 24911 del 25 de octubre de 1988. El nuevo CPP de 1991 se construyó en base al Proyecto Alternativo de 1989, propuesto en virtud de la Resolución Ministerial N.º 994-90-JUS del 14 de septiembre de 1990; y al Proyecto de CPP de 1991, formulado sobre la base del Proyecto anterior y en mérito a la Ley N.º 25281, que fue finalmente el que se convirtió en el Decreto Legislativo N.º 638 (REPÚBLICA DEL PERÚ 1994: 31-33).

41 En la Exposición de Motivos se decía, al respecto, que el sistema mixto o ecléctico no da resultado; que pese a las reformas realizadas desde la vigencia del CPP 1940 siguen las denuncias sobre retardo, reclamando la ciudadanía celeridad y efectividad, y que los males denunciados desde hacía décadas siguen siendo los mismos; que las normas del Código no guardan conformidad con los principios procesales consagrados en la Constitución y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; que otros problemas que se advierten en el Código de 1940 son la supervivencia de trámites innecesarios y la inoperancia de algunas disposiciones; que, por tanto, el problema está en el propio sistema y no bastan las reformas parciales (REPÚBLICA DEL PERÚ 1994: 33, 35).

como órgano rector al Ministerio Público, a quien le corresponde dirigir a la Policía y realizar la investigación de los delitos públicos, tanto en su fase previa, como luego del procesamiento aprobado judicialmente.<sup>42</sup>

B. Incorpora, siguiendo parcialmente el modelo germano, el principio de oportunidad reglada, bajo los supuestos de falta de necesidad de pena (*poena naturalis*) y falta de merecimiento de pena (delitos bagatela y mínima culpabilidad), no previendo en ningún caso la intervención judicial.

C. Reconoce el papel de las ONG, otorgándoles legitimación suficiente para intervenir en determinados delitos que afectan intereses difusos y los derechos humanos; intervención que se limita al papel de actor civil, puesto que la víctima solo puede intervenir en el procedimiento penal con titularidad para reclamar la reparación civil. No fue aceptada la institución del querellante adhesivo o del acusador popular hispano.

D. Incorpora varios derechos en favor del imputado, básicamente el del silencio e interdicción de la autoincriminación (*nemo tenetur*), e impone la prohibición de valorar pruebas adquiridas ilícitamente. Prevé una regulación más puntual de las medidas provisionales penales y de las medidas instrumentales restrictivas de derechos, que son de titularidad judicial exclusiva. Cabe destacar que en materia de medidas provisionales personales se sigue muy de cerca la actual Ordenanza Procesal Penal alemana, aunque no con la fidelidad necesaria (lamentablemente no se consideraron las interesantes propuestas italianas).

---

42 Resulta terminante la posición de VIVES ANTÓN (1992: 113-124, 133, 134), respecto a la figura del Juez Investigador. Afirma que la investigación oficial entra en pugna con el carácter excluyente de la jurisdicción y es una amenaza para el contradictorio y, por lo tanto, para un proceso justo, pues la historia muestra una tendencia de nuestros procesos a replegarse hacia la escritura. Agrega que el Juez Investigador es una contradicción viviente: tendría el nombre de juez sin serlo, se hallaría —sin necesidad— amparado en el estatuto judicial y encuadrado dentro de un poder al que no pertenecería porque la investigación criminal es administración, no justicia, actuación primaria y no actividad sustitutiva; además, asume dos funciones: la de investigar y, a la vez (ahí reside el problema), a cada paso juzga, al decidir acerca del fundamento de la imputación, de la situación del imputado, acuerda o deniega injerencias en las libertades del imputado. Esto último es paradójico, de una parte es el titular de la investigación oficial y, de otra, es el que ha de decidir sobre la verosimilitud de los resultados de dicha investigación; situación que se enlaza con el debilitamiento del contrario al forzar que las actuaciones sumariales tengan carácter de prueba.

E. El Juez Penal, primero, tiene a su cargo el control de la investigación fiscal preparatoria, aunque de modo muy mediatizado (a esta función se denomina *jurisdicción preventiva*); segundo, dirige la etapa intermedia, la misma que a semejanza del modelo anterior, carece de bases contradictorias y no lo autoriza a denegar el juicio ante una falta de mérito evidente; y, tercero, conduce el juicio oral, aunque con una participación muy restringida, al punto que este se sigue bajo el principio de aportación de parte y el juez no participa en la actividad probatoria, salvo para subsanar omisiones necesarias. Para delitos graves (v. gr. homicidio agravado, genocidio, secuestro, robo agravado, extorsión, terrorismo, contra la administración pública, penados con pena privativa de libertad no menor de cinco años, espionaje, etc.), las etapas intermedia y de enjuiciamiento corren a cargo de la Sala Penal Superior.

§ 2. Este nuevo Código, si bien limitó esencialmente la intervención de la jurisdicción militar, en respuesta a la errática y condescendiente jurisprudencia de la Corte Suprema (art. 13),<sup>43</sup> y forzó el predominio del Fiscal sobre la función policial de investigación, aunque no imponía el mando jerárquico sobre la policía (arts. 104/109), empero no necesariamente instauró un modelo acusatorio o, mejor dicho, contradictorio, dado que: (1) no diferenciaba con la nitidez necesaria actos de investigación y actos de prueba; (2) no asignaba un claro perfil a la actividad probatoria durante el juicio oral ni permitía al juez la constitución de las partes durante el sumario; y (3) no era claro en señalar qué actos del sumario fiscal podían leerse en la audiencia.<sup>44</sup>

Pese a estas *concesiones* al sistema inquisitivo, el Código Procesal Penal fue sistemáticamente rechazado por las fuerzas de seguridad, cada vez con

43 Mayores referencias: SAN MARTÍN CASTRO 2002: 124-127.

44 Véanse el art. 91, que sigue sosteniendo que la investigación permite reunir la *prueba necesaria* para que el fiscal decida la acusación; art. 264, que estatuye que el ofrecimiento de pruebas para el acto oral está circunscrito a «nuevas pruebas para su actuación en audiencia» (¿son diferentes a las de la etapa de investigación?); y art. 283, que no fija límites a la oralización de los medios probatorios. Es de tener presente, conforme insisten RIFÁ SOLER y VALLS GOMBÁU (2000: 37), que el material que se prepara durante la fase sumarial no condiciona o incide directamente sobre la sentencia, solo sirve de base para la acusación, con determinadas limitaciones aplicables a la prueba preconstituida o la anticipada; mientras que es el juicio oral y público donde ha de desarrollarse con amplitud la prueba, y donde los magistrados han de formar su convicción.

más poder a medida que el modelo estatal se iba deslizando hacia el autoritarismo, de ahí que no faltaron pretextos para su aplazamiento permanente. Con la vigencia de la Constitución de 1993, controlada por el autoritarismo, se dictó la Ley N.º 26299 del 30 de abril de 1994, que suspendió *sine die* la vigencia del Código de 1991 y, bajo el pretexto de adaptación del Código a la nueva ley fundamental, instituyó una Comisión Especial Revisora, la cual en marzo de 1995 cumplió con presentar un nuevo Proyecto de Código Procesal Penal, que se discutió durante la legislatura de 1996 y fue aprobado por unanimidad.

La ausencia de voluntad política para reformar el enjuiciamiento penal fue clarísima. La primera observación presidencial se sustentó en aparentes problemas técnicos del Proyecto de 1995. Se anotó que adolecía de: (1) errores formales de concordancia; y (2) falta de correlación entre las facultades policiales respecto a la investigación del delito y la propia estructura del Código —aunque esta última observación tiene una raíz de fondo, vinculada a la limitación del poder policial. Una vez subsanados tales *defectos técnicos*, por el Congreso de 1997, vino una segunda observación presidencial, para la cual se valió de sus alfiles en el sistema de justicia, ocasión en que se mencionaron los fuertes egresos presupuestales que el Código demandaría en orden al necesario fortalecimiento del Ministerio Público.

En el fondo, el obstáculo mayor fue no solo la limitación a la jurisdicción castrense y la lógica presupuestal restrictiva en materia de fortalecimiento de los órganos jurídicos del sistema penal, sino esencialmente *el propio modelo autoritario que se instauró en el país*;<sup>45</sup> técnicamente no era estrictamente cierta la objeción presupuestal, como ha señalado Oré Guardia.<sup>46</sup> El modelo de Estado en cuestión necesitaba una actuación privilegiada e incontrolada de las fuerzas de seguridad, así como un Poder Judicial y un Ministerio Público sometidos a la planificada lógica restrictiva de derechos que finalmente se implementó, lo que se mostró tanto en las numero-

---

45 Con ello se acredita lo que hace muchos años dijo James Goldschmidt, en el sentido que la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución; por tanto, a un modelo de Estado autoritario le sigue un proceso penal con componentes antidemocráticos y lesivos al debido proceso.

46 ORÉ GUARDIA 2001: 252-253. Según el análisis realizado por dicho autor, a partir del estudio realizado por una Comisión Especial que presidió la Fiscal Suprema, Adelaida Bolívar, la plantilla fiscal no necesitaba tantos fiscales como se argumentó inicialmente, lo que podía implementarse razonablemente con una puesta en vigencia progresiva del Código.

sas normas procesales penales que durante el decenio autoritario se fueron promulgando, todas ellas contrarias al *espíritu* del Código de 1991, como en la progresiva pero intensa intervención del Poder Judicial y del Ministerio Público.

§ 3. Paralelamente al rechazo del nuevo Código y a la opción por el autoritarismo, la administración del presidente Fujimori, ya en su segundo período (1995-2000), optó por intervenir directamente los sistemas de justicia, creando Comisiones Ejecutivas, minimizando las funciones del Consejo Nacional de la Magistratura, que no se sometió a su política, y optando por una consolidación de la provisionalidad de la magistratura.<sup>47</sup>

Las medidas administrativas que se dictaron (descentralización, con la creación de módulos básicos de justicia, y modernización, con la institucionalización de Módulos Corporativos —de importación norteamericana—, propios de un modelo acusatorio anglosajón que no encajaron en un modelo inquisitivo),<sup>48</sup> amén de su claro corte antidemocrático, a final de cuentas no imprimieron eficacia y celeridad al sistema de justicia penal. La Defensoría del Pueblo anotó que a junio del año 2000 la proporción de internos procesados era del 54,69% vs. el 45,31% de reos condenados, siendo el total de la población penitenciaria de 27.835 personas.<sup>49</sup> Y la población

---

47 Según fuentes de la Academia de la Magistratura, en el Poder Judicial el 17% son magistrados titulares (285), 19% son provisionales —titulares en un cargo inferior— (310) y el 64% son suplentes (1.047). Véase el Diario *Expreso*, Lima, 15 de octubre de 2000, p. 10. Por otro lado, a tenor del Informe elaborado por el indicado diario, en el Ministerio Público existen 1.275 fiscales, de los que el 14% son titulares (183), el 13% son provisionales (159) y el 73% son suplentes (933) (v. Diario *Expreso*, Lima, 5 de noviembre de 2000, p. 6). Según la revista *Vistos* (Lima, Año 4, N.º 212, p. 11) del 22 de noviembre de 2000, en el Poder Judicial existen 1.018 vacantes de jueces (de ellos 30 son plazas de Vocales Superiores en el Distrito Judicial de Lima), mientras que en el Ministerio Público se requieren cubrir 444 plazas para fiscales provinciales, 385 para fiscales adjuntos provinciales, 88 para fiscales adjuntos superiores, 35 para fiscales superiores, 7 para fiscales adjuntos supremos y 5 para fiscales supremos.

48 SECRETARÍA EJECUTIVA DE LA COMISIÓN EJECUTIVA DEL PODER JUDICIAL, «Proceso de reforma y modernización del Poder Judicial. Informe Ejecutivo». En *El Peruano*, Lima, 30 de junio de 2000.

49 INFORME DEFENSORIAL N.º 29 «Derechos Humanos y Sistema Penitenciario: Supervisión de Derechos Humanos a Personas Privadas de Libertad 1998-2000». En *El Peruano*, 14 de octubre de 2000: 19398 y ss. El Ministerio de Justicia ha señalado que a diciembre del 2000 la población penitenciaria era de 27.680, pero que en julio de 2001 llegó a 27.244.



continuó considerando al Poder Judicial como la institución pública más ineficiente y con claros índices de aumento de la corrupción.<sup>50</sup>

§ 4. Es claro, por consiguiente, que los titulares de los órganos judiciales intervenidos y el propio poder político no intentaron diseñar un nuevo Estatuto Orgánico de la Justicia ni implementar y propender a la vigencia del nuevo Código Procesal Penal. La denominada *eficacia de la justicia penal*, se entendió en términos meramente administrativos: eficacia, rapidez y rentabilidad, y conscientemente se ocultó que esos criterios aisladamente hacen referencia a una mera cuestión de productividad, de rentabilidad del aparato judicial, y que resulta necesario complementarlos con la nota de finalismo, pues como quiera que el Poder Judicial es en última instancia definidor de los derechos de los ciudadanos, su finalidad garantística hace que no puedan ser adoptadas todas las técnicas de gestión de servicio público propias de la Administración. De ello fluye que cuestiones tan vitales en la organización judicial como descentralización, colegialidad, unidad o pluralidad de la instancia, oralidad y extensión del control judicial de la Administración, no pueden resolverse en función a criterios propiamente administrativos, pues están íntimamente ligados con el sistema de poder político y la relación de este con la sociedad civil.

La llamada *reforma de la justicia*, finalmente, degradó las garantías procesales. Todo el conjunto de normas que sucintamente se han enumerado tienen un rasgo característico: negación del primer esfuerzo de modificación integral de la justicia penal, plasmado en la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial y en el Código Procesal Penal, ambos promulgados el año 1991, a inicios del régimen de Fujimori. No cumplió, porque no era su objetivo, con adelantar una reforma judicial, seria y democrática. Una reforma de esa índole debe acercar el sistema judicial a la sociedad civil y lograr un mejor posicionamiento del Poder Judicial en el ámbito del Estado. No deben desdeñarse, por cierto, los cambios en los ámbitos administrativos de la justicia, en la informática y estadística, en la capacitación de jueces y fisca-

---

50 Según la encuesta anual de la revista *Debate* (Vol. XXII, N.º 111, septiembre-octubre, Lima, 2000, p. 49), correspondiente al año 2000, el Poder Judicial ocupa el triste primer lugar como la institución más ineficiente del Estado. El analista de dicho medio considera que ello «[...] dice mucho acerca de la labor desempeñada por la cuestionada Comisión Ejecutiva del Poder Judicial. Este hecho es, además, consecuencia de la injerencia política en este Poder del Estado».

les, en la infraestructura judicial y en la financiera, que son espacios necesarios en toda reforma, pero amén de criticar severamente que la inversión en el Poder Judicial y el Ministerio Público siguió siendo exigua,<sup>51</sup> los cambios administrativos deben estar orientados a la finalidad de la jurisdicción penal, al respeto a las garantías que la informan y al necesario fortalecimiento de un modelo de justicia penal que sea eficaz y garantista.<sup>52</sup> No puede, igualmente, pensarse en una justicia penal moderna si no se cumplen las garantías mínimas de una justicia independiente, objetiva e imparcial,<sup>53</sup> que requiere de jueces y fiscales con autonomía y un marco de acción que respete los principios esenciales de la jurisdicción.<sup>54</sup>

51 Los presupuestos para el Poder Judicial, por ejemplo, siempre fueron limitados. Es más, luego del retorno de la democracia, el porcentaje de los mismos para los años 2000 y 2001, apenas llegaron, en el primer caso al 1,43% del presupuesto total y en el segundo caso al 1,27%. Estos porcentajes no son muy distintos en los años 2002 y 2003 (en este año el porcentaje es del 1,25%). Véase la *Revista IDL*, N.º 142, noviembre, Lima, 2001, p. 39. Según los cuadros elaborados por el Consorcio Justicia Viva (HERNÁNDEZ BREÑA 2003: 45) el gasto en justicia per cápita es de 5,6 dólares (Venezuela tiene un gasto del 27,0; Chile 10,2; Bolivia 7,7; Ecuador 1,7), lo que solo permite un promedio de seis jueces por cada cien mil habitantes y de 5,6 fiscales por cada cien mil habitantes.

52 En términos de *eficacia*, vista como solución de casos, sin interesar la calidad de justicia que se imparte, los datos también son decepcionantes. En Lima, por ejemplo, la carga procesal al mes de agosto de 2001 de los Juzgados Penales fue de 57.810, de los que únicamente se resolvieron 3.405 (*Revista IDL*, N.º 142, noviembre, Lima, 2001, p. 39). Existe un número total de expedientes de todos los Órdenes Jurisdiccionales, al año 2002, de 1'183.284. Señala el Consorcio Justicia Viva (HERNÁNDEZ BREÑA 2003: 46-47), que entre los años 2000 y 2002 la tasa de resolución ha venido disminuyendo a ritmo constante; cada vez se reciben más casos y se tiene que arrastrar, año a año, un volumen mayor de causas pendientes, de suerte que en ese período la tasa de pendientes creció en 20,4 por ciento y 24,1 por ciento, respectivamente, mientras que la tasa de resolución disminuyó en 6,2 por ciento y 9,4 por ciento, respectivamente.

53 HIPÓLITO (1999: 188-192) sostiene que la independencia no es un privilegio del magistrado, sino garantía funcional a los derechos de los ciudadanos en cuanto esencial contra todos los poderes, públicos y privados, políticos o económicos, oligárquicos o de mayoría; independencia que requiere: a) condiciones materiales (aporte de recursos y de estructuras logísticas, de medios materiales y sueldos dignos); b) profesionalidad del juez (saber jurídico y competencias interdisciplinarias, apoyo técnico y una escuela judicial solvente); y c) garantías orgánicas, que aseguren la independencia externa e interna de los jueces y permitan imponer la responsabilidad judicial (control sobre su conducta funcional), siendo necesaria para ambos objetivos la institucionalización de un Consejo de la Judicatura (no es de desconocer asimismo, señalamos por nuestra parte, de un lado, el autogobierno de la justicia y, de otro lado, la inamovilidad e inmunidad judiciales).

54 ASENCIO MELLADO (1997: 63-81) escribe que resulta necesario reconocer, como garantías

#### IV. LA RESTAURACIÓN DEMOCRÁTICA Y LA LEGISLACIÓN PROCESAL PENAL

§ 1. Producida la caída del *fujimorato* se inició —en condiciones muy precarias— la transición para normalizar la vida democrática e institucional del país, más allá de las leyes de urgencia en materia orgánica judicial y fiscal, de directa incidencia en el ordenamiento judicial en su conjunto, tendientes a desmontar todo el andamiaje autoritario. En el plano procesal penal, se dictaron un conjunto de normas, que sin embargo, solo han venido a dar respuesta a concretas lagunas legislativas y deficiencias de la legislación vigente, lo que no obsta a considerar que esa legislación, parcial y asistemática, no hace sino profundizar el ya confuso y caótico sistema procesal penal nacional y pone en la agenda democrática la necesidad de una nueva ordenanza procesal penal.

§ 2. En el plano orgánico son de destacar, por lo menos, cinco leyes que ayudaron a *normalizar* la situación de los órganos del sistema de justicia penal. En primer lugar, por la Ley N.º 27362 del 31 de octubre de 2000, se dejó sin efecto la homologación de magistrados titulares y provisionales;<sup>55</sup>

---

constitucionales de la jurisdicción: 1) La unidad de la jurisdicción, que tiene como finalidad garantizar la independencia e imparcialidad judiciales. 2) La exclusividad jurisdiccional, que se proyecta en una doble dirección, como monopolio jurisdiccional en que el Poder Judicial prima aún sobre el resto de órganos jurisdiccionales constitucionalmente reconocidos (v. justicia castrense) y como concentración de la jurisdicción en temas estrictamente jurisdiccionales. 3) El juez natural y ordinario predeterminado por la ley, que exige que los órganos judiciales se creen mediante ley; que preexistan criterios, con carácter de generalidad, de atribución competencia; y que existan normas objetivas y predeterminadas de reparto de asuntos entre los diversos juzgados y tribunales. 4) La responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la justicia, que es una responsabilidad directa y objetiva del Estado derivada de la existencia de daños como consecuencia de *error judicial* o de funcionamiento anormal de la Administración de justicia. Otro principio relativo a la Jurisdicción, que incorpora GÓMEZ COLOMER (1999: 21), es 5) la opción en nuestros países por el juez técnico o de carrera, es decir, como órgano jurisdiccional profesional, aunque hay que tener en cuenta que nuestra Constitución consagra, alternativamente, el sistema electivo y la revocación popular para los Jueces de Paz —opción unánimemente aceptada por la comunidad jurídica— y, también, para los Jueces de Primera Instancia que la Ley prevea, lo que ha generado mayoritarias posiciones en contrario (véase DE BELAUNDE 1994: 203-217).

<sup>55</sup> El número de jueces, a agosto de 2001, era de 1.611 en los 26 Distritos Judiciales, de los cuales solo 254 eran titulares y el resto, 1.357 provisionales o suplentes. De los 1.318 fiscales a nivel nacional, solo 179 eran titulares (*Revista IDL*, N.º 142, noviembre, Lima, 2001, p. 39).

en segundo lugar, por la Ley N.º 27367 del 6 de noviembre de 2000, se desactivaron las Comisiones Ejecutivas del Poder Judicial y del Ministerio Público, conformándose Consejos Transitorios destinados a viabilizar el pronto retorno a la normalidad judicial, norma que a su vez ordenó la elección democrática de los Presidentes de las Cortes Superiores de todo el país; en *tercer lugar*, por la Ley N.º 27368 del 6 de noviembre de 2000, se restablecieron las normas de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura, que impedían el nombramiento de jueces y fiscales titulares; en *cuarto lugar*, por la Ley N.º 27466 del 30 de mayo de 2001, se habilitó el proceso de ratificación de jueces y fiscales; y en *quinto lugar*, por la Ley N.º 27465 del 30 de mayo de 2001, se restituyeron integralmente los órganos de gobierno y administración del Poder Judicial y del Ministerio Público, quedando sin efecto los Consejos Transitorios.

§ 3. En el plano procesal penal, las principales leyes son las siguientes:

A. Las leyes anticorrupción, que buscan responder eficazmente a la lucha contra la inmensa red de corrupción para-estatal dirigida por el presidente Fujimori Fujimori y su Asesor y Jefe de facto del Servicio de Inteligencia Nacional. Son: (1) la Ley N.º 27378 del 21 de diciembre de 2000, que estableció beneficios por colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada, siguiendo el modelo de justicia penal negociada muy similar al colombiano, aunque con un control judicial más consistente; (2) la Ley N.º 27379 del 21 de diciembre de 2000, que permitió expresamente a la Fiscalía realizar investigaciones preliminares antes del ejercicio de la acción penal, así como solicitar medidas excepcionales limitativas de derechos, tales como la detención preliminar, la comparecencia restrictiva, el impedimento de salida del país o de la localidad, la incautación, apertura e interceptación de documentos privados, libros contables y bienes, el embargo y la orden de inhibición para disponer o gravar bienes, el levantamiento del secreto bancario y de la reserva tributaria, la exhibición y remisión de información en poder de instituciones públicas o privadas, el allanamiento, la inmovilización de muebles y clausura temporal de locales.

B. La Ley N.º 27686 del 19 de marzo de 2002, que incorporó la *videovigilancia*, en cuanto actividad policial reglada de investigación, cir-

---

Por otro lado, en el año 1999 existían 5.339 auxiliares jurisdiccionales y 1.324 auxiliares administrativos (<<http://www.reformajudicial.jus.gov.ar/estadisticas/america.htm>>).

cunscribiéndola a los delitos de violencia, lesiones y daños cometidos en el curso de manifestaciones públicas. A estos efectos consideró que los registros fotográficos o filmicos auténticos tienen el carácter de elemento probatorio. Llama la atención, sin embargo, que no haya establecido el procedimiento necesario para su incorporación al proceso penal ni las reglas específicas para su validez constitucional y legal.

C. La Ley N.º 27411 del 17 de enero de 2001, que instaura un procedimiento penal auxiliar: el de homonimia, que anteriormente estaba regulado por el Decreto Supremo N.º 035-93-JUS del 31 de agosto de 1993. Esta norma prevé un procedimiento judicial y otro administrativo, cuando «una persona, detenida o no, tiene los mismos nombres y apellidos de quien se encuentra requisitoriado por la autoridad competente» (art. 2). Lo interesante de esta norma es que todo mandato de detención debe contener un conjunto de datos inexcusables para justificar la requisitoria (es de destacar que el mandato debe precisar la fecha y lugar de nacimiento del requisitoriado, sin perjuicio de sus nombres y apellidos completos, su edad y su sexo).

D. Ley N.º 27454 del 24 de mayo de 2001 que, dejando atrás una antigua y lesiva jurisprudencia de la Corte Suprema en la materia, incorpora el principio de la interdicción de la *reformatio in peius*, que al decir de Picó I Junoy, es un principio general del Derecho Procesal que forma parte del derecho a la tutela jurisdiccional, efectiva a través del régimen de garantías legales de los recursos, y —en todo caso— de la prohibición constitucional de la indefensión (v. art. 139, incs. 3 y 14, Const.).<sup>56</sup> El Tribunal Constitucional, asimismo, aceptó esa tesis.<sup>57</sup> Esta Ley, adicionalmente, circunscribe el ámbito de la decisión de alzada al objeto del recurso, salvo que la modificación sea favorable al imputado, y delimita la procedencia del recurso a su debida motivación; esto es, exige la formalización del mismo luego de su interposición formal.

E. La Ley N.º 27553 del 13 de noviembre de 2001, que modifica dos importantes artículos de la Ley Procesal Penal: el art. 137 del Código Procesal Penal, referido al plazo de la prisión preventiva (utilizo este término por su unánime aceptación en el Derecho Comparado y, fundamentalmente,

---

<sup>56</sup> PICÓ I JUNOY 1997: 85.

<sup>57</sup> STC 1231-2002-HC/TC, Asunto Ann Vallie Lynelle, 21 de junio de 2002 (*El Peruano*, Lima, 18 de septiembre de 2002).

porque así lo denomina el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 9.3); y el art. 202 del Código de Procedimientos Penales, que establece el plazo de la etapa de instrucción.

En primer lugar, se amplía el plazo de la prisión preventiva, disponiéndose que la prolongación del mismo ya no requiere previa audiencia del imputado (lo que es censurable, a tenor de la doctrina establecida por el TEDH —STEDH, Asunto Schiesser, 4 de diciembre de 1979, párrs. 29 y ss—, que interpretando las exigencias de la Convención Europea de Derechos Humanos, exactamente igual en este extremo a la Convención Americana de Derechos Humanos —ambas exigen que una persona debe ser llevada ante un juez para que decida sobre su situación jurídica—, estableció que una decisión de prisión preventiva, sea su imposición, mantenimiento o prolongación, exige procesalmente oír personalmente al imputado antes que se adopte). Se fija un plazo específico una vez que se haya dictado la sentencia de primer grado y se configura excepcionalmente el inicio del plazo cuando se declara la nulidad de un proceso o cuando se trata de nulidades vinculadas a la vulneración de la competencia objetiva. En segundo lugar, el plazo de prórroga de 60 días de la instrucción judicial se amplía, cuando se trata de procesos complejos, a ocho meses, a la vez que se permite la impugnación de esa decisión.

F. En esa misma línea se promulgó la Ley N.º 27652 del 24 de enero de 2002, que modificó las normas sobre recusación de jueces y medidas cautelares (v. arts. 33, 34, 36 y 95 CPP). Es de destacar que dicha reforma establece, en primer lugar, que durante el tiempo que demore la resolución de la misma, el plazo de la instrucción se suspende; en segundo lugar, la ampliación del número de diligencias que pueden actuarse durante ese lapso, bajo la intervención obligatoria del Ministerio Público y traslado a las partes personadas; en tercer lugar, que la recusación planteada por un procesado no afecta el trámite de las incidencias promovidas por los demás procesados; en cuarto lugar, que es posible dictar la medida de embargo pero no la excarcelación del imputado recusante; en quinto lugar, que la resolución de la Sala Superior se emite en un plazo perentorio, con o sin dictamen fiscal, la cual no es impugnabile; en sexto lugar, que la recusación no podrá renovarse, a no ser por una nueva causal; en séptimo lugar, que es posible dictar embargos e incautaciones de oficio, que siempre debe requerirse al reo señale bienes libres, que con su información o sin esta las medidas trabadas continuarán o se impondrán en los bienes que se sepa son de

propiedad del imputado, y que la notificación de las resoluciones respectivas se producirán una vez que se haya verificado la medida.

G. Ley N.º 27697 del 12 de abril de 2002, que desarrolla la autorización constitucional para conocer y controlar las comunicaciones de las personas por razones de imputación penal y en el marco de una investigación penal o judicial. Esta medida instrumental restrictiva de derechos está circunscrita a determinados delitos graves (art. 1). La comunicación comprende cualquier forma de transmisión del contenido del pensamiento o de una forma objetivada de este, por cualquier medio (soporte material o energético en el cual se porta o se transmite la comunicación). La intervención de la comunicación comprende dos fases, la recolección y el control, a cargo del fiscal; la intervención del juez se limita a la autorización para la intervención, lo que es sumamente cuestionable dado que, en puridad, la participación del juez en tanto garante de los derechos individuales debe extenderse a la genuinidad de todos los actos de control. El procedimiento de intervención se extiende a los libros, comprobantes y documentos contables y administrativos, así como a cualquier otro documento privado útil para la investigación.

H. Ley N.º 27753 del 9 de junio de 2002, que modifica el art. 135 del Código Procesal Penal —presupuestos materiales de la prisión preventiva—, norma que anteriormente había sufrido otra modificación (Ley N.º 27226 del 17 de diciembre de 1999). De ambas disposiciones fluye, en primer lugar, que desde el *fumus delicti* la perspectiva de apreciación cuando se cometen delitos tras personas jurídicas no puede comprender la sola referencia al cargo social que ostenta el imputado; en segundo lugar, desde el *periculum libertatis* —que significa en palabras de Grevi un supuesto de *cautela final*—, no constituye criterio suficiente la pena prevista en la Ley para el delito que se imputa al denunciado; y en tercer lugar, desde el primer motivo de prisión preventiva el delito perpetrado, sea doloso o culposo, debe merecer en el caso concreto una pena superior a los cuatro años de privación de libertad —antes el delito perpetrado debía ser doloso, nunca culposo. Por otro lado, la citada norma en su art. 3, tratándose de intoxicación alcohólica, prevé, en primer lugar, la ejecución como diligencia preventiva en los delitos vinculados al consumo de bebidas alcohólicas de una «prueba en aire aspirado»; y en segundo lugar, la realización de un *examen de sangre* como diligencia confirmatoria, todo ello sin perjuicio de establecer —según el art. 4— una tabla de alcoholemia con valor meramente referencial.

I. Ley N.º 27664 del 8 de febrero de 2002, que modifica el art. 2 del Código Procesal Penal, norma que fue modificada anteriormente por la Ley N.º 27072 del 23 de marzo de 1999. El citado art. 2 del Código Procesal Penal incorporó el denominado principio de oportunidad reglada, fijando los requisitos y el procedimiento para acordarlo. La primera norma, Ley N.º 27072, precisó que el acuerdo de reparación del daño debe estar referido a la reparación civil como institución prevista en el Código Penal; la segunda norma, Ley N.º 27664, precisó que si el acuerdo con la víctima consta en instrumento público o documento privado legalizado por Notario no será necesario que el juez cite a las partes a que presten su consentimiento expreso.

J. Ley N.º 27833 del 21 de septiembre de 2002, que modifica el art. 9 del Decreto Legislativo N.º 124, norma que en su día instituyó que el recurso de nulidad es *improcedente* en los procesos sumarios o abreviados. Los nuevos párrafos regulan el recurso de queja por denegatoria del recurso de apelación, siguiendo similares pautas, aunque más precisas, a las establecidas para el recurso de queja por denegatoria del recurso de nulidad (v. art. 297 CPP). Asimismo, establece que «cumplida la instancia plural no procede ningún recurso».

K. Ley N.º 27834 del 21 de septiembre de 2002, que modifica el art. 127 del Código de Procedimientos Penales, en orden al silencio del imputado respecto al interrogatorio judicial en sede de instructiva. La norma primigenia establecía que en esos casos el juez debía repetir las preguntas aclarándolas en lo posible y que si el imputado mantenía silencio, se dejaría constancia de tal hecho en el acta, agregando que «El juez le manifestará [al imputado] que su silencio puede ser tomado como indicio de culpabilidad». Precisamente ese párrafo, por colisionar con el art. 8.2 de la CADH, ha sido eliminado con la reforma. Con esto no solo se reconoce lo que Eser denomina *libertad de declaración negativa*, en cuya virtud el imputado tiene derecho a no someterse a un interrogatorio,<sup>58</sup> sino que además se establece, a *contrario sensu*, que su ejercicio no puede importar indicio de culpabilidad alguno.

L. Con motivo de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en la acción de inconstitucionalidad contra la legislación sobre terrorismo

---

58 ESER 1998b: 21-22.



(STC Exp. N.º 010-2002-AI/TC, Asunto acción de inconstitucionalidad del Decreto Ley N.º 25475 y otros, del 3 de enero de 2003), se expidió la Ley N.º 27913 del 9 de enero de 2003, que delegó en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia antiterrorista mediante Decretos Legislativos a fin de cumplir con lo dispuesto por el órgano de control de la Constitución. En materia procesal se dictaron cuatro Decretos Legislativos. Son los siguientes:

L.1. El Decreto Legislativo N.º 922 del 11 de febrero de 2003, que regula la nulidad de los procesos por delito de traición a la patria seguidos ante la jurisdicción militar, dispuesta por la Sentencia del Tribunal Constitucional N.º 010-2002-AI/TC del 3 de enero de 2003, bajo un modelo parcialmente parecido al de la Ley N.º 27569 del 2 de diciembre de 2001, norma expedida con motivo de una anterior sentencia del Tribunal Constitucional que declaró inconstitucional la legislación sobre terrorismo especial (STC 005-2001-AI/TC, Asunto Inconstitucionalidad de la legislación sobre terrorismo especial, 15 de noviembre de 2001). La Ley, además, fija 10 reglas procesales específicas para los nuevos procesos por delito de terrorismo.

L.2. El Decreto Legislativo N.º 923 del 20 de febrero de 2003, que regula el funcionamiento de la Procuraduría Pública Especializada para delitos de terrorismo, adscrita al Ministerio del Interior. La Procuraduría, en tanto integra la abogacía del Estado (Decreto Ley N.º 17537), se configura más como un querellante adhesivo que como una simple parte civil.

L.3. El Decreto Legislativo N.º 925 del 20 de febrero de 2003, que extiende los alcances del procedimiento de colaboración eficaz regulado por la Ley N.º 27378. Tres adiciones importantes: 1. Incluye en los supuestos premiales al que sin haber participado en la comisión de terrorismo, sino en otros delitos distintos, proporcione información eficaz sobre los delitos con propósito terrorista. 2. Niega la posibilidad de acceder a los beneficios premiales a quienes obtuvieron similares beneficios con arreglo al Decreto Ley N.º 25499 y las leyes N.º 26220 y 26345, y cometan nuevamente delito de terrorismo. 3. Da fuerza de ley e impulsa el funcionamiento de la Comisión Evaluadora de la Ley de Arrepentimiento, creada en la legislación anterior.

L.4. El Decreto Legislativo N.º 926 del 20 de febrero de 2003, que dispone la anulación de oficio de la sentencia, juicio oral y acusación en los procesos penales que en su día se siguieron por Vocales y Fiscales con

identidad reservada (tema no contemplado en la STC 010-2002-AI/TC del 3 de enero de 2003, pero sí en diversos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,<sup>59</sup> destacando su ilegitimidad), así como la anulación de los procesos cuando se aplicó la prohibición de recusación, declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional en la citada sentencia.

L.5. El Decreto Legislativo N.º 927 del 20 de febrero de 2003, que establece normas sobre ejecución penal, en concreto, beneficios penitenciarios y el procedimiento aplicable al efecto. Solo se permite el beneficio penitenciario de liberación condicional, siendo el requisito base que haya cumplido *efectivamente* las tres cuartas partes de la pena impuesta (ello significa que no puede adicionarse al cómputo la redención de la pena por el trabajo y la educación) y que no tenga proceso pendiente con mandato de detención. El requisito material, no muy bien esbozado, está referido al grado de readaptación del interno, que se determina de acuerdo a la calificación del Informe del Consejo Técnico Penitenciario, en cuya formación inicial interviene el Ministerio Público. La norma prevé un sistema muy estricto de reglas de conducta y condiciones de la liberación condicional, así como órganos de control, inspección y supervisión, bajo la intervención del Ministerio Público y con el apoyo de la Dirección contra el Terrorismo. A los liberados se les pueden controlar sus comunicaciones, así como ser objeto de vigilancia electrónica.

M. A propósito de la preocupación pública por el tema de la seguridad ciudadana, el Congreso autorizó a su Comisión Permanente que expida la legislación correspondiente en la materia.<sup>60</sup> Desde el ámbito procesal hay que señalar las Leyes N.º 27934, 27939 y 27936, todas del 12 de febrero de 2003.

---

59 SSCIDH, Asunto Cantoral Benavides vs. Perú, 18 de agosto de 2000, párr. 127; y Asunto Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, 30 de mayo de 1999, párr. 133.

60 La Ley N.º 27933, del 12 de febrero de 2003, crea el Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana (SINASEC). La define como «[...] la acción integrada que desarrolla el Estado, con la colaboración de la ciudadanía, destinada a asegurar su convivencia pacífica, la erradicación de la violencia y la utilización pacífica de las vías y espacios públicos. Del mismo modo, contribuir a la prevención de la comisión de delitos y faltas». Esta Institución tiene como una de sus funciones establecer políticas y aprobar planes, programas y proyectos de Seguridad Ciudadana; asimismo, una de sus atribuciones es la de dictar directivas sobre Seguridad Ciudadana.

M.1. La Ley N.º 27934, en esencia incorpora lo dispuesto en el art. 106 del Código Procesal Penal y regula la intervención de la Policía y del Ministerio Público en la investigación preliminar —o preprocesal— del delito. La Ley reconoce a la Policía facultades de investigación muy amplias y define el concepto de flagrancia delictiva. Asimismo, autoriza al Fiscal a solicitar al juez la expedición de una medida de detención preliminar por un plazo de 24 horas, fuera de flagrancia delictiva, siempre que existe urgencia y peligro en la demora, en el curso de la investigación preprocesal; también se podrá solicitar la prisión preventiva y la comparecencia con restricciones (arts. 235 y 143 CPP 91), aunque esto último sin duda es contradictorio con la propia lógica de la prisión preventiva, pues estas tienen como presupuesto el procesamiento penal. En tal virtud, se trata de una disposición inaplicable. La intervención judicial se limita a resolver la solicitud fiscal.

M.2. La Ley N.º 27939 que establece las normas que regulan el alcance de la punición en materia de faltas, así como su procedimiento (art. 1), muy similar por cierto a lo dispuesto en los arts. 386 a 391 del CPP de 1991. Según la Ley, corresponde a los Jueces de Paz Letrados investigar y juzgar en los procesos por faltas; excepcionalmente, en las localidades en que no exista Juez de Paz Letrado, intervendrá el Juez de Paz. En los casos de flagrancia delictiva, la policía comunicará inmediatamente el hecho al Juez de Paz Letrado y lo pondrá a su disposición con un Parte, quien rechazará *in limine* la denuncia si el hecho no constituye falta, mientras que si el hecho constituye delito trasladará los actuados al Fiscal Provincial. La instructiva se tomará inmediatamente; en cambio, si el imputado está libre se hará dentro del tercer día de ser notificado por la Policía. La actuación probatoria se lleva a cabo en una audiencia, que consta de un solo acto, salvo que fueran necesarias otras diligencias, en cuyo caso el plazo de investigación será de 10 días. La diligencia de lectura de sentencia tiene lugar sea condenatoria o absolutoria. La apelación es absuelta por el Juez Penal mediante un procedimiento recursal escrito y con vista de la causa e informe oral.

N. Una última norma que ha dictado la actual Administración política es la Ley N.º 27994 del 6 de junio de 2003. Asumiendo una perspectiva de simplificación procesal, en aras de aligerar el proceso ordinario común, para delitos graves, eliminó la institución de los *informes finales* en su primigenia concepción; esto es, el Fiscal Provincial y el Juez Penal ya no debían realizar un análisis de la actividad de instrucción realizada durante el sumario judicial concluyendo por la responsabilidad o no del imputado

—lo que en la práctica importaba un serio motivo de mora procesal. A partir de la nueva Ley, el informe final solo contendría una relación de las diligencias actuadas y de los incidentes promovidos, así como una precisión de la situación jurídica de los imputados.

## V. ALGUNAS PREMISAS EN TORNO A LA REFORMA DEL PROCESO PENAL

### 1. ASPECTOS GENERALES

A. Sin duda alguna, el conjunto de reformas parciales que emprendió el gobierno democrático, luego de tanta destrucción por el *fujimorato*, no han arrojado resultados positivos.<sup>61</sup> Ello convence de la necesidad de plantearse a fondo la reforma integral de la legislación procesal penal.<sup>62</sup> Empero, resulta imprescindible partir de un criterio básico: *un nuevo Código requiere de un consenso político y cultural, acerca de sus principales directrices.*<sup>63</sup>

---

61 La encuesta realizada por IMASEN, para el Instituto de Defensa Legal, realizada entre el 26 al 28 de abril de 2003, sobre lo que la población piensa del sistema judicial, constituye la confirmación de una concepción ciudadana acerca de la justicia, del descrédito estructural de este sistema, incluyendo a la Policía Nacional. El 23,3% de los encuestados contestó que la institución administradora de justicia es la que menos confianza le merece, mientras que solo el 3,9% consideró que es una institución confiable (*Revista IDL*, N.º 154, Lima, 2003, p. 43).

62 A la luz de la experiencia, aquel informe que en el año 1989 formuló el Centro de Investigaciones Judiciales de la Corte Suprema y que concluía en el sentido que el sistema procesal vigente tenía posibilidades de optimización y que no era un problema central el modelo de organización del procedimiento, demostró el grave error de perspectiva de la conservadora jerarquía del Poder Judicial (AZABACHE 2003:136). Por otro lado, las estadísticas judiciales permiten establecer, en cifras nacionales del primer semestre del año 2002, que de las 536.735 causas ingresadas, solo se han resuelto 428.653, de suerte que existe un peso de rémora que va aumentando progresivamente año a año (<<http://www.pj.gob.pe/páginas/2002/EXPEDIENTES.htm>>). El último Informativo de *Justicia Viva* (N.º 5, mayo-junio, 2003, p. 12) contiene datos preocupantes, diversos a los anotados anteriormente, que en todo caso revelan cuán poco confiables son las estadísticas oficiales del Poder Judicial; así, se tiene que en el año 2002 la productividad a nivel nacional de los órganos jurisdiccionales penales fue de 1.325 expedientes ingresados, 528 resueltos y 1.435 pendientes.

63 Esto último, además, debe armonizarse con los objetivos de políticas macroeconómicas que, entre otras, buscan racionalizar el gasto público. Debe, pues, demostrarse que el nuevo procedimiento, a la larga, es más barato y que la inversión inicial justifica el desarrollo de un modelo más eficiente y menos costoso (v. las interesantes reflexiones de RIEGO RAMÍREZ 1996: 39-55).

B. La necesidad de reformar íntegramente el proceso penal y la propia justicia penal, debe tener muy en claro que la resistencia a la reforma fue liderada por los sectores ligados a una concepción que privilegia una mayor intervención de las fuerzas de seguridad y toma como eje teórico, aunque sin mencionarlo expresamente, el valor de seguridad u orden público, ante lo que estiman sustantivos ataques y significativos avances de la criminalidad, especialmente de la violenta y organizada, con respecto a que —según dicen— los proyectos de reforma procesal no se erigen en firme pauta de contención.

Es claro, como se ha insistido, que la pretendida oposición *garantías vs. eficacia* es falsa en sí misma y genera discursos perversos desde una óptica conservadora. Un Código debe tomar en cuenta ambas perspectivas y buscar la forma más adecuada para que la obligación o deber social del Estado —garantizar la seguridad ciudadana sancionando a los delincuentes— sea eficaz, pero sin mengua del respeto de los derechos fundamentales de la persona.<sup>64</sup>

También debe tomarse en consideración, para el equilibrio de toda reforma procesal, la legislación penal material o sustantiva y la legislación orgánica. Un Código Procesal Penal debe compartir los principios del Código Penal, pues de esa forma los desarrollará coherentemente. Además, un sistema procesal determinado requiere de un ordenamiento orgánico (leyes orgánicas del Poder Judicial y del Ministerio Público, así como de la Policía Nacional), que sea compatible con las directivas que instaura. Debe, pues, enfrentarse la reforma de modo integral o, por lo menos, teniendo en cuenta esas variables.<sup>65</sup>

---

64 CONDE-PUMPIDO TOURÓN (2001: 24-25) precisa, al respecto: «Garantías y eficacia son los dos factores claves de la reforma. De un lado, el desarrollo de los derechos fundamentales [...] impone reformas que integren un sistema procesal que los respete plenamente; de otro, el incremento, e incluso la masificación, de la criminalidad, su sofisticación y el desarrollo de la criminalidad organizada aconsejan reformas tendentes a dotar el proceso de una mayor eficacia para hacer frente a estos retos, modernizando sus procedimientos probatorios y agilizando los trámites que la repuesta penal se produzca en un plazo razonable. Es decir, en un plazo proporcionado a la complejidad de la actividad delictiva enjuiciada».

65 Un nuevo intento de reformar íntegramente el proceso penal ha sido emprendido por el Gobierno con la expedición del Decreto Supremo N.º 005-2003-JUS, del 12 de marzo de 2003, que dispuso la constitución de una Comisión Especial de Alto Nivel encargada de proponer las modificaciones y mecanismos legales para la implementación del Código Procesal Penal, a cuyo efecto se le concedió un plazo de 120 días contados desde su instalación para culminar su labor.

C. Un tema esencial —y anterior a todos— es el relacionado con la Constitución. El programa de la Constitución impone un sistema acusatorio o contradictorio, aunque con las pautas propias de un modelo euro-continental. Organizacionalmente, la ley ordinaria debe tener en claro dos puntos esenciales: (1) el Ministerio Público conduce la investigación del delito y es el director jurídico funcional de la Policía (principios oficial y acusatorio);<sup>66</sup> y (2) el proceso judicial es indispensable para imponer una pena a una persona, el mismo que debe ser público, y a partir de él rigen imperativamente una serie de principios propios de la judicialización del enjuiciamiento (inmediación, contradicción, oralidad y concentración).

Esto último, unido a la doctrina constitucional y procesal que le es propia, exige una configuración del procedimiento respetuosa del derecho de defensa, de la presunción de inocencia y del conjunto de derechos individuales reconocidos en la Ley Fundamental y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos —que en palabras de Delmás-Marty apuntan hacia un proceso contradictorio—,<sup>67</sup> concebidos y regulados sin mengua de la eficacia propia de todo proceso penal serio y ponderado.

D. Un análisis del CPP de 1991 e incluso del Proyecto de 1995 y sus versiones sucesivas, permite encontrar los siguientes puntos resaltantes:

- a) Defectos técnicos en la estructura general del CPP.
- b) Omisiones sensibles al regular algunas instituciones procesales (el tema es patente en lo que respecta a las medidas coercitivas, a las medidas contra las personas jurídicas, a la cooperación judicial internacional, al principio acusatorio, a la ejecución penal, etc.).
- c) Incorrecta configuración de la investigación fiscal, que la burocratiza y —en cierto estadio— la hace depender de la autorización judicial, amén de que *construye* una fase formalizada que solo generará retardo y pérdida de eficacia (ello es un defecto grave, pues implicaría una organización de la instrucción muy cercana al modelo judicialista y, por lo tanto, un mero cambio de titular —el fiscal por el juez— sin consecuencias prácticas efectivas).

---

66 Precisa DEL MORAL GARCÍA (2002: 25) que un presupuesto ineludible de la atribución de la instrucción al Ministerio Público es el reforzamiento de su autonomía e imparcialidad, creando garantías que la hagan constatable por la Sociedad.

67 DELMÁS-MARTY 1995: 87.

- d) Recusable modelo de la etapa intermedia, sin un efectivo control jurisdiccional e intervención de la defensa, tanto más importante si la fase de instrucción debe concebirse —acorde con el Derecho Comparado (v. Italia, Alemania y Portugal)— como una etapa no jurisdiccional y sometida al principio inquisitivo, lo que torna indispensable, para garantizar el principio de *igualdad de armas*, una *Audiencia Preliminar* para debatir la procedencia de la acusación (o sea, para establecer si el imputado es *suficientemente sospechoso* de haber cometido un delito) y para decidir si resulta imprescindible, por respeto al derecho de defensa del imputado, la actuación de actos de investigación adicionales.
- e) Simplificación excesiva del juicio oral, pese a ser la etapa principal del procedimiento penal.
- f) Confuso y a la vez limitativo modelo de impugnación, que a su vez guarda relación con una cuestionable clasificación de procedimientos penales, al radicar la sentencia de primera instancia en los delitos graves a una Sala Penal Superior (siguiendo el esquema iniciado en 1920, que ni siquiera imitó creativamente el desarrollo del modelo francés del que fue formalmente tributario) y, por lo tanto, eliminando el recurso de apelación, de imposible eliminación (v. art. 139.6 de la Constitución). Ello trae consigo una carga irracional de procesos al Supremo Tribunal convirtiéndolo no en un Tribunal de Casación, sino en uno de Apelación *sui generis*, lo que lesiona el principio de audiencia propio de todo juicio de apelación e impide la aplicación del *certiorari*.

E. A lo expuesto se agregan dos puntos cruciales: (1) el problema de los cambios legislativos de Derecho Penal Material, de Derecho Procesal y de Derecho Orgánico producidos en los últimos años, señaladamente la reforma judicial y sus secuelas; y (2) el problema presupuestario, que determina el tipo de innovación institucional que dispone la Constitución y el nuevo Código Procesal: *aumentar la plantilla del Ministerio Público y adecuar su infraestructura material y de organización*.

Sobre esas premisas es que debe enfocarse el análisis del Proyecto CPP. Por ello, es indispensable: (1) realizar una enumeración prolija de los ejes o bases fundamentales del nuevo CPP, de sus principios básicos (el consenso en este punto es imperativo); y (2) señalar, acto seguido, qué instituciones deben corregirse, cuáles deben incorporarse, etc.; en suma, identificar y proponer artículos alternativos.

Es de tener presente que desde 1995, en que se estructuró el Proyecto CPP, han ocurrido cambios legales importantes. En América Latina se han puesto en vigencia varios Códigos Procesales Penales, siendo de destacar —por su rigurosidad y búsqueda de consenso— el nuevo Código chileno del año 2000. Asimismo, la dogmática procesal penal ha adquirido mayor grado de complejidad y un mayor compromiso con el Derecho Constitucional.

## 2. BASES NECESARIAS PARA UNA NUEVA ESTRUCTURACIÓN DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

A. El eje de la reforma está conformado, sin duda alguna, por las pautas de la Constitución y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DUDH, CADH y PIDCP). No es posible un enfoque serio del nuevo proceso penal si no se toma en consideración, en toda su dimensión, lo dispuesto básicamente en los arts. 2 y 139 de la Constitución, así como en los numerales 14 del PIDCP y 8 de la CADH. En esto último ha venido insistiendo reiteradamente nuestro Tribunal Constitucional.<sup>68</sup>

B. Desde una perspectiva técnica, respecto de la forma como se organiza el CPP, sería un error iniciar las normas procesales con el ejercicio de la acción penal, pues estas corresponden propiamente a la estructura del procedimiento penal, propia de un Libro II.

No solo es menester mejorar la consistencia del Título Preliminar, (1) identificando el derecho a la tutela jurisdiccional; (2) desarrollando la garantía de presunción de inocencia;<sup>69</sup> (3) fijando las bases de la coerción penal bajo dos principios claves hoy en día: intervención indiciaria y propor-

68 La STC del 20 de junio de 2002, Asunto Tineo Cabrera, Exp. N.º 1230-2002-HC/TC, ha puntualizado que la Constitución es la fuente suprema de todas las leyes y disposiciones reglamentarias, las que a fin de ser válidamente aplicadas, deben necesariamente ser interpretadas *desde y conforme* con la Constitución (*El Peruano*, Lima, 29 de agosto de 2002, pp. 5266 a 5270).

69 Aclara ASENSIO MELLADO (2001: 232) que la presunción de inocencia exige para condenar la existencia de pruebas en sentido objetivo, aunque los jueces puedan valorarlas libremente; que las mismas se practiquen con todas las garantías propias de dicho acto, especialmente la contradicción, la oralidad y la inmediación; y que sean de cargo, esto es, objetivamente conducentes a la condena.



cionalidad; y (4) incorporando las pautas del Juez Legal u ordinario predefinido por la ley. También es necesario trabajar en el Libro Primero todo lo relativo a la jurisdicción y competencia penales, así como a las partes y a la actividad procesal, que en el Proyecto se encuentra incorporado en el Libro IV, Títulos I al III. No está definido el problema de las personas jurídicas, respecto de las cuales el Código Penal desarrolla exigencias mínimas que deben darse procesalmente: en este caso la persona jurídica es parte acusada de carácter penal, por lo que debe fijarse un ámbito propio, distinto de la responsabilidad vicaria. Por lo demás, resulta indispensable, en la perspectiva aceptada por el Derecho Comparado, ampliar las posibilidades de intervención de la víctima, incorporar la institución del *querellante adhesivo* con determinados derechos en el ámbito propiamente penal del objeto procesal.

C. El Libro II debe estar dedicado tanto a la instrucción fiscal, como al enjuiciamiento. De hecho, debe regularse el modo de intervención del Fiscal, la participación de la policía, la lógica y ámbito de las primeras diligencias de averiguación, incluidas las diligencias de aseguramiento de urgencia, la participación del imputado y su defensa, así como todo lo relacionado a la prueba y los medios de prueba (este es un Título distinto de la instrucción y del juicio, pues deben diferenciarse actos de prueba de actos de investigación, sin perjuicio de reconocer lo que la doctrina procesalista denomina prueba sumarial anticipada y preconstituida).

Un capítulo propio del enjuiciamiento debe quedar referido a la sentencia penal; allí debe concretarse el papel del principio acusatorio y del derecho de defensa, en torno a la idea de desvinculación, tanto del título de condena, como del pedido de sanción por el fiscal y las demás partes (ello depende del modo que se regule la figura del querellante adhesivo).

D. Otro capítulo especial, con sus correspondientes secciones, debe estar referido a las medidas penales provisionales, en sus funciones cautelar, aseguratoria y tuitiva. Resulta fundamental reinstaurar la detención o arresto preliminar y corregir los presupuestos materiales de la detención *definitiva*, incorporando el principio de audiencia y su carácter rogado a pedido exclusivo del fiscal y fijando pautas precisas para definir la temporalidad de la medida (según la jurisprudencia del TEDH los plazos fijados por las leyes procesales son siempre referenciales, de suerte que el estándar de comparación es concreto y en función al principio de proporcionalidad). De igual modo, es indispensable regular la incautación o secuestro de bienes de carácter cautelar y, desde ese ámbito, las medidas cautelares patrimonia-

les contra las personas jurídicas (aquí tiene mucho que ver una reforma del decomiso en el sentido de la legislación alemana, por ejemplo). También deben incorporarse una serie de actos de injerencia en derechos fundamentales o medidas instrumentales restrictivas de derechos, parte de las cuales se plantearon en la legislación anticorrupción (son muy interesantes al respecto las pautas de la legislación alemana y de los tratados sobre delincuencia organizada tanto a nivel europeo cuanto mundial, como es el caso de la Convención contra la delincuencia organizada transnacional).<sup>70</sup>

E. El Libro III debe comprender la impugnación penal. Los presupuestos del recurso deben definirse con toda precisión, siendo obvio que todo recurso debe ser fundamentado, bajo sanción de rechazo *in limine*. Tal vez el punto más importante es definir el modelo de apelación penal contra sentencias. Según lo ha establecido el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuando la apelación está referida al juicio o declaración de culpabilidad, necesariamente requiere de una etapa de pruebas en audiencia pública, con algunas limitaciones propias del principio de inmediación, de suerte que el Tribunal Revisor pueda llegar a una conclusión distinta y sobre esa base pueda absolver o condenar, según el caso. También debe precisarse el ámbito de la interdicción de la reforma peyorativa y la participación en el recurso de los no apelantes o, por lo menos, su necesaria notificación en el procedimiento recursal.

En este punto resulta imperativo fijar una posición muy clara en orden a la competencia funcional. No me parece que las Salas Penales Superiores puedan intervenir celebrando juicios de primera instancia; su función es de apelación exclusiva, sin perjuicio de las excepciones, únicas por cierto, de personas que por ley tienen un aforamiento que exige la competencia objetiva de primera instancia a nivel de fiscales superiores y de salas penales

---

70 GIMENO SENDRA (2002: 9) señala que un objeto de la reforma procesal es incrementar la eficacia procesal sin merma del acusatorio. A tal efecto, insiste, debe definirse la distinción entre actos de investigación y de prueba con el objeto de erradicar la posibilidad de que la sentencia pueda fundamentarse en meras diligencias sumariales. Ello, sigue el autor, requiere —de un lado— establecer claramente los supuestos de prueba sumarial anticipada (en la línea del Código italiano) y regular adecuadamente su procedimiento de entrada en el juicio oral a través de la lectura de documentos, y —de otro lado— incorporar nuevos actos de investigación en la lucha contra la criminalidad organizada, siguiendo el modelo germano.

superiores. Por lo tanto, la organización de la justicia penal debe cambiar radicalmente, por lo que se debe proponer que para los delitos menos graves exista un Juez Penal y para los delitos graves un Tribunal Penal Provincial, integrado por tres jueces penales. Con ello, la Corte Superior se convertiría, como corresponde, en Corte de Apelaciones, funcionalmente competente para conocer sobre los juicios de apelación.

En esa línea funcional debe analizarse el tema de los impedimentos de magistrados cuando han intervenido en determinadas actuaciones relevantes (v. gr. haber dictado medidas provisionales o el auto de enjuiciamiento). La jurisprudencia del TEDH es particularmente sensible en este punto, en salvaguarda del derecho a un juez imparcial.

Un tema crítico es el referido al recurso de casación. Desde luego, el ámbito y poderes del Tribunal de Casación son especialmente problemáticos. No es posible pensar que toda sentencia de segunda instancia debe ser pasible de recurso de casación (es claro que agotada la segunda instancia se cumple el principio de pluralidad de la instancia, por lo que el acceso al Supremo Tribunal, vía casación, no debe ser visto como la expresión de un derecho fundamental al recurso). Ello exige reconocer cierta flexibilidad para el acogimiento del recurso, el uso del *certiorari* y, esencialmente, cuando existen fallos contradictorios en segunda instancia sobre un mismo tema (algunas pautas del modelo chileno pueden ser útiles, así como determinados lineamientos del *certiorari* tanto en su versión hispana para el recurso de casación, como en su versión argentina para el recurso extraordinario).

F. Muy sentido es el problema de los procedimientos penales, que exige resolver el papel de las especialidades y su ámbito. Es interesante, al respecto, la lógica italiana en la que la simplificación y la aceleración del procedimiento es el eje para estos procedimientos. Existen varios modelos, pero pienso que el del CdiPP Italiano es muy interesante, al igual que el modelo francés, sin perjuicio de instaurar otras pautas propias a partir de nuestra realidad.<sup>71</sup>

---

71 Con claridad apunta GIMENO SENDRA (GIMENO SENDRA y LÓPEZ DOIG 2003: 7, 9), teniendo como meta el derecho a «un proceso sin dilaciones indebidas», en clara respuesta a la lentitud de los procesos ordinarios, es menester construir procedimientos que doten —sin merma alguna del principio acusatorio y del derecho de defensa— de la necesaria rapidez y eficacia a la justicia penal. Una alternativa a esa exigencia ciudadana, puede ser, un procedimiento

La Colaboración Eficaz debe pensarse seriamente y, con tal fin, me parece que la Ley Anticorrupción mejoró y redefinió con mejor técnica el Título respectivo del Proyecto CPP, pero hace falta pensar su ámbito desde una perspectiva general.

Debe mejorarse sensiblemente el procedimiento relativo a la cooperación judicial internacional, por lo que corresponde asumir las nuevas pautas ya reconocidas en diversos tratados y, esencialmente, las exigencias impuestas por el Tratado que crea la Corte Penal Internacional.

---

rápido —en rigor, un juicio rápido— que dé respuesta a la inseguridad ciudadana, por ejemplo, en los delitos patrimoniales o el reproche o indignación social que provoca la violencia familiar, y cuyo común denominador sea la evidencia de su comisión (flagrancia o certeza de la comisión del delito y de su autor), que pueda permitir obviar o reducir al mínimo la actividad instructora, instaurando únicamente *Diligencias Urgentes*.