

**Manual de Derecho Procesal Penal, editorial Alternativas, primera edición, Lima 1996, 420 páginas.**

**ARSENIO ORE GUARDIA**

Arsenio Oré, profesor en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y la Pontificia Universidad Católica, ha publicado un texto universitario dedicado al Derecho procesal penal. Siguiendo la tradición establecida por Domingo García Rada, le ha intitulado "Manual de Derecho Procesal Penal".

La importancia de esta nueva obra reside en el hecho que su publicación viene a incrementar la aún escasa bibliografía nacional en la materia. Su publicación pone de relieve la contradicción que existe entre los limitados estudios sistemáticos de Derecho procesal penal y la excesiva, e incluso peligrosa, proliferación de leyes dictadas, actualmente, en materia de enjuiciamiento penal. Esto nos hace recordar, de un lado, la permanente actualidad de la alternativa garantías / eficacia, en materia de persecución penal. De otro lado, la constante búsqueda gubernamental de fortalecer, por una parte, el control penal, mediante la limitación - muchas veces, irracional - de los derechos fundamentales, al amparo de procedimientos marcadamente inquisitivos; y, por otra parte, el fortalecimiento de los órganos administrativos y de seguridad en desmedro de los poderes básicos de la jurisdicción.

El libro de Oré Guardia consta de 16 capítulos independientes. Hubiera sido deseable sin embargo que éstos aparezcan agrupados en títulos y/o secciones a efecto de visualizar mejor las grandes áreas del Derecho procesal penal. Los temas tratados conciernen las nociones fundamentales del Derecho procesal penal, los principios del proceso penal, la acción penal, los principios de legalidad y oportunidad, la jurisdicción y la competencia, los sujetos procesales, la investigación, el auto de apertura de investigación, los medios de la defensa técnica, la coerción personal, la prueba, la fase intermedia, la ausencia y la contumacia, el juicio oral y los medios de impugnación.

Las grandes lagunas temáticas del libro son: a) el estudio del objeto procesal y de la sentencia penal, incluyendo lógicamente el análisis de la cosa juzgada penal; b) la teoría de los actos procesales penales y de las nulidades; c) las diferencias entre actos de investigación y actos de prueba; d) las medidas cautelares reales y, sobre todo, las medidas instrumentales restrictivas de derechos; e) la cooperación penal internacional; y f) los procesos penales especiales.

Estas carencias serán, con seguridad, tratadas por el autor en una segunda edición, incluyendo necesariamente el tratamiento del principio de proporcionalidad. Esas mismas carencias denotan la ausencia de un dialogo científico más intenso con el Derecho constitucional, a pesar que el Derecho

procesal contemporáneo supone un compromiso más radical con los derechos fundamentales y con el paradigma de las garantías en el proceso penal.

Muestras de esto último se encuentran en los siguientes aspectos: a) las diferencias entre actos de investigación y de prueba no sólo importan aspectos técnicos especialmente relevantes, sino también una determinada concepción del modelo procesal asumido y un particular modo de entender el derecho fundamental de la presunción de inocencia, sin perjuicio de definir los límites de la función de investigación policial y el papel del Ministerio Público; b) lo que se entiende como medidas instrumentales restrictivas de derechos, así denominados por la doctrina española, o medios de búsqueda de prueba, como los llama el Código de procedimiento italiano, que tanta influencia ha tenido en el Proyecto de 1995 y que significan la más intensa intervención del poder público en los derechos fundamentales de los ciudadanos (allanamiento, intervención corporal, intervención de las comunicaciones personales, levantamiento del secreto bancario y de la reserva tributaria); c) los nuevos procesos especiales, inspirados en los principios de simplificación procesal y del consenso, tanto más si nuestra legislación vigente es pródiga en ellos, bastando señalar la terminación anticipada y las perversas construcciones de procesos de colaboración eficaz que se hicieron con el arrepentimiento terrorista y se han continuado en las legislaciones contra las drogas y de control penal tributario.

Al elaborar su libro, Oré Guardia ha tenido que enfrentar el problema - muy serio - de la falta de uniformidad de nuestra legislación. El CPP de 1940 se encuentra totalmente desfasado, sus principios y estructura orgánica han sido substancialmente alterados, no sólo con la multiplicidad de normas que desde esa fecha se han venido dictando, sino también con la promulgación del Código procesal penal de 1991, su puesta en vigencia de determinados artículos y su ulterior suspensión.

En este sentido, es de señalar, por ejemplo, las leyes que convirtieron al Ministerio Público en órgano autónomo de Derecho constitucional, titular de la acción penal y promotor de la justicia que tiene bajo su responsabilidad la carga de la prueba; las leyes que implementaron el juicio sumario, así como las dos normas que, con respecto a los delitos de tráfico ilícito de drogas y aduaneros, concibieron el proceso de terminación anticipada; la legislación antiterrorista que creó la tristemente célebre institución de los "jueces sin rostro" y expandió la justicia militar; y, por último, el conjunto de leyes que, siguiendo el modelo colombiano, estatuyeron el denominado "proceso por colaboración eficaz". Es de resaltar igualmente dos normas particularmente relevantes por su concepción abiertamente inquisitiva: el Decreto Legislativo 126 y la Ley 24388 que otorgaron valor de prueba a las actuaciones de la Policía Judicial, derogaron el juicio oral para la gran mayoría de delitos y transformaron los juicios orales en juicios leídos, vulnerando los principios de oralidad, intermediación, contradicción y publicidad. Finalmente es de mencionar las normas del Código Procesal Penal de 1991 que se pusieron en vigencia, como es el caso de aquellas que incorporan los criterios de oportunidad reglada, definieron la detención y la

comparecencia, la libertad bajo caución, las diligencias especiales y la libertad por exceso de plazo de detención.

En esta perspectiva, llama la atención que no exista un capítulo dedicado a la evolución de nuestra legislación procesal penal y al estudio de los principios y nociones informadores del Código de 1940 que, como se sabe, representó un retroceso respecto del Código de 1920 por sus compromisos con el sistema inquisitivo. A través de la lectura del libro, no se llega a saber cuál es el hilo conductor de los sucesivos cambios que se vienen produciendo a lo largo de nuestra historia reciente, en especial aquéllos que tuvieron lugar en el decenio militar, con la restauración democrática y con la actual Administración. De igual modo, tampoco se ha realizado una evaluación crítica del Código de 1991 ni de la reacción que se concretó en el Proyecto de 1995, con la consiguiente intervención del Poder Ejecutivo, poniendo punto final a la reforma procesal para caminar rápidamente hacia una contrarreforma de nuevo corte inquisitivo.

El autor, frente a la existencia de dos Códigos de signo diferente, en donde el Código de 1991 no termina por imponerse al vetusto pero reformado Código de 1940, resuelve el dilema analizando el derecho procesal nacional desde un ángulo técnico, con escasas referencias a la legislación, aunque con mención expresa de las instituciones procesales reguladas por los dos Códigos y el Proyecto de 1995. Esta opción, sin embargo, pierde concreción en el análisis dogmático y, por cierto, impide el necesario tratamiento de la jurisprudencia. La ausencia de referencias a la jurisprudencia en el Manual es muy sentida, puesto que impide a los alumnos y profesionales del derecho conocer el derecho aplicado y las orientaciones de los tribunales en las materias abordadas.

Resulta interesante que el autor estudie de modo consistente los principios del proceso penal, aunque lamentablemente no lleve a cabo un análisis más profundo de los principios acusatorio, de contradicción, de intermediación y de oralidad. Tampoco desarrolla, en la medida de lo necesario, el derecho a la tutela judicial efectiva y el debido proceso, sobre todo frente a un cuerpo legal ordinario en el que no se respeta y desarrolla las directivas constitucionales.

La Constitución de 1993, como es sabido y siguiendo a García Aroca, reconoce garantías procesales genéricas y concretas. Entre las primeras tenemos el derecho a la tutela judicial efectiva, el debido proceso, la presunción de inocencia, etc. Y entre las segundas, están las referidas al carácter excepcional de la detención, al derecho de defensa, al derecho al recurso, al juez ordinario predeterminado por la ley, al principio de publicidad, a la titularidad fiscal de la investigación, a la motivación de las resoluciones judiciales, etc. Por tanto, resulta necesario referirse a la Constitución y al criterio de clasificación que contiene, así como al desarrollo legislativo y al valor que tienen en nuestro sistema jurídico los Pactos y Tratados que integran el Derecho Internacional de los derechos humanos.

En este sentido, resulta pertinente llamar la atención sobre el papel que cumplen las garantías genéricas del proceso penal para orientar la praxis procesal penal de acuerdo a los postulados constitucionales. Un adecuado entendimiento del debido proceso, de la tutela jurisdiccional efectiva y de la presunción de inocencia, permitirá sentar las bases para renovar, desde una perspectiva constitucional, todo nuestro sistema punitivo. De este modo, se pondría coto a la tendencia de una legislación represiva que distorsiona y lesiona del modo más flagrante los derechos fundamentales y las libertades públicas.

Este planteamiento metodológico es muy importante. Así, en la exposición de motivos del Proyecto de 1995 se destacó, siguiendo la jurisprudencia constitucional española, lo que se debe entender por presunción de inocencia, incorporándose igualmente pautas vinculadas al derecho probatorio y a las medidas probatorias. En este sentido, es de interés resaltar que lo más importante de dicho proyecto fue revalorizar el juicio oral como etapa principal del proceso penal y prescribir que el Juez o la Sala sólo puede sustentarse, al dictar sentencia, de modo preferente en la prueba actuada en el acto oral, siempre que en su actuación se respeten los principios de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción.\*

El Manual ofrece un panorama acertado de la estructura del proceso. Estudia las características, la función y el objetivo de cada fase procesal (la investigación, la fase intermedia y el juicio oral o audiencia). Aunque, desgraciadamente, no trata la fase de ejecución. También aborda el estudio de las impugnaciones, pero no se ocupa de la acción impugnadora de revisión; quizás porque se trata de un proceso excepcional muy poco utilizado por los operadores jurídicos.

Tal vez el punto central, en lo que se refiere al análisis estructural del proceso, es la función que debe cumplir la etapa de la investigación. Los sistemas inquisitivo e inquisitivo reformado (mal denominado mixto), tienden a privilegiar la etapa de la instrucción y, por ende, dejar al plenario judicial un papel secundario, reducido al mero análisis y lectura de las actas que contienen los actos de investigación. Por esto es de primordial importancia fijar un punto de partida definitivo al respecto.

Siguiendo a Ortells Ramos, es de precisar que los actos de investigación, salvo aquellos que importan restricción de derechos fundamentales y acreditación de las partes que son de estricta atribución jurisdiccional, están referidos no a una afirmación - como es el caso de los actos de prueba - sino en todo caso a una hipótesis, a un estado de desconocimiento o conocimiento imperfecto de los hechos. La investigación persigue alcanzar dicho conocimiento para determinar si puede hacerse una afirmación y de qué naturaleza sobre ciertos hechos. Tal afirmación sirve de fundamento en el dictado de las resoluciones de imputación, sobre medidas cautelares, de sobreseimiento y, en su caso, de las resoluciones pronunciándose sobre la acusación fiscal. Los actos de investigación no pueden integrar el fundamento de un sentencia, puesto que para su inclusión se exige el cumplimiento de principios tales como de oralidad, publicidad inmediación y contradicción.

En esta misma línea de análisis, corresponde delimitar la función y las exigencias constitucionales del juicio oral y lo que se debe entender por actos de prueba. Si se entiende que la prueba es una actividad de los sujetos procesales, intervenida judicialmente, dirigida a obtener la convicción del juez sentenciador sobre la preexistencia de los hechos afirmados por las partes y bajo la vigencia de los principios de contradicción e igualdad, es de rigor apuntar que la verdadera prueba se realiza en el acto oral y que el juez del debate - único legitimado para dictar sentencia - sólo puede amparar su convicción en las pruebas actuadas en la audiencia, con las excepciones conocidas de las denominadas pruebas constituidas previamente y aquellas de naturaleza objetiva de imposible reproducción en la audiencia (incautación, detención, allanamiento, etc.). Esta es la posición que asume el Proyecto de 1995 y que las normas dictadas a partir de 1980 y el propio Código de 1940 no incorporan como debieran.

Tal vez un aspecto de la valoración de la prueba que por lo general no se aborda en trabajos generales de derecho procesal penal es el referido a los criterios existentes, según la jurisprudencia, para vencer la presunción de inocencia y dictar, en consecuencia, sentencia condenatoria. ¿Qué grado de convicción crea la confesión del imputado? ¿En qué casos la sola declaración de la víctima o de un coacusado puede vencer la presunción de inocencia? ¿Cómo analizar la prueba pericial? ¿Qué hacer con las declaraciones de los arrepentidos? ¿Cómo determinar las violaciones de los derechos fundamentales en la adquisición de evidencias y qué consecuencias pueden deducirse de las pruebas ilícitas?

A todas estas preguntas, se debe dar, oportunamente, puntual respuesta. A este nivel, resulta de especial importancia desarrollar el correspondiente análisis de la jurisprudencia. El derecho aplicado por los tribunales en este ámbito resulta fundamental, aún sabiendo que por lo general nuestro Poder Judicial no publica su jurisprudencia, y que la recogida en las raras publicaciones que circulan en nuestro medio, no tiene la consistencia necesaria, no explica sus fundamentos probatorios, ni desarrolla un razonamiento dogmático adecuado.

El libro que comentamos presenta un panorama del estado actual del derecho procesal y del proceso penal nacional. El hecho que hayamos señalado algunas omisiones se puede explicar porque nuestro punto de partida difiere del adoptado por el autor y por las preocupaciones que, desde algún tiempo, tenemos sobre el particular. Esas carencias, por cierto, en nada desmerecen la calidad científica de la obra. La explicación que proporciona Arsenio Oré Guardia del proceso penal peruano permite al lector una aproximación bastante rigurosa a la realidad normativa actual y a las vicisitudes de dos propuestas normativas que esperamos - aunque no somos optimistas al respecto - se resuelva en un futuro próximo en favor de un modelo acusatorio de organización del proceso y de la estructura judicial.

César San Martín Castr

